

Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza)

Segunda parte

SUMARIO: V. LIQUIDACIÓN, PARTICIÓN Y ATRIBUCIÓN PREFERENTE: A. *Aspectos generales*. B. *La estructura lógico-jurídica de las operaciones liquidatorias y su ordenación secuencial*: a) Fase de fijación y atribución preferente. b) Liquidación de deudas y liquidación de reembolsos. c) Fase de división. C. *Inventario, avalúo y atribución preferente*: a) Los bienes de uso personal o profesional no privativos. b) Apartado 2.º del artículo 1.406. c) Apartado 3.º del artículo 1.406. D. *Operaciones liquidatorias de la comunidad y las atribuciones preferentes*: a) Aplicación a la materia de las reglas propias del Derecho sucesorio. b) Valor de la máxima «antes es pagar que partir o heredar». c) Adjudicación para el pago de deudas consorciales. d) Comunidad con problemas de liquidez y atribución preferente. e) El pago de deudas de la comunidad con defecto de liquidez y la atribución preferente. f) Abono de reintegros y reembolsos y la atribución preferente: a') Los límites formales del artículo 1.403, cálculo y forma de pago de indemnizaciones y reintegros. b') Reintegros y reembolsos en la comunidad con falta de liquidez y la atribución preferente. c') La posibilidad del pago *in natura* del crédito de recompensas en el Código Civil: 1. Posibilidad derivada de la aplicación de la *ratio* del artículo 1.405 del Código Civil. 2. Posibilidad derivada de la aplicación de la *ratio* del artículo 1.432 del Código Civil. g) A modo de conclusión.—VI. EJERCICIO Y EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE: A. *Aspectos generales*. B. *La atribución preferente como operación particional*. C. *La formación de los lotes en presencia del derecho de atribución*: a) Defensa del equilibrio cualitativo. b) La igualdad cuantitativa. D. *El artículo 1.407 del Código Civil y su problemática*: a) ¿Norma excepcional o régimen de atribución restringido a determinados supuestos? b) La estructura del artículo 1.407 del Código Civil. c) El sujeto atributario. d) Interrelación entre la opción del atributario y el abono del saldo de diferencia. e) La opción: a') Presupuestos de la opción. b') Mecánica de la opción. c') ¿Puede efectuarse la atribución a otro título? f) El abono de la diferencia en metálico. g) La opción

del artículo 1.407 del Código Civil y la existencia de un usufructo viudal, capítular o testamentario. E. *La posibilidad de ejercer la atribución preferente «ordinaria» sobre bien consorcial que sobrepase el haber del atributario:* a) El argumento legal negativo. b) La situación paradójica a que conduce esta conclusión legal. c) ¿El límite objetivo del haber atributario constituye una verdadera prohibición?. F. *Posibilidad de atribución preferente de bienes sobre los que se da el supuesto de comunidad ordinaria al amparo del artículo 1.354 del Código Civil, en especial la empresa fundada con capital mixto.* G. *Colisión del derecho de atribución preferente con otros derechos ejercitables:* a) El cobro de deudas personales previsto en el artículo 1.405 del Código Civil. b) Atribución testamentaria de parte indivisa de bien atribuible en favor de causahabiente del cónyuge premuerto, al amparo de los artículos 1.379 y 1.380. H. *Problemática de la atribución preferente sobre los efectos de la partición:* a) Aplicación a la partición consorcial del artículo 1.068. b) El saneamiento. c) Aplicación del artículo 1.069 del Código Civil. I. *El periculum en la atribución preferente.*—VII. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES: A. *Introducción.* B. *El interés jurídicamente protegido en las atribuciones preferentes y su proyección institucional:* a) Proyección del interés protegido por la norma. b) Caracterización de la atribución como derecho subjetivo o como mera facultad. c) El interés jurídicamente protegido y el nexo exigible: a') Caracterización como un *ius in re*. b') Caracterización como un supuesto de *ius ad rem*. c') Caracterización como derecho de crédito. d) La condición de atributario y el interés jurídicamente protegido. C. *Configuración formal del derecho de atribución preferente:* a) El derecho potestativo de configuración jurídica de la partición. b) Modalidad específica de partición. D. *Elementos para la elaboración de un concepto unitario del derecho de atribución preferente.*—BIBLIOGRAFÍA.

V. LIQUIDACION, PARTICION Y ATRIBUCION PREFERENTE

A. Aspectos generales

La sociedad de gananciales, como pone de manifiesto el actual artículo 1.344, que sirve de pórtico a su regulación, y siguiendo el antiguo artículo 1.392, tiene su fin último en la división por mitad de los bienes que tengan la consideración de ganancias a la liquidación de la misma. Ahora bien, ese fin último no lo es en el sentido teleológico, sino en términos puramente temporales. Tal división por mitad de las «ganancias» es consecuencia de la conclusión de la sociedad de gananciales, por cualquiera de las causas enumeradas en el artículo 1.392 actual, y, como ha venido poniendo de relieve mi maestro LACRUZ en sus trabajos anteriores, coetáneos y posteriores a la reforma del 81, no le presta un especial contenido al carácter y naturaleza de la sociedad como régimen económico-matrimonial comunitario. La partición por mitad de la masa dividenda neta es sólo una operación final, no ya de la sociedad de gananciales propiamente dicha, sino de una indivisión que ha venido a reemplazar al régimen económico-matrimonial porque ha dejado de existir como tal.

La partición, a pesar de una larga tradición legal y a las tesis de la antigua doctrina —mal fundada, como ha puesto de manifiesto la actual, mucho más científica—, no debería tener más secretos ni más dificultades que las que se requieren y derivan de tener que dividir por dos no puros guarismos representativos de valores, sino de bienes concretos, que llegado el caso tienen que reconducirse a valores por necesidades de liquidación previa a la propia y material división. Porque para proceder a la división es preciso medir la consistencia económica real de la que hasta entonces era masa ganancial, es decir, ha de verificarse cuanto de lo adquirido e integrado en la masa ganancial —de clara vocación expansiva a costa de las masas privativas— es verdadera *ganancia* y, en cuanto tal, divisible entre las dos partes que concurren a la división material.

Para la concepción moderna de la sociedad de gananciales, las operaciones que se siguen o deben seguirse a la disolución de la misma han perdido en gran medida importancia teórica; interesa hoy más su funcionamiento como régimen económico-matrimonial, y en el punto concreto que tratamos, la dinámica que se desarrolla, vigente el régimen, entre las diferentes masas patrimoniales que lo componen: composición de los activos y pasivos privativos y gananciales, gestión de todos ellos a la luz de la igualdad entre cónyuges de la que se parte y responsabilidades que gravitan sobre cada una de las masas en juego. Pero inevitablemente todos estos elementos, en su dimensión teórica y, sobre todo, en su consecuencias prácticas, deben reencontrarse y retomarse de nuevo en el momento de la liquidación, pues, como dice LACRUZ, «el tránsito desde la indivisión orgánica hasta el estado de titularidad individual ofrece, en la práctica, ciertas dificultades, pues es entonces cuando han de analizarse y liquidarse, por lo general, las repercusiones de los hechos, actos y negocios de los cónyuges realizados constante matrimonio, en la economía común: sólo después puede iniciarse la división propiamente dicha» (1). O sea, que la importancia de la liquidación-partición le viene dada por no ser la sociedad de gananciales, mientras dura, ni una sociedad ni una comunidad, por no tener que ser gerenciada, en el sentido mercantil del término, sino vivida y gobernada, posponiéndose los arreglos de cuentas y la propia verificación contable de su buena o mala marcha al tiempo de su liquidación, en el momento preciso de su no existencia.

Esta singular importancia práctica no está exenta de dificultades de puro orden teórico. Pues aunque es preciso reconocer que en la sociedad de gananciales surgida de la reforma del 81 se ha operado un gran avan-

(1) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 486.

ce en el proceso de clarificación de la dinámica de este régimen económico matrimonial en cuanto tal, hay que aceptar igualmente, de una parte, que la sección destinada a la disolución y liquidación de la sociedad constituye el punto más débil de la reforma, debilidad que se destaca mucho más por la indudable calidad técnica de las secciones que la anteceden; esta sección está en gran medida, como veremos a continuación, anclada en un pasado que no se corresponde con la realidad normativa presente y que acarreará no sólo dudas, sino importantes dificultades en su aplicación judicial: la presencia del divorcio, en cuanto éste aporta conflictividad añadida a la disolución, no ha sido convenientemente medida por el legislador de la reforma. Y desde la perspectiva propia de este trabajo, la introducción de las atribuciones preferentes sobre determinados bienes gananciales, sin aclarar cuándo es de derecho y cuándo podría ser considerada como una mera facultad —como ocurre en las legislaciones que más directamente han influido en el proceso de reforma—, influye en que las operaciones liquidatorias no sean, a veces, puros procesos de verificación de los hechos, actos y negocios de los cónyuges constante la sociedad, una operación de valoración y liquidación de los resultados de aquéllos sobre las masas patrimoniales presentes en la sociedad y, finalmente, una simple división por mitad de la masa dividenda neta, sino que de forma sobreañadida a estas operaciones fundamentalmente liquidatorias, la atribución crea una situación de interferencia en su propia concepción igualitaria, ya que se caracteriza —cualquiera que sea su calificación: como derecho o como facultad— por ser un factor de desigualación entre las partes, bien que esta desigualación sea, en teoría, al menos, meramente cualitativa.

La introducción de las atribuciones preferentes, aunque deban aplicarse de forma restrictiva, aporta a las operaciones liquidatorias una nueva dimensión teórica de cuya importancia y alcance no se halla constancia en los artículos 1.396 a 1.410 del nuevo texto y de la que todavía no se ha hecho eco la doctrina; bien es verdad que la potencial problemática todavía no ha tenido ocasión de aparecer en los pronunciamientos jurisprudenciales, lo que obliga en cierto modo a operar en vacío. No obstante, la importancia de la introducción de las atribuciones preferentes debe ser necesariamente relativizada, para poner el acento en que este derecho de un cónyuge a la desigualación cualitativa de los lotes resultantes no puede en modo alguno romper, ni tan siquiera perturbar gravemente, la necesaria igualdad cuantitativa final de las hijuelas concretas que se hagan para cada una de las partes: el ejercicio de la atribución puede servir de arma coactiva para mejorar o empeorar indirectamente el resultado cuantitativo de la partición, lo que debe ser

evitado a todo trance, y de igual forma puede también servir para trasladar a la situación poscomunitaria los problemas familiares que hayan dado lugar a la quiebra de la vida en común.

Bajo estas circunstancias, la planificación de las operaciones liquidatorias y las de pura división alcanzan un contenido jurídico del que carecían en gran parte en el derogado régimen de gananciales y para lo que se queda evidentemente corta e insuficiente, en mi opinión, la actual regulación, por lo que su estudio e integración teórica cobran especial importancia correspondida directamente por su utilidad práctica.

B. La estructura lógico-jurídica de las operaciones liquidatorias y su ordenación secuencial

La liquidación de la sociedad de gananciales se encuentra configurada en los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil como una sucesión de operaciones que deben permitir a la postre, partiendo de la realidad económica tomada en el momento de la disolución de la sociedad y por reconstrucción proyectada sobre ella de los hechos económicos que la hayan afectado durante todo el tiempo de vigencia de la misma, conocer el montante real no en dinero, sino en bienes, a que asciende el remanente de lo que fuera masa ganancial para ser partido por mitad como ordenan los artículos 1.344 y 1.404 del Código Civil.

Como advierte DÍEZ-PICAZO, «hay que observar que la expresión que el Código utiliza —*liquidación*— es una expresión de carácter técnico, que va más allá de la simple división de un caudal común para aludir a un conjunto de actividades de carácter complejo. Se liquida en la medida en que hay que decidir el destino de los actos, negocios y situaciones pendientes de ejecución, porque hay que convertir el patrimonio en líquido y determinar la ganancia partible, ya que sólo después de todo ello es posible establecer el haber líquido sometido a partición y adjudicación» (2); pero es que, además, y como señala LACRUZ (3), la reconstrucción de los hechos económicos que este tipo de liquidación supone no se hace sobre puros valores, ni según las reglas contables de un balance, sino sobre los bienes que se han ido integrando en la masa ganancial para saber en qué medida son o deben ser tenidos como ganancia, concretándose sobre aquellas partidas que constituyen créditos ciertos de la comunidad frente a los cónyuges, o viceversa, y sin hacer cuenta general de lo gastado y ganado por cada cónyuge o de los ingresos y salidas de la comunidad.

(2) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1789.

(3) LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 486 y 489 a 491.

Todo ello requiere una serie de operaciones ordenadas en fases sucesivas que permitan respetar e integrar cada una de las tres masas patrimoniales presentes en la vida de la sociedad, satisfacer o proveer a la satisfacción de los créditos de terceros frente a la comunidad, para finalmente dividir el remanente neto a través de la formación de lotes entre los cónyuges, los ex cónyuges o entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.

Este orden secuencial de las operaciones o de las diferentes fases de que nos habla la mejor doctrina y al que responden con más o menos fortuna y perfección técnica los artículos 1.396 a 1.410 del Código Civil es hoy —no así en la sociedad de gananciales anterior a la reforma— una necesidad lógico-jurídica para poder proceder a la liquidación de un régimen económico matrimonial comunitario por excelencia, ya que se construye partiendo de la premisa teórica fundamental de la existencia de la igualdad más absoluta entre ambos cónyuges; en el que la defensa de la integridad de las masas patrimoniales —las privativas y la ganancial— se proyecta en forma tal que la depreciación monetaria —enfermedad social crónica en nuestro tiempo— incida lo menos posible sobre cada una de ellas; y en un régimen en el que, como consecuencia al menos teórica de la igualdad conyugal proyectada, los derechos crediticios de los terceros sobre la comunidad se garantizan normativamente por encima de los derechos crediticios de cada uno de los cónyuges para con la misma.

La existencia de estas perspectivas, amén del hecho de operar sobre bienes y no sobre valores, es lo que predetermina que el orden secuencial, al que nos venimos refiriendo, de las operaciones liquidatorio-particionales deba ser, al menos en el plano puramente intelectual, necesariamente rígido. El orden lógico de información, verificación y ejecución se corresponde en paralelo con el planteamiento jurídico de formación de inventario, materialización de las operaciones liquidatorias y partición propiamente dicha, ajustadas estas dos últimas a un plan en el que se hagan compatibles, en la medida de lo posible, los derechos e intereses divergentes en juego.

a) FASE DE FIJACIÓN Y ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La denominada por LACRUZ *fase de fijación* gira en torno a la formación del inventario de la sociedad de gananciales. A través de él debe llegarse al conocimiento más exacto de todas las partidas del activo y del pasivo de la masa común, por medio de la valoración de los bienes comunes en el momento de la disolución, de la enumeración de las

relaciones crediticias en favor de tercero ajeno a la comunidad, de la fijación y la trascendente actualización de las relaciones crediticias —reintegros y reembolsos— entre la masa consorcial y las privativas, e incluso fijando las obligaciones pendientes que, siendo personales de uno de los cónyuges, puedan dar lugar a repetición contra la sociedad (4).

Esta fase a la que se refieren los actuales artículos 1.396, 1.397 y 1.398 del Código Civil ha devenido de capital importancia en la perspectiva actual de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales. De su grado de equilibrada fiabilidad, mucho más que de la propia veracidad cuantitativa, depende —abstracción hecha de los intereses de terceros acreedores— el que la igualdad cuantitativa quede asegurada en la partición final, a pesar de las desigualdades cualitativas que se introducen en el sistema a través de la partición con las atribuciones preferentes.

La atribución de valores equilibrados y conforme a un criterio rígidamente uniforme deviene en piedra angular del difícil equilibrio final que debe conseguirse. Las constantes referencias del texto del Código a la actualización de reintegros y reembolsos inclinan a forzar la adopción de valores conforme al mercado, con el inconveniente inmediato de la presión fiscal y el más definitivo del impuesto sobre el patrimonio; no obstante, puede seguirse cualquier sistema de fijación de valores siempre que el precio que se tome como base sirva para todo el conjunto de bienes y más aún para la revalorización por actualización de reintegros y reembolsos; pensar en su desvalorización tomando como referencia no los bienes que fueron, sino el dinero que se obtuvo o que costaron es una hipótesis excesivamente utópica para ser tomada en consideración.

La complejidad de la fase de fijación, con todo, no alcanza entre nosotros las cotas del sistema de comunidad legal francés, en el que las denominadas «operaciones preparatorias de la liquidación» (5) recuerdan a las previstas en los derogados artículos 1.418 y siguientes del Código Civil, anteriores a la reforma, ello en función del papel preponderante que, en cierta forma, conserva el marido en el régimen legal francés surgido de la reforma de 1965. En nuestro sistema la complejidad proviene fundamentalmente de operar con bienes, siendo a su vez necesario establecer una cifra de valor con referencia a datos homogéneos para su cálculo, y de los problemas derivados y conexos de la prueba de la existencia y consistencia de los reintegros y reembolsos que deberán ser tomados en cuenta en el activo y pasivo de la comunidad debidamente actualizados.

(4) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 489.

(5) Ver, por todos, R. SAVATIER: *La Communauté...*, núms. 68 a 85.

Como enseña el profesor LACRUZ, el inventario debe ser un documento *neutro*, pues en su neutralidad radica su virtud de servir de base cierta para la configuración del *plan o programa de liquidación y de partición*. Si a los bienes se aplica el valor que alcanzarían en «una hipotética venta razonable», sin que se exija la existencia actual de demanda, se podrá hacer frente a las atribuciones preferentes y, en su caso, a los pagos *in natura* de los reembolsos de que sean titulares los cónyuges sin poner en peligro ni el equilibrio cuantitativo que debe alcanzarse ni la consistencia del patrimonio ganando constante la sociedad a que se encuentra abocada la masa ganancial, cuando, con excesiva frecuencia, se trasladan los problemas derivados de la quiebra matrimonial a la liquidación y partición de la masa dividenda. Con ello no sólo gana en importancia práctica la fase de fijación, sino que también deviene importante el quién, el cómo y el cuándo de la realización del inventario con clara trascendencia jurídica.

Son estos interrogantes los que subyacen en la afirmación de LACRUZ cuando dice que «el problema más inmediato en el derecho de predecesión es el de valorar imparcialmente los objetos atribuidos al cónyuge que los pretende» (6), problema cuya solución debe ser anticipada al momento del ejercicio material del derecho si se quiere, como es preceptivo, que la desigualdad cualitativa que de ordinario genera la atribución preferente no desemboque en una desigualdad cuantitativa, tanto da en favor como en contra del cónyuge atributivo, según la situación personal y económica de los sujetos intervinientes.

De la fiabilidad, integridad y neutralidad del inventario, en su sentido más amplio, depende que el plan o programa de liquidación y partición llegue a proporcionar plena satisfacción a las partes, es decir, permita llegar a conocer con exactitud las posiciones de los acreedores terceros —si los hay—, la situación acreedora-deudora de las tres masas entre sí, la existencia o ausencia de reales ganancias y, en su caso, qué bienes las componen, la forma más adecuada de reparto y la vía de salvar las desigualdades cualitativas por atribución preferente, si llegan a producirse. A pesar de la notoria importancia que tiene el plan o programa de liquidación y partición no llega a constituir un elemento reglado explícito de las operaciones que se siguen de la disolución del régimen de gananciales; es más bien una operación implícita, un elemento de razón, sin el cual el sistema impuesto normativamente puede llegar a funcionar, pero en todo caso defectuosamente, pues la racionalidad del plan es la que garantiza el equilibrio de intereses contrapuestos presentes en toda partición.

(6) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

- b) LA FASE DE LIQUIDACIÓN PROPIAMENTE DICHA PUEDE,
O MEJOR DEBE, DIVIDIRSE EN DOS SUBFASES:
LIQUIDACIÓN DE DEUDAS Y LIQUIDACIÓN DE REEMBOLSOS

a') A la liquidación de las deudas de la comunidad para con terceros se dedican los artículos 1.399 a 1.402; estos preceptos a juicio de DE LOS MOZOS (7) mejoran sensiblemente este aspecto concreto de la liquidación sobre la regulación anterior a la reforma, sobre todo en cuanto operan un claro deslinde entre fijación y liquidación propiamente dicha. No obstante, y con ser cierto lo anterior, el sentido literal del Código nos presenta un panorama en el que las deudas aparecen como si, en todo caso, se tratase de deudas líquidas y vencidas, y en cuanto tales, inmediatamente exigibles, cuando evidentemente no hay tal: la disolución del régimen de gananciales no tiene ningún parecido con las situaciones concursales, aunque el texto lo recuerde más de lo conveniente para mi personal gusto. Es por ello por lo que, como han apuntado DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, antes de proceder a la partición y adjudicación de los bienes debe quedar resuelto el pasivo social, «pues antes es pagar que partir», pero no tiene por qué tratarse de un pago efectivo, de una extinción de las relaciones de deuda (8), sino de proveer a las situaciones de pasivo de la comunidad y aun de las privativas de los cónyuges de las que respondan subsidiariamente los gananciales. A ello atiende el inciso primero del artículo 1.401, y para los casos en que la partición incrementa el riesgo de los acreedores se les reconoce a éstos los mismos derechos que ostentan en la liquidación y la partición hereditarias en el artículo 1.402 del Código Civil.

La nueva posición de los acreedores responde a la igualdad entre los esposos que preside la nueva regulación de la sociedad de gananciales, pero con una presencia sin lugar a dudas desmesurada y con graves dificultades de explicación, sobre todo en el artículo 1.400 del Código Civil. En el texto de la Comisión de Codificación la facultad de forzar la venta de un bien ganancial se producía tras el ofrecimiento de la dación en pago o de la cesión para pago y rechazo por los acreedores, a petición de uno de los partícipes en la liquidación o, creo entender, ante una valoración inadecuada por el acreedor o acreedores, pero siempre la iniciativa corría a cargo de los sujetos de la partición (titulares del patrimonio dividendo) y no de los interesados en la partición. El texto definitivo parece ampliar esta iniciativa en favor de los acreedores, por cuanto dice «pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá

(7) DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil...*, XVIII, vol. 2.º, pág. 484.

(8) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, vol. IV, pág. 277.

a enajenarlos y pagar con su importe», pero no varía ni en un ápice la posición del acreedor, pues los legisladores afortunadamente no han transformado la liquidación de la sociedad en una situación concursal.

El acreedor puede rechazar el ofrecimiento de satisfacción del crédito *in natura* y con ello forzará a la sociedad a procurarse numerario líquido, bien sea mediante la venta de bienes gananciales (pero no necesariamente la del bien ofrecido: puede ser cualquier otro), bien pagando uno de los partícipes con caudales propios, bien en ejercicio de la vía judicial correspondiente. Los acreedores, pese a la declaración del artículo 1.400 del Código Civil, no son sujetos activos de las operaciones liquidatorias; sólo pueden ejercer los derechos que les reconoce el artículo 1.402 del Código Civil. Lo que quiere decir el artículo 1.400, como ha puesto de relieve Díez-PICAZO, es que para la enajenación del bien como dación en pago o cesión para pago se requiere la unanimidad de los sujetos de la partición (titulares del patrimonio dividendo), y la acción de los acreedores deberá seguir la vía propia del embargo y consiguiente ejecución conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil (9).

En conclusión, podemos afirmar que la salida de bienes gananciales para el pago de deudas líquidas y vencidas y a falta de numerario requiere la unanimidad de los partícipes o los trámites ordinarios de la ejecución forzosa.

b') La nueva regulación, si se puede en propiedad denominar tal, sobre abono de «indemnizaciones y reintegros debidos a un cónyuge» a cargo del consorcio, encarnada en el artículo 1.403 del Código Civil, no puede en modo alguno considerarse igualmente afortunada, pues de su texto literal se desprende que para el legislador todos los créditos que ostente un cónyuge frente a la sociedad, cualquiera que sea su específica naturaleza, sólo podrán serle abonados cuando y en la medida en que hayan sido «pagadas» las deudas de la sociedad y hasta donde alcance el caudal inventariado.

Este precepto, como ha puesto patentemente de manifiesto LACRUZ (10), no puede ser interpretado conforme a su discriminatorio y peligroso tenor literal. Pues como expone: «obedece esta norma, manifiestamente, a un errado mimetismo con la que, en el régimen anterior, en tema de liquidación de la comunidad y tras la restitución de la dote y los parafernales de la mujer, establecía que 'pagadas las deudas y las cargas y obligaciones de la sociedad, se liquidará y pagará el capital del marido hasta donde el caudal inventariado alcance' (antiguo art. 1.423),

(9) Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, vol. II, págs. 1795 y 1976.

(10) LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 444 y sigs.

pues, como es patente, esta norma se correspondía directa y coherentemente 'con la situación de omnipotencia del marido gestor del fondo común' y 'al poder omnímodo del marido correspondía una responsabilidad de igual alcance'. Y argumenta: «nada más injusto que el actual precepto, que reduce a ambos cónyuges al antiguo nivel de prelación del marido, cuando su posición —real— en el actual consorcio es muy distinta», pues «no se comprende que se haya hecho tabla rasa de un sistema que tenía en cuenta desigualdades sociales todavía hoy subsistentes en alguna medida». Es claro que «el hecho de ser ella coadministradora no basta para relegarla al último lugar, pues, de una parte, sólo tiene el 50 por 100 de los votos y, por tanto, no es mayoría ni puede decidir por ella sola; pero, de otra, y sobre todo, las deudas comunes no provienen exclusiva y principalmente de la coadministración: pueden ser tan ajenas a su iniciativa como las que contrae su marido aisladamente, en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios» (art. 1.365, 2.º, CC).

Para concluir con igual contundencia argumental que «el precepto carece de antecedentes en otras legislaciones (¡evidentemente!) y en sentido literal se halla en contradicción con los principios que inspiraban la reforma de autonomía de los cónyuges y responsabilidad común reducida a las deudas contraídas conjuntamente o las domésticas», y por ello «no tiene sentido que un régimen que conserva el carácter de bienes propios a los comprados en virtud de un derecho (privativo), aunque su precio se pague con fondos sociales, sacrifique luego a los acreedores del consorcio los bienes privativos disueltos en él. Tampoco lo tiene el cuidado que pone el legislador en salvar los derechos del cónyuge al reintegro en los artículos 1.364 y concordantes, si luego se trata de un crédito de inferior condición y cobro eventual. Es incongruente que unos recobros, los de la comunidad frente a los cónyuges, tengan trato distinto de otros —los de los esposos frente al consorcio—, de modo que la comunidad concurre a cobrar sobre el patrimonio privativo con los restantes acreedores de su titular, pero no el cónyuge con los acreedores del patrimonio común. Y, sobre todo, es contradictorio con la economía del sistema legal de las 'cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales' (arts. 1.362 y sigs.) que unas deudas que son 'de cargo de la sociedad de gananciales' acaba pagándolas indirectamente un cónyuge, por el hecho fortuito de ser acreedor del consorcio y a través de él».

Tras la contundencia de la argumentación y de la patente demostración de la incoherencia sistemática en que se incurre, se debe afirmar que el artículo 1.403 no constituye un verdadero sistema de pago de indemnizaciones y reembolsos debidos por la comunidad para con las

masas privativas. La mecánica jurídica de los reintegros y los reembolsos ha quedado en la reforma de 1981 felizmente planteada y desgraciadamente irresuelta. El artículo 1.403 no es eficaz, como ha demostrado palmariamente LACRUZ, para una comunidad deficitaria, en cuyo caso el cónyuge «acreedor» respecto de ella podrá concurrir a la satisfacción de su crédito con los acreedores terceros a la misma en pie de igualdad o según el Derecho común de los privilegios. Tampoco es eficaz en su literalidad para una comunidad que se cierre a cero o en la que se produzca verdadera ganancia, pues para estas últimas se hace sentir la inexistencia de una forma específica de cobro y esta capital ausencia tan sólo puede ser llenada indirectamente.

Para LACRUZ (11), seguido en este punto por DE LOS MOZOS (12), «los reintegros debidos al consorcio por los cónyuges han de pagarse, salvo acuerdo en contrario, en dinero. Si se permitiera imputar lo debido en la cuota de gananciales de cada cónyuge, el que menos (o nada) debe al consorcio recibiría mayor cantidad de bienes distintos del dinero, y menor el esposo deudor, contra el principio de la igualdad cualitativa en la partición del artículo 1.061. La misma norma rige para los reintegros de los cónyuges al consorcio». El argumento, desde la perspectiva que ofrece el artículo 1.403 del Código Civil, y por el tratamiento estabilizador de la reforma respecto de este tipo de deudas, parece no sólo correcto, sino inatacable; pero no así desde la argumentación de la igualdad cualitativa del artículo 1.061 del Código Civil, pues esta igualdad, como sabemos disminuida por la introducción de las atribuciones preferentes, tan sólo hace acto de presencia cuando nos encontramos con una masa partible neta y no antes, como es aquí el caso. La masa ganancial es deudora de los reembolsos y éstos deben ser liquidados antes de partir, por lo que no nos encontramos ante una operación particional que deba efectuarse con proyección de la justicia distributiva propugnada en el mencionado precepto, sino con una operación puramente liquidatoria, para la que el artículo 1.403 ofrece insuficientes vías de solución.

La solución de LACRUZ viene dada, en primer lugar, por la consideración de que el dinero, en nuestra economía de signo claramente inflacionista, suele tener un aprecio menor, no un valor menor en su vertiente contable que el que se concede a otros tipos de bienes: inmuebles, alhajas, obras de arte, etc., y además porque su salida de la masa ganancial para el pago de deudas de claro signo pecuniario no supone un empobrecimiento, sino el cumplimiento de una obligación, en tanto que

(11) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 492.

(12) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 494.

la venta de bienes para la obtención de numerario sí suele producir un empobrecimiento de la masa ganancial, pues la enajenación por necesidad suele provocar una desvalorización de los bienes puestos en venta. En segundo lugar, porque el tratamiento normativo de los reintegros y reembolsos en la sociedad de gananciales está inspirado en el régimen propio de las deudas pecuniarias con cláusula de estabilización, por lo que el pago dinerario es el que mejor se ajusta a sus específicas características, pues si bien el criterio estabilizador de la normativa reformada no requiere de forma necesaria el pago en metálico, sí es necesario que la antigua cantidad nominal sea revalorizada, para lo cual es preciso efectuar el cálculo en términos pecuniarios. Y, en tercer lugar, porque el legislador, lo que confirma la línea argumental seguida, ha querido evitar la duplicidad que establece el Derecho francés cuando en el artículo 1.470 de su Código Civil dice: «si, efectuado el balance, la cuenta presenta un saldo a favor de la comunidad, el esposo reembolsará el montante a la masa común. Si presenta saldo favorable al esposo, éste tiene la elección bien de exigir el pago, bien de predetraer (*prélever*) bienes comunes hasta la concurrencia debida».

La solución española para la liquidación de reintegros y reembolsos, por las limitaciones que supone y por las incongruencias que el profesor LACRUZ ha puesto claramente de manifiesto, se muestra insuficiente en su dimensión crediticia, como lo es asimismo en su aspecto puramente atributivo, pues su caracterización como operación netamente liquidatoria puede impedir, y de hecho impedirá, en aquellas economías familiares en las que la falta de liquidez haga acto de presencia, el correcto funcionamiento de las atribuciones preferentes, como tendremos ocasión de poner de manifiesto más adelante.

La introducción del artículo 1.403 del Código Civil se caracteriza más bien por sus aspectos negativos: no tiene en cuenta la nueva estructura de la sociedad de gananciales, por lo que al fundamento se refiere, y no facilita aquellos aspectos liquidatorios también nuevos en los que descansa la filosofía de la reforma de 1981.

Creo que en esta delicada e importantísima materia hubiera resultado más prudente, y desde luego mucho más concordante con la sistemática interna y la finalidad de la reforma, seguir el antecedente belga en materia de reembolsos, y particularmente las previsiones contenidas en el artículo 1.442 de su Código Civil, cuando determina que «el esposo al que se le deba una recompensa puede, de acuerdo con su cónyuge o, en su defecto, con la autorización del Tribunal, detraer (*prélever*), en el momento de la partición, bienes comunes hasta el límite de lo que le es debido, y cuyo valor será, en caso de discrepancia, fijado

por el Tribunal. Esta predetracción (*prélèvement*) no puede restringir los derechos de atribución reconocidos al otro cónyuge por los artículos 1.446 y 1.447».

Podría concluirse, a la vista de cuanto antecede, que nuestro sistema actual de sociedad de gananciales, bien sea por error, bien por deficiente tratamiento legislativo, carece de una normativa de liquidación de las cuentas de reintegros y reembolsos *inter* masas, y que esta laguna puede colmarse debidamente deduciéndola del contexto de la normativa de la sociedad de gananciales en la que se ofrecen elementos más que suficientes.

Entiendo que el artículo 1.403 del Código Civil no responde a la idea del legislador sobre liquidación de los reintegros y reembolsos de forma general, y sí a un aspecto parcial de la misma: al privilegio legal de actualización de estos créditos entre la masa ganancial y una de las privativas o ambas. Parece que la posposición de los créditos de los cónyuges respecto de los de los terceros contra la masa no tiene otro fundamento que el de gozar aquéllos sobre éstos del beneficio de la actualización, por lo que debería bastar, para recobrar el rango que corresponda al crédito del que sea titular un cónyuge contra la masa ganancial, con renunciar a la actualización. Sostener el tenor literal de este artículo contra viento y marea puede suponer justificar la injusticia que el nuevo régimen de gananciales trata de evitar de ver un cónyuge en manos de los acreedores de la sociedad todo el patrimonio inicialmente privativo que paulatinamente se fue disolviendo en la masa ganancial. Además, el artículo 1.403, al reducir la liquidación de reintegros y reembolsos a una nueva norma de prelación, descuidando los demás aspectos, daña innecesariamente el novísimo régimen de atribuciones preferentes, que, como hemos señalado, se resuelve sin problemas en el mencionado artículo 1.442 del Código Civil belga.

c) FASE DE DIVISIÓN

La *fase de división* o partición propiamente dicha también ha sufrido con la reforma de 1981 una profunda modificación, y si bien sigue siendo cierto que su función se limita a partir por mitad el remanente neto entre marido y mujer o sus respectivos herederos, como disponía el antiguo artículo 1.426 y establece hoy el actual 1.404, esta partición no obedece directamente hoy a las tradicionales ideas de igualdad cualitativa y cuantitativa, pues por encima de ellas, y de la primera particularmente, se toman en consideración y se protegen por la norma otros intereses que el legislador destaca en la disolución de la sociedad.

La igualdad cuantitativa se rompe por aplicación del artículo 1.321 del Código Civil, que, como sabemos, dispone la entrega al cónyuge supérstite de las ropas, mobiliario y enseres ordinarios que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común, sin computar tal entrega en su haber; la cualitativa, por la introducción de las atribuciones preferentes.

a') Entiende el profesor DE LOS MOZOS que los bienes que componen el ajuar doméstico objeto del derecho de predetracción del cónyuge supérstite, como ventajas o don de supervivencia, no deben formar parte del inventario, ya que antes de proceder a éste quedan en poder del titular de tal derecho por interversión del título posesorio, aunque —añade— ello no quita para que goce de preferencia alguna en relación con las deudas comunes (13); creo, por el contrario, que estos bienes deben entrar en el inventario, y no sólo en presencia de las deudas de la comunidad para con terceros, salvo aquellos bienes que sean inembargables por reconocimiento expreso de la ley, para poder llegar a establecer correctamente la correlación entre activo y pasivo del consorcio, pues también responden de los créditos de que sean titulares los herederos del otro cónyuge, y además porque en el momento del inventario debe quedar fijado si estos bienes son o no de extraordinario valor, aspecto éste que no puede quedar al arbitrio del cónyuge supérstite usuario, sino que debe fijarse por las partes concurrentes en la división.

La no inclusión en el inventario a que hacía referencia el antiguo artículo 1.420 del Código Civil se enmarcaba sobre elementos declarados inembargables: «el lecho» y «las ropas y vestidos de uso ordinario», que hoy son bienes privativos no sujetos a reintegro, lo que entiendo viene a diferenciar radicalmente las previsiones del derogado artículo 1.420 respecto de las del actual 1.321 del Código Civil del denominado régimen primario, por lo que parece no debe pervivir en el régimen actual aquella exclusión legal.

La entrega de las «ventajas» constituye, en mi opinión, una operación particional —aunque sin afectar el haber del atributario: «se entregarán», dice el texto; no dice «se tomarán»—, por lo que creo que al menos por lo que excede del «lecho conyugal» no puede concebirse su adquisición por interversión del título posesorio, según la fórmula tradicional *mortis causa capio*, como afirma DE LOS MOZOS. No se trata de una *mortis causa capio*, porque los bienes que se atribuyen por el artículo 1.321 del Código Civil al sobreviviente no eran propiedad del cónyuge difunto. Se trata de una atribución legal de elementos patrimoniales que de otro modo serían partibles, porque son normalmente ga-

(13) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 499.

nanciales, que debe materializarse en la partición —«se entregarán»—, pero como expresión de un derecho anterior, como don de supervivencia instituido por la ley, y es, además, una atribución neutra, es decir, no gratuita, porque aleatoriamente podría corresponder a cualquiera de los cónyuges, al que sobreviva, y porque no supone un correlativo empobrecimiento del difunto, ni tan siquiera del haber de sus herederos, sino que se trata de una parte de la masa ganancial que no es partible por mandato expreso de la ley y a título de don de supervivencia.

La expresión literal del artículo 1.321 «el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos» impide, contra la opinión de DE LOS MOZOS, la predetracción de bienes que, con idéntica naturaleza y finalidad, no se encuentran bajo la posesión del cónyuge supérstite y precisamente en la vivienda que constituya la residencia habitual; así, el derecho no alcanza al ajuar de una segunda vivienda, y si los cónyuges, a falta de vivienda común, viviesen en dos, por cualquiera de las razones que no supone separación de hecho (art. 87, 2: mantenimiento del *honor matrimonii*), la predetracción como don de supervivencia alcanza, pese a la literalidad del artículo 1.321, a los bienes muebles que constituyan el ajuar de la vivienda en que tenga fijada su residencia el sobreviviente y no, desde luego, a la suma de los de las dos.

b') La igualdad cualitativa, en la fase de división, se debilita de forma mucho más significativa que la cuantitativa en la reforma del 81 por la introducción de las atribuciones preferentes, en las condiciones personales y materiales que se contemplan en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, así como en aquellas otras en las que la identidad de razón y de fin —concurrentes entrambas— hagan posible la extensión analógica de tales normas. Claro está que esta desigualación normativa no quiere decir que la subsiguiente formación de lotes no deba tender como requiere su objeto final a la igualdad que predica, para la partición hereditaria y, por extensión, para la de la masa ganancial neta, el artículo 1.061 del Código Civil.

La atribución preferente condiciona la partición, pero no la convierte en una operación que queda al arbitrio del atributario preferente, sino que se manifiesta destacando determinados bienes —los atribuibles— que tienen que servir de referencia para la asignación de otros lo más similares posibles a éstos en el lote de la contraparte; es decir, se abandona el principio de aleatoriedad en la adjudicación —uno forma los lotes y el otro elige o ambos forman los lotes y se sortea— para adoptar un sistema de conformación de lotes *dirigida*, en la que el objeto u objetos de atribución condicionan el resto de las atribuciones para igualar cuantitativamente ambas y equilibrar, ya que no igualar, cualitativamente las

adjudicaciones. Aspectos éstos que hay que reconocer están insuficientemente tratados en la nueva normativa, por lo que su desarrollo queda en manos de la doctrina y de la jurisprudencia futuras. No obstante, es claro que el mandato de los artículos 1.344 y 1.404 de partir por mitad no puede quedarse limitado al aspecto cuantitativo y la atribución preferente tan sólo puede marcar una forma de dividir cualitativamente y no el abandono de esta exigencia de justicia.

d) El orden secuencial de las operaciones liquidatorias, como se puede deducir de los párrafos anteriores, no puede ser alterado arbitrariamente. De una parte, tal ordenación obedece, o mejor, debe obedecer a la propia estructura de la sociedad de gananciales, de la que la división que sigue a su disolución no es sino un reflejo estático, pero prolongado, de su situación de cierre; en tanto que, de otra, la ordenación secuencial viene impuesta para garantizar los diferentes derechos concurrentes y contrapuestos de los cónyuges o sucesores y de los acreedores de la comunidad.

Ahora bien, la necesidad lógica de una ordenación secuencial no quiere decir que se requieran tiempos formalmente separados para cada una de las fases, ni siquiera la lógica del «antes es pagar que partir», implica un criterio de prioridad temporal —no hay razón para pagar antes del vencimiento; la disolución de la sociedad no abre un procedimiento concursal, ni tan siquiera un *iter* analógico del mismo—. La ordenación normativa y su desarrollo doctrinal se refieren a un *modus operandi* que se propone como modelo, diferente de los propuestos por los Códigos Civiles francés y belga e incluso del modelo italiano, y que guarda curiosamente una absurda fidelidad para con los derogados artículos 1.418 y siguientes de la original sociedad de gananciales, que, como es notorio, respondían a un marco legal básico radicalmente distinto del que inspira la reforma de 1981. Ante esta dificultad de orden técnico, lo que LACRUZ denomina «formación del plan» adquiere una importancia singular, pues debe presidir la totalidad de las operaciones liquidatorias, incluso la de formación del inventario, pese a la aparente contradicción que ello implica. Como es lógico, la formación del plan liquidatorio, como pura reflexión intelectual, requiere, como apunta mi maestro LACRUZ (14), «el conocimiento de todos los bienes del consorcio, de todas las relaciones entre masas y de todas las deudas consorciales», para lo que el inventario es un *prius*, pero también es, si no necesario, conveniente conocer la posibilidad de ejercicio del derecho o derechos de atribución preferente, pues aunque este derecho es de naturaleza particional propiamente dicha y no tiene carácter liquidatorio,

(14) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 491.

puede condicionar, tal como prevé el Código Civil belga en su artículo 1.442, 2, del que ya hemos hecho mérito, la buena marcha de las operaciones puramente liquidatorias.

Las atribuciones preferentes, como privilegio particional que altera la composición de los lotes, pueden verse frustradas por el sistema de liquidación anticipada de deudas o por el abono de reintegros al otro cónyuge, si tales operaciones liquidatorias fueren necesariamente anteriores en el tiempo a la partición. Ahora bien, las normas liquidatorias de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil no tienen el carácter de imperativas, sino que son «un modo de liquidación en los casos ordinarios» —como puntualiza LACRUZ (15)—; por ello nada impide que la división por mitades lo sea del activo y del pasivo y que para llegar a la necesaria igualdad cuantitativa se parta de una atribución preferente que desequilibraría la partición, si ésta se pospusiese para el momento de repartir según el orden secuencial señalado por el Código: cuando se obtenga el correspondiente haber neto, contrabalanceándolo por la asunción de una parte mayor de pasivo en idéntica proporción al desequilibrio operado por la atribución, pues el orden del Código —inspirado en los supuestos de titularidad del marido del antiguo sistema— parte del sistema contable de hacer tabla rasa de un negocio: primero, sumar; luego, restar, y, por último, dividir por dos lo que reste. Este sistema, conocido popularmente como «cuenta de la vieja», las más de las veces es contrario a las reglas de una buena economía y casi siempre contrario a la lógica, pues la disolución de la comunidad conyugal, como ya se ha apuntado, no es un supuesto concursal.

C. Inventario, avalúo y atribución preferente

Parece claro que, pese al tenor literal del artículo 1.396 del Código Civil, el inventario no constituye una operación liquidatoria ni particional. Es un *prius* de ambas fases y, en todo caso, como expone DE LOS MOZOS (16), «no sólo es un trámite obligado para proceder a la liquidación, conforme a la lógica de la misma, sino que también es un derecho y un deber recíproco de los diversos partícipes en la comunidad posganancial. De manera que cualquiera de ellos puede compeler al resto para que se forme el inventario».

Dada la estructura formal de los artículos 1.397, 1.398 y 1.404, y aunque la sociedad de gananciales es una comunidad de bienes y no de

(15) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 446.

(16) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 466.

valores, el inventario a que se refiere el artículo 1.396 debe suponer el avalúo de los bienes gananciales, pues así se requiere para llegar al conocimiento de cuál es la verdadera ganancia partible, es decir, «el remanente, que constituirá el haber de la sociedad de gananciales», lo que sólo es factible a través del cálculo del valor de los bienes que permite operar con datos homogéneos. Se trata, pues, de un documento o conjunto de ellos que da noticia del estado económico de la comunidad posconyugal, pues debe transmitir a las partes interesadas en el mismo qué bienes pertenecen a la masa ganancial (inventario propiamente dicho), cuánto es verdadera ganancia y en cuánto debe valorarse el haber de cada uno de los partícipes, con eficacia entre quienes han intervenido en su formación —o contra quienes, debidamente citados, no hayan concurrido—, pues, en definitiva, se trata de un balance surgido de la comparación del activo (art. 1.397) respecto del pasivo (art. 1.398), con saldo para la sociedad positivo, negativo o equilibrado.

Estas operaciones no guardan, en el terreno de los principios teóricos, relación directa con las atribuciones preferentes, pero ello puede no ser así en la práctica; pues si el elemento medular del inventario reside en la veracidad y universalidad de los datos que aporta, el avalúo de los bienes es igualmente trascendente no sólo para conocer la verdadera ganancia partible, es decir, para cubrir con los bienes deudas, reintegros y reembolsos, sino también para poder proceder a la partición, pues ésta sólo sería posible sin avalúo de los bienes cuando el pasivo fuera nulo o se pudiera cubrir con metálico ganancial existente en la masa al tiempo de la liquidación y cuando las diversas categorías de bienes a dividir estuviera representada en el inventario por un número de ejemplares par, para situar uno en cada lote.

La justa valoración de los bienes resulta de capital importancia para facilitar el ejercicio pacífico del derecho de atribución preferente, pues como ya sabemos «el problema más inmediato del derecho de predetracción es el de *valorar imparcialmente* los objetos atribuidos al cónyuge que los pretende...» (17), y este valor debería quedar fijado en la fase previa de inventario y avalúo, pues la veracidad, fiabilidad y conformidad en estos extremos posibilita la formación del plan en presencia de todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta en la liquidación y en la partición, sobre todo si en ésta se dan supuestos de atribución preferente.

El valorar imparcialmente supone, en primer lugar, y sobre todo, el emplear en el avalúo un mismo criterio de medida para la totalidad de bienes que integran la masa ganancial; de ordinario esa objetividad se

(17) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

alcanza a través del empleo de los precios vigentes en el mercado al tiempo del inventario debidamente ponderados, es decir, el bien o bienes de que se trate se deben valorar por el precio que se obtendría en un supuesto hipotéticamente razonable de venta, no forzosamente efectuada en el momento, sino conforme a las previsiones ordinarias y a la normal evolución de las perspectivas de demanda de tales bienes en el tráfico habitual de los mismos. El hecho de que en el momento no exista demanda para un determinado bien o, por el contrario, de que la demanda se encuentre disparada, no debe influir, respectivamente, ni para que el bien se valore a precio de saldo ni a precio de auténtica especulación, pues el momento de formación del inventario, aunque es importantísimo para la atribución de valores, no tiene por qué ser vinculante. Más que de valor actual de mercado, debe pensarse en perspectivas razonables de mercado.

En segundo lugar, y ante la presencia de posibles peticiones de atribución preferente, valorar imparcialmente supone el prescindir en la fijación de valor de los bienes presuntamente atribuibles de los incrementos de precio que se deriven de la pura afección, mayor utilidad o estima que una parte en la partición puede presumir tienen para la persona del atributario, de forma tal que, de manera indirecta, venga a suponer un lucro para el cónyuge no atributario o sus herederos. Ello quiere decir tanto como que las potenciales atribuciones preferentes no deben interferir o modificar en más o en menos los valores con que figuren en inventario los bienes hipotéticamente atribuibles.

No obstante lo anterior, es evidente que, para los bienes que se contemplan en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406 del Código Civil y los bienes muebles profesionales que entiendo incluidos en la interpretación moderadamente extensiva del apartado 3.º del mismo artículo, el problema de la valoración presenta aspectos relativamente problemáticos, de algunos de los cuales nos hacemos eco.

a) Los bienes de uso personal o profesional no incluidos como privativos en el artículo 1.346 del Código Civil, además de ofrecer graves dificultades técnicas de encaje de las que hemos hecho mérito, presentan también dificultades para su valoración imparcial, pues su valor depende en gran medida de la susceptibilidad que tengan al tiempo de la partición de ser útiles para una generalidad de potenciales usuarios o de uso restringido a un grupo muy determinado y escaso numéricamente y de la existencia o no de un mercado para los objetos de que se trate. Además, cualquier criterio de valoración depende, en definitiva, de la naturaleza del bien de que se trate en cada caso, por lo que establecer normas o directrices generales de carácter mínimamente objetivo es una

pura utopía. Pues en tanto la mayor parte de los bienes que pueden ser objeto de atribución preferente conforme al apartado 1.º del artículo 1.406 del Código Civil están sujetos a una constante depreciación por haber sido usados, o a puras pérdidas de valor en razón del desgaste o por resultar obsoletos, otros, los menos, pueden estar sujetos a revalorización, bien sea en función de su rareza en el mercado, bien por resistir, dada su naturaleza, las tensiones inflacionistas de nuestra época, manteniendo o superando el valor inicial de forma constante.

El problema se concreta aquí en situar en sus justos términos qué deba entenderse por valoración imparcial. En definitiva, y además de prescindir de aquellas connotaciones de orden subjetivo que pueden distorsionar el funcionamiento de las atribuciones preferentes, de elegir para su avalúo entre su verdadero valor contable, aplicando al objeto de que se trate una amortización razonable y el valor ordinariamente ínfimo que se podría conseguir con su venta, pues no cabe duda que para los objetos que se revalorizan deberá estarse al precio del mercado en el momento de su avalúo.

La solución no parece, a mi juicio, que pueda ser otra que la de conceder la opción al atributario, pues si bien es verdad que la adquisición «para la comunidad» viene impuesta por una falta de adecuación entre el valor del objeto singular y la apreciación social y familiar del «extraordinario valor» a que hace referencia el apartado 7.º del artículo 1.346 o a la ausencia del requisito de ser el «instrumento necesario» del apartado 8.º del mismo artículo, que tan sólo ha favorecido al cónyuge usuario, no es menos cierto que el derecho de atribución preferente sólo se materializa a petición del atributario, y si el objeto se valora en exceso éste puede dejarlo en masa dividenda, con lo que ésta, más que mantener un valor, lo que retendrá será un lastre que en nada interesaría, en principio, al otro u otros partícipes. Creo que puede mantenerse al respecto que más que ante un supuesto de atribución preferente nos encontramos ante un procedimiento de conversión de bienes en privativos diferida al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales de unos bienes que tan sólo se predicen gananciales por la norma con el propósito de impedir el empobrecimiento de la sociedad en virtud de la desproporción o la innecesariedad a las que hemos hecho referencia. Se trataría de una pertenencia a la sociedad en función de garantía en favor de la misma más que de un verdadero sistema de ganancialidad; estamos en presencia de una excepción restrictiva que no puede llegar a convertirse en un privilegio del cónyuge usuario, que tras adquirir y usar objetos desproporcionados a las necesidades personales, sociales o profesionales quedan éstos de cargo de la sociedad entera-

mente, y a ésta entiendo le interesa favorecer la atribución preferente por el cónyuge usuario, pues la incorporación al lote de la otra parte sólo deviene en su perjuicio. Por lo que entiendo que la opción debe quedar en manos del cónyuge atributario cuando la adquisición no tiene carácter de inversión.

Para los casos de adquisición como inversión, como en el estudio de SAVATIER acerca de las joyas, colecciones, etc., entiendo que el uso privativo o personal es y debe ser considerado como incidental; su función es la inversión, por lo que entiendo que no deben ser susceptibles de atribución preferente y deben excluirse de este tratamiento específico. En tanto que los dedicados al uso personal o profesional, pero que son susceptibles de revalorización, deben valorarse conforme a la regla general del precio de mercado, pauta general del avalúo de los bienes de la masa dividenda.

b) En las atribuciones a que se refiere el apartado 2.º del artículo 1.406 es posible distinguir entre la explotación agrícola y los establecimientos o negocios industriales y comerciales a los efectos de valorar imparcialmente tales objetos complejos de atribución preferente.

Para la «empresa» o explotación agrícola gestionada personalmente las posibilidades de que éste continúe sin el gestor han venido siendo tradicionalmente más amplias que para el establecimiento o negocio comercial e industrial gestionado de forma también personal, pues se ha venido sosteniendo, probablemente con razón, que la desvinculación personal en estos últimos acarrea muchas veces su liquidación. La dimensión ganancial del negocio o establecimiento industrial o comercial, si la comunidad se disuelve conflictivamente, introduce, al margen de la atribución preferente, muchas posibilidades de que tal bien deba ser, en definitiva, liquidado; pero esta perspectiva está claramente condicionada por una tradición marcadamente ruralista que ha afectado en gran medida la visión de conjunto del Derecho de familia, totalmente de espaldas a las formas de vida actuales y al mayor número de destinatarios de las normas.

En la valoración de los bienes a que se refiere el apartado 2.º del artículo 1.406 del Código Civil no pueden tomarse en consideración los valores que se obtendrían en liquidación, pues se trata de una previsión extrema que favorecería en un grado marcadamente injusto al cónyuge atributario en detrimento del otro o de sus herederos. De igual forma, y por las mismas razones, tampoco puede tomarse en consideración la hipotética atribución, por el momento, para fijar el valor, pues la utilidad añadida que puede reportar para el atributario el recibir el bien no forma parte del valor imparcial con que debe figurar en el inventario,

por lo que este valor imparcial deberá ser el que tendría en caso de una hipotética venta y no otro.

Parece que lo adecuado es que, dada la separación, muchas veces más teórica que real, que este tipo de bienes tienen en el propio seno de la masa ganancial, ni los créditos ni las deudas propias del negocio se disuelvan en el conjunto de créditos y deudas gananciales y que unos y otros conserven su vinculación con la empresa que se trate de valorar, pues el precio que se estipule en el inventario es un precio de continuidad y no de liquidación.

c) Los muebles e instrumentos profesionales que entiendo deben incluirse en la atribución del local profesional a que hace referencia el apartado 3.º del artículo 1.406, cuando éstos no son privativos desde su adquisición, así como los instrumentos igualmente profesionales que dejen de tener la condición de pertenencias o de partes integrantes de la explotación o establecimiento común a los que se refiere el artículo 1.346, 8.º, deberán valorarse por su valor en venta tal y como se encuentren en el momento de levantamiento del inventario, por bajo que sean éstos, y no por la utilidad que pueden reportar al cónyuge profesional potencial tributario.

Para los dos últimos supuestos examinados, la diferencia entre el valor real en venta y la utilidad que reportan al tributario es en lo que consiste la *ventaja o prima* que la ley quiere conceder al titular del derecho de atribución preferente, como me ha hecho ver mi maestro LACRUZ en sus constantes enseñanzas. Debe tenerse aquí muy presente que el cónyuge no tributario no vende, ni el tributario compra la empresa que ha venido gestionando, ni los instrumentos que ha venido empleando, sino que incluye en su haber particional estos bienes por el valor, en cuanto a su cuota, que otro daría por ellos en una venta razonable; de ahí que LACRUZ siga denominando a estos derechos extraordinarios de un cónyuge, conforme a un lenguaje propio del Derecho aragonés que algunos han juzgado inadecuado, de *ventajas* (18).

Entiendo queda claro que en el levantamiento del inventario la atribución preferente es un derecho que no sólo no ha hecho acto de presencia, sino que no debe tomarse en consideración, pues la valoración en menos o en más, según quien marque la pauta de tales valoraciones, de los bienes potencialmente atribuibles constituiría una conducta contraria a la buena fe. La exigencia general del artículo 7.º del Código Civil se materializa aquí en una valoración neutra e imparcial de todos los bienes que figuren en el activo de la sociedad de gananciales.

(18) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 492.

D. Operaciones liquidatorias de la comunidad y las atribuciones preferentes

El estudio de la denominada fase de liquidación desde la peculiar óptica que proporciona el ejercicio del derecho de atribución preferente ofrece nuevas dimensiones problemáticas de las que nos hemos hecho eco en apartados anteriores, pero que, no obstante, merecen ser objeto de un nuevo y más detallado análisis, con proposición, en su caso, de aquellas soluciones que parecen posibles y más adecuadas a la naturaleza del problema.

La implacable y certera crítica que mi maestro LACRUZ ha efectuado respecto del actual artículo 1.403 del Código Civil —que por mi parte entiendo, en cuanto a la coherencia con el conjunto de la regulación se refiere, debe hacerse extensiva a la práctica totalidad de la sección IV— no sólo tiene que ver con el problema de prelación de créditos al que directamente hace referencia y al conjunto del proceso liquidatorio de la sociedad, sino también con la fase de partición, y dentro de ella con las atribuciones preferentes, tal y como se conciben en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil. Por ello, decir que el orden secuencial propuesto por el Código Civil en sus artículos 1.396 y siguientes hará las más de las veces imposible las atribuciones preferentes contenidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406, si bien sirve para atacar frontalmente la concepción y redacción de estos artículos, porque casi nada tienen que ver con el contexto y la filosofía que inspiraron la reforma del régimen, es decir, bien poco, pero sí entiendo con LACRUZ que el sistema del Código es tan sólo *un modo de liquidación de los casos ordinarios* y que, en su consecuencia, son posibles otros *modos* extraordinarios, si se quiere, pero que entran dentro del ámbito posible de las normas que criticamos y son plenamente compatibles con el sistema de liquidación y partición de la sociedad, tendremos que convenir que la propia naturaleza desigualante de la atribución preferente constituye por sí misma un modo extraordinario de partir, y que esta forma extraordinaria de partir puede muy bien influir y afectar en el mismo modo de liquidar con un único e inderogable límite ínsito en la propia atribución preferente: el desequilibrio cualitativo que comporta no puede contagiar en modo alguno al equilibrio cuantitativo, que en este punto puede y debe traducirse en la integridad de los créditos y de las garantías de que gozaban al tiempo de la conclusión de la sociedad de ganancias para dar lugar a la indivisión subsiguiente.

a) APLICACIÓN A LA MATERIA DE LAS REGLAS PROPIAS
DEL DERECHO SUCESORIO

La aplicación de las reglas de la comunidad hereditaria a la comunidad posmatrimonial viene impuesta no sólo por las remisiones que a tal disciplina legal hacen los artículos 1.403 —para los derechos de los acreedores— y 1.410 —de forma supletoria general—, sino también por la identidad estructural que se da entre una y otra.

Los cónyuges o los ex cónyuges o el supérstite y los herederos del fallecido tienen sobre la masa ganancial, convertida en comunidad indivisa, la misma titularidad parciaria sobre todos y cada uno de los elementos que la componen y sobre las deudas y obligaciones que la gravan, pero además esta titularidad parciaria no se concreta en cuotas sobre el activo y el pasivo, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho romano, pues la paralización que suponen el cambio de régimen, la separación o divorcio, o el fallecimiento de uno de los cónyuges no modifica la naturaleza de la masa ganancial y sí su régimen jurídico, pues pasa a ser una masa patrimonial indivisa, que, como la hereditaria, requiere de unas reglas propias encaminadas a la liquidación sin detrimento de ninguna de las partes interesadas.

Esta semejanza jurídica se ha reforzado considerablemente con la reforma de 1981, pues en contraste con el régimen de gananciales anterior, al desvanecerse la posición del marido como único gestor y, consecuentemente, único deudor, la situación actual puede equipararse, casi completamente, a la comunidad hereditaria con pluralidad de herederos; desde la vertiente de la práctica jurídica, la equiparación resulta sumamente conveniente, pues, de un lado, y como hemos venido apuntando, es clara la insuficiencia de los artículos 1.399 a 1.403 del Código Civil para construir una disciplina propia de la liquidación de la sociedad de gananciales; de otra, la amplia experiencia liquidatoria de comunidades hereditarias favorece una práctica concorde con los intereses en juego (19).

b) VALOR DE LA MÁXIMA «ANTES ES PAGAR QUE PARTIR O HEREDAR»

La máxima en sede de gananciales tiene el mismo valor que en su medio originario sucesorio. Como ha puesto de relieve PEÑA (20), este principio se ha entendido como un concepto económico, es decir, como

(19) Ver, sobre este punto, LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 481 y sigs., y su estudio sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.

(20) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1957, págs. 128 y 201.

institución por el remanente, cuando su verdadera y trascendente utilidad se encuentra en la subsistencia del patrimonio hereditario, aquí de la masa ganancial.

Parafraseando al citado autor, significa este principio que en tanto subsistan las cargas de la masa ganancial, convertida en comunión posmatrimonial, ésta subsiste; que únicamente el remanente, lo que queda tras la satisfacción de las cargas, es lo que verdaderamente se incorpora y se confunde en el patrimonio privativo; que respecto de la masa ganancial los acreedores —además de conservar sobre ella las posibilidades de acción que antes tenían— están legitimados para promover la intervención de la masa e impedir que se haga la entrega de los bienes que la componen mientras no queden a salvo sus intereses. Este concepto residual es cierto en cuanto que lo único que se integrará *indiferenciadamente* en el patrimonio privativo de los hasta ahora cotitulares de la indivisión es sólo *residuo*.

A esta concepción, si bien de forma excesivamente formal, responde la estructura de los artículos 1.399 a 1.403, en los que parece que se sacraliza el principio «antes es pagar que partir», desconociendo el verdadero alcance del principio, que históricamente no se dirige a la inmediatidad del pago, sino a la preservación de las garantías que la masa hereditaria o la ganancial ofrecen a los acreedores, precisamente para aquellos cuyos créditos no son inmediatamente exigibles y que pueden quedar perjudicados por la partición.

¿Quiere ello decir que en tanto no hay liquidación no puede haber partición? La respuesta debe ser, evidentemente, negativa, pero matizada. Parece claro que los cotitulares de la masa ganancial dividenda pueden proceder a la división material de la misma, tanto de su activo como de su pasivo, siempre que, claro está, uno o varios de los acreedores por deudas gananciales no ejerciten su derecho a oponerse a la división en tanto no se les pague o se les afiance conforme a lo previsto en el artículo 1.082 del Código Civil y en los artículos 1.030, 1.038, 1.053, 1.093 y 1.268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, todo ello según la remisión establecida al respecto por el artículo 1.402 del Código Civil. Ahora bien, esta partición no supone, en modo alguno, que el paso de los bienes de la masa común a los patrimonios privativos de los cotitulares de la masa dividenda rompa la afección de los mismos a las deudas gananciales y que los acreedores tengan que estar y pasar por el reparto que se efectúe del pasivo si ellos no han sido partícipes en la liquidación y partición, pues, como apunta PEÑA, con referencia a la herencia (21), la masa ganancial sólo resulta afectada con la partición en cuanto al as-

(21) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 208.

pecto de titularidad colectiva, no en cuanto masa sujeta a la responsabilidad por las deudas gananciales que persiste intacta. La partición en cuanto *res inter alios acta* no puede afectar a la posición y derechos de los acreedores, que tienen en ese conjunto de bienes la garantía de su crédito. La materialización de la cuota en bienes concretos que la partición supone no es en ningún caso una enajenación ni una nueva adquisición, sino, como dijera ya GUTIÉRREZ, una *portionis distributio* (22); es decir, se trata de una materialización de cuotas hasta ese momento puramente ideales sobre bienes concretos de la masa ganancial, por lo que los acreedores podrán exigir el cobro de sus créditos de cualquiera de los atributarios de bienes gananciales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.084 del Código Civil.

Esta traslación del régimen de responsabilidad de la comunidad hereditaria a la liquidación y partición de la masa ganancial, incluida la posibilidad de partir materialmente la masa común antes del completo y total pago de las deudas, está implícitamente admitida por la nueva regulación de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues no es otro el sentido de la acción de regreso prevista en el párrafo segundo del artículo 1.401 del Código Civil, que guarda un patente paralelismo con el artículo 1.085 del Código Civil. El acreedor por una deuda ganancial puede reclamarla íntegramente de cualquiera de los atributarios conforme a lo prevenido en el artículo 1.084 del Código Civil, y éste puede repetir el exceso respecto de la cuota del otro u otros atributarios, por lo que la partición es posible y factible antes de la liquidación de las deudas del consorcio.

c) ADJUDICACIÓN PARA EL PAGO DE DEUDAS CONSORCIALES

Como expone el profesor LACRUZ, en sede de sucesiones, «esta organización del pago de las deudas tiene como fin liberar de cuidados, complicaciones y reembolsos a los coherederos y no salvaguardar el interés de los acreedores» (23), lo que supone, trasladada la figura a la liquidación de la sociedad de gananciales, que tales adjudicaciones para pago, producto del acuerdo de ambos cónyuges o de uno de éstos y los herederos del otro, no vinculan a los acreedores a exigir el pago del atributario y, en su consecuencia, pueden reclamarlo de cualquiera de los partícipes.

La figura, a pesar del inconveniente que supone la no vinculación de los acreedores, salvo que sean partícipes en la liquidación y parti-

(22) Tomado de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, nota 26, pág. 209.

(23) LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pág. 416.

ción y consientan expresamente la mencionada adjudicación, puede resultar de interés en los casos en que la adjudicación para pago tenga por objeto material un bien atribuible (singular importancia puede revestir la atribución de la empresa conforme al art. 1.406, 2.º, CC) y sea adjudicatario el titular del derecho de atribución preferente, pues esta operación permitiría el ejercicio de este derecho pese a la presencia de deudas que de otro modo podrían hacerlo inviable.

Entiendo que en la mayor parte de los casos esta fórmula será bien aceptada por los acreedores, sobre todo si la adjudicación se estipula expresamente, y se puede hacer jugar en favor de los acreedores lo prevenido en el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, propiciando el nacimiento en favor de éstos de una garantía real.

La adjudicación para el pago de deudas consorciales, como elemento sobreañadido a la atribución preferente, en los supuestos en que el valor del bien atribuido exceda del haber del atributario o en los casos de iliquidez de la masa dividenda, puede jugar un papel sumamente favorecedor de las atribuciones a que hace referencia el artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, sobre todo cuando las deudas del consorcio, situación que será muy frecuente, tienen su origen precisamente en la fundación o gestión de tales explotaciones, negocios o empresas. En el caso que ahora se plantea creo que debe tenerse muy en cuenta que la unidad básica y elemental que se exige a tales explotaciones para que puedan ser objeto del derecho de atribución preferente —que es la de una separación tangible, como mínimo a nivel contable y de gestión, respecto del resto de los componentes de la masa ganancial— supone contar con un activo y un pasivo propios, de forma tal que la atribución preferente de tales bienes puede efectuarse en bloque como tal empresa, negocio o explotación, es decir, alcanzando conjuntamente al activo y al pasivo, aunque para el obligado cálculo de la partición se ha debido tomar el valor del remanente neto o, lo que es lo mismo, el valor real de la empresa con detracción del pasivo de la misma y, en su caso, de las deudas consorciales de diferente origen que se tomen en consideración en la adjudicación para el pago de deudas.

Esta forma de atribución, favorable a los sujetos de la partición (pues el atributario recibe aquello que le interesa y el otro cónyuge o sus herederos quedan descargados del peso de las deudas consorciales, aunque, claro está, no de la responsabilidad de las mismas) tiene la ventaja para los acreedores del establecimiento, empresa o explotación que sus créditos tendrán como deudor al atributario que ya venía siendo titular formal de la deuda como gestor de la empresa y como garantía la misma base económica que en su momento serviría de referencia para la con-

cesión del crédito o del contrato del que trae causa su situación acreedora, por lo que, en principio, parece que tal tipo de adjudicación liquidatoria no debería ser rechazada por el acreedor. No obstante tal afirmación, no se me escapa que en la anómala situación económica actual las entidades de crédito prestan muchas veces dinero a industriales, agricultores o comerciantes o establecen líneas de descuento sin tener precisamente en cuenta la salud económica de la empresa, negocio o explotación al que se destina tal numerario, sino precisamente el nivel de solvencia que ofrece el conjunto patrimonial en su totalidad, y en estos casos, cada vez más numerosos, servirá de poco la operación que se propone, pues los acreedores lógicamente demandarán y señalarán, en su caso, bienes para embargo, desconociendo el acuerdo de los partíciparios, buscando la satisfacción de los créditos, sin que deban tener en cuenta ninguna otra consideración que no les atañe.

No obstante los inconvenientes que se muestran de forma evidente, la adjudicación para el pago de deudas consorciales puede y debe favorecer la posibilidad de atribuciones preferentes en los casos del número 2.º del artículo 1.406 del Código Civil, muy dificultados por el sistema de liquidación previsto en los artículos 1.399 y siguientes del Código Civil.

El supuesto que nos ocupa puede ser más operativo cuando el crédito que pesa sobre el consorcio está garantizado por hipoteca u otro derecho real de garantía y en la adjudicación se contiene como único pasivo la deuda garantizada, pues aquí —pese a la regla general de elección entre el deudor personal y el real— la atribución preferente adjudicada a la adjudicación para el pago de deudas no presenta inconveniente alguno para el acreedor o acreedores, ni para los copartícipes atribuyentes, pues su efecto inmediato queda reducido a que el atributario que pagó o es ejecutado no puede hacer uso de la acción de regreso prevista en los artículos 1.085 y 1.401 del Código Civil. El único inconveniente, importante desde luego, reside en la inestabilidad que presta a la operación la subsistencia en manos del acreedor o acreedores de la acción personal cuyo ejercicio, ante el incumplimiento por parte del adjudicatario, puede dar al traste con toda la partición así concebida.

Esta modalidad puede resultar de máxima utilidad no sólo para el supuesto anteriormente observado, sino también y probablemente con mucha más frecuencia para el local profesional y para la vivienda, por ser el crédito hipotecario, entre nosotros, el sistema de financiación más frecuente para la adquisición de inmuebles urbanos.

Tampoco entiendo hay inconveniente alguno en que la asunción de deudas sea fórmula adecuada y valga como abono de la diferencia en

metálico a que hace referencia el inciso segundo del artículo 1.407, cuando el valor señalado para la vivienda o local profesional sobrepase el haber correspondiente al atributivo.

En todo caso, y como pone de relieve LACRUZ, «si el adjudicatario no cumple con su obligación, pueden los adjudicantes, en cualquier caso, resolver la adjudicación» por aplicación del artículo 1.124 del Código Civil (24), pues en los supuestos propuestos la adjudicación tiene una naturaleza mixta de acto de carácter liquidatorio y de acto particional, siendo la adjudicación para el pago de deudas un claro negocio de carácter oneroso.

d) COMUNIDAD CON PROBLEMAS DE LIQUIDEZ Y LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La reforma de 1981, como ya hemos apuntado con alguna reiteración, no ha sido afortunada en la regulación específica de las operaciones de liquidación propiamente dichas, así como en las de partición y atribución preferente (arts. 1.399 a 1.407). Estos preceptos no se encuentran animados por el espíritu y fines inmediatos de la reforma ni son congruentes con los de las secciones antecedentes que integran el capítulo dedicado a la sociedad de gananciales; es patente que en ellos no han profundizado los legisladores en la misma medida que en el resto de la normativa, y esto en un régimen económico matrimonial que ha tenido tradicionalmente en la disolución y liquidación su razón histórica de ser, cuestión que hoy debe, en propiedad, trasladarse al propio funcionamiento del régimen, pero ello no quiere decir que su fase final haya perdido un solo ápice de su importancia práctica. La sociedad de gananciales histórica, con prohibición de cambio de régimen económico y con disolución del matrimonio tan sólo por la muerte de uno de los cónyuges, estaba pensada para una duración dilatada en el tiempo, lo que hoy es tan sólo un *desideratum*. Basta con contemplar el artículo 1.392, en relación con el 85, ambos del Código Civil, para comprender que la conclusión de la sociedad no puede encomendarse a tan reducido número de artículos, cuando pueden ser tantos los elementos internos y externos que la conviertan en materia litigiosa, por lo que el análisis de estos preceptos —con la adición además de la atribución preferente— sólo puede emprenderse de forma casuística y aun así sin posibilidad de agotar, ni tan siquiera de acotar, la compleja problemática que bajo ella subyace; cuánto menos lo es el intentar establecer posiciones doctrinales respecto de su alcance de los que deberán ocuparse la doctrina y la

(24) LACRUZ, *op. cit.*, nota anterior, págs. 416 y 417.

jurisprudencia por mucho tiempo. No obstante, entiendo que pueden trazarse algunas líneas, si no definitivas, sí de tanteo en tal problemática.

La orientación del legislador se ha asentado sobre lo que DE LOS MOZOS denomina «los supuestos normales y aquellos en que el activo sea superior al pasivo» (25). Esta situación, que no he dudado en denominar de *idíllica*, no sólo tiene poco interés desde el punto de vista jurídico, pues planteará muy pocos problemas, sino porque los que lleguen a suscitarse arrojarán escasa luz sobre los más conflictivos elementos que se dan en la liquidación de la sociedad conyugal y en su influencia decisiva sobre las atribuciones preferentes. En síntesis, para que funcione sin tropiezos el sistema previsto en el Código se requiere nada más y nada menos que una masa ganancial con liquidez suficiente para hacer frente a las deudas gananciales y a aquellas privativas de las que responda igualmente la masa ganancial o, en su defecto, la existencia de bienes de fácil realización que aporten el necesario numerario para hacer frente a las mismas, sin por ello impedir las atribuciones preferentes, después de haber liquidado igualmente los reintegros y reembolsos.

Parece claro que en la mayoría de los casos resulta así en la práctica cuando la disolución se produce por muerte de uno de los cónyuges e incluso en los casos de cambio de régimen económico. En estos supuestos los problemas más frecuentes giran en torno a aspectos relativamente secundarios de la atribución de valores, e incluso, según la experiencia francesa en la materia, se producen a causa de la concurrencia de derechos de atribución sobre un mismo objeto o colisión de este derecho o facultad con otros reconocidos en favor de otro partícipe en la comunidad. Pero según esa misma experiencia los problemas se acumulan unos a otros en los casos de disolución por separación y divorcio, mucho más cuando la propia legislación evita cuidadosamente las declaraciones de culpabilidad para con los cónyuges, sin la consecuente pérdida de los derechos que pudiera ostentar sobre la masa ganancial neta, por lo que no han dudado los legisladores franceses y belgas en someter las más de estas decisiones al arbitrio de los jueces, y en concreto, a reducir en esta circunstancia las atribuciones preferentes a una mera facultad.

Si la situación que con DE LOS MOZOS denominamos «normal» presenta poco interés jurídico problemático por lo que a la atribución preferente se refiere en fase de liquidación, otro tanto ocurre con la comunidad deficitaria, es decir, en la que el pasivo es superior al activo, pues en estas circunstancias no cabe la menor duda de que la atribución, se revista ésta con *veste* de derecho subjetivo o con la de mera facultad, no llega ni tan siquiera a nacer, pues sólo puede darse dentro del marco de

(25) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 487.

existencia y consistencia de verdadera ganancia, es decir, dentro de la constancia probada de que hay un remanente neto, al menos en su aspecto contable, en el que se encuentra contenido el objeto atribuible; cualquier otro medio jurídico por el que el bien acabe en manos del hipotético y puramente teórico titular del derecho o de la facultad de atribución preferente nada tiene que ver con el problema que nos ocupa.

En resumen, el núcleo problemático de la liquidación de la comunidad en relación directa con el expectante ejercicio del derecho o de la facultad de atribución preferente se encuentra en las posibles soluciones que se ofrezcan para resolver la falta de liquidez en la masa ganancial, para hacer frente a las deudas de la misma para con los acreedores terceros a ella o para abonar los reintegros y reembolsos debidos a un cónyuge y, en definitiva, en el hallazgo de soluciones para que la falta de numerario efectivo no dañe o lo haga en la menor medida posible el derecho de atribución preferente; es decir, en ofrecer posibilidades de armonización de los artículos 1.399, 1.400, 1.401 y 1.403, respecto de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil.

A la luz del ya examinado valor de la máxima «antes es pagar que partir», y consecuentemente con lo ya dicho, parece que debe relativizarse el alcance de la letra del artículo 1.399, que dice más de lo que quisiera decir, pues este precepto sólo puede mantener la exigencia de su literalidad en el caso en que las deudas que pesan sobre la comunidad posmatrimonial sean líquidas y vencidas y, por tanto, exigibles al tiempo mismo de la liquidación, o, claro está, en el supuesto de que la situación económica del consorcio sea claramente deficitaria, dando lugar a la apertura de un procedimiento concursal; en todas las demás situaciones —las más frecuentes— su interpretación debe ser mucho más moderada en su alcance, pues tan sólo supone —como ha quedado expuesto— que la partición puede ser impedida por los acreedores hasta que se pague o afiance o que la partición llevada a efecto sin oposición de los acreedores no significa desafección de los bienes reputados gananciales respecto de aquellas deudas del consorcio que tienen a estos bienes como garantía de su cobro. Ello quiere decir que, para los acreedores del consorcio, pero terceros en relación a su titularidad, el derecho o facultad de atribución preferente en cabeza de cualquiera de los sujetos activos de la partición es absolutamente irrelevante —salvo que para los bienes objeto de atribución concurra a su vez la declaración formal de inembargables: instrumentos profesionales gananciales comprendidos en el 1.406, 1.º, CC—, y la presencia y conocimiento de tal derecho no supone límite alguno para reclamar el correspondiente pago ni para señalar en la anotación preventiva de embargo prevista en el artículo 144,

2.º, del Reglamento Hipotecario, un bien sobre el que un cónyuge ha solicitado su atribución preferente conforme a las condiciones objetivas y subjetivas previstas en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, siempre, claro está, conforme a la precedencia del artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reformado.

e) EL PAGO DE DEUDAS DE LA COMUNIDAD CON DEFECTO DE LIQUIDEZ Y LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

De los propios términos del artículo 1.400 del Código Civil parece podría deducirse que ante la específica circunstancia de falta de numerario para el pago de las deudas, el cónyuge no titular del derecho de atribución o sus herederos pueden promover la venta de bienes gananciales para con su producto satisfacer las deudas, sin que tal iniciativa tenga como límite objetivo el que sobre tales bienes pueda ejercerse el derecho de atribución previsto en el artículo 1.406 y que este propósito de ejercicio haya sido notificado a todos los interesados en la liquidación y partición, a diferencia de cuanto acontece en la legislación belga sobre el régimen económico-matrimonial legal, en la que su artículo 1.442 del Código Civil, en sede de liquidación de reintegros y reembolsos, establece precisamente este límite objetivo para el ejercicio del de señalación para la venta. La cuestión creo que por su importancia merece ser matizada en todos y cada uno de sus aspectos.

La delimitación del problema en sus estrictos términos requiere dejar bien sentado: en primer lugar, que la atribución preferente por definición y por su tratamiento legal es una operación particional, especial o excepcional si se quiere, pero en todo caso particional; por ello su ejercicio debe quedar supeditado y subordinado a las operaciones liquidatorias de cualesquiera deudas de la comunidad y a la eventual existencia de un *haber* neto en la comunidad liquidada; por lo que, en el terreno de los principios, en las operaciones liquidatorias de la comunidad, a la interferencia sobre el derecho de atribución preferente —aunque se le conceptúe como verdadero derecho subjetivo— sólo puede acordársele un valor relativo y subordinado: el de que su presencia obliga a que la actuación del cónyuge no atributivo o de sus herederos en las operaciones liquidatorias se ajuste a las exigencias de la buena fe, entendida aquí como acción no encaminada directa o indirectamente a la lesión o frustración del derecho del otro cónyuge.

En segundo lugar, que el cónyuge no atributivo o sus herederos tiene derecho a la obtención de la mitad del remanente neto cuantitativamente considerado, sin que la presencia del derecho de atribución

preferente pueda, en modo alguno, mermarlo, subordinarlo o condicionarlo; es precisamente en defensa de la integridad cuantitativa de la masa para lo que se concibe la disciplina del artículo 1.400 del Código Civil, pudiendo acudir a la obtención de un precio real de mercado para un bien ganancial que es preciso realizar para la satisfacción de la deuda.

Y, en tercer lugar, que la disciplina del artículo 1.400 del Código Civil presupone que el ofrecimiento de bienes para pago de deudas requiere el acuerdo unánime de los partícipes, por lo que difícilmente se podrá ofrecer, ante la oposición del potencial atributivo, un bien sobre el que se haya hecho la notificación de intención de reclamar la atribución preferente, y la puesta en venta solicitada por el otro cónyuge o sus herederos hay que entenderla, en todo caso, como remedio práctico ante el rechazo del ofrecimiento por parte del acreedor o mucho más corrientemente como defensa de la integridad cuantitativa de la masa, cuando una de las partes entiende que puede obtenerse un precio más favorable y ajustado acudiendo directamente al mercado.

Uno de los defectos capitales de nuestro escuálido sistema de liquidación de la sociedad de gananciales reside en haber obviado no sólo las precedencias personales —pues no puede, como ya hemos advertido siguiendo a LACRUZ, entenderse que los créditos de terceros sobre la comunidad, cualquiera que sea su naturaleza y circunstancias, sean siempre preferentes a los derivados de reintegros y reembolsos, ni mantener la idea de un patrimonio responsable como en la anterior regulación, pues en éste tal orientación provenía de que la masa consorcial era gestionada únicamente por el marido—, sino también la inexistencia de un orden de prioridades sobre los bienes, con lo que se abre por imprevisión una vía amplísima al desacuerdo, la desavenencia y el abuso de derecho que fácilmente podrían haberse evitado.

Del texto legal no pueden extraerse, a mi juicio, vías positivas de solución equitativa a la hora de las discrepancias entre los partícipes sobre qué bienes deben ofrecerse en pago o deben venderse para la obtención de numerario para la satisfacción de las deudas; además, ante el desacuerdo sobre el valor de los bienes, no se somete a las partes a estar y pasar por la valoración que den al respecto los expertos o peritos, como mantiene unánimemente la doctrina francesa (26), sino que con un mimetismo excesivo respecto del Derecho de sucesiones se acude a la venta de bienes gananciales sin tener en cuenta que los artículos 1.030 y 1.062 del Código Civil, que sirven de pauta teórica al artículo 1.400, se sitúan en las antípodas de una liquidación que abre ca-

(26) AUBRY RAU, por PONSARD, t. VIII, núm. 277, pág. 459; A. COLOMER, *op. cit.*, núm. 1.928; CORNU, *op. cit.*, págs. 549 y sigs.

mino a una partición para la que se reconoce el ejercicio del derecho de atribución preferente.

En estas circunstancias cabe preguntarse si el derecho de atribución preferente no será, entre nosotros, sino una mera expectativa cuyo ejercicio como derecho tan sólo puede ejercitarse, como se plasma en el Código, al tiempo de la partición del haber neto y en tanto puede ser olímpicamente ignorado o frustrado por los restantes cotitulares de la masa posmatrimonial; o, por el contrario, si su presencia debe ser en cierto modo respetada por aquéllos incluso en los casos de iliquidez de la masa.

Por lo que a mí se me alcanza, si bien la finalidad social y la dimensión humana de la atribución preferente en sede de partición del haber ganancial no alcanzan las magnitudes seudosociales con la que se han diseñado algunos agraristas y el «antes es pagar que partir» presupone claramente que el cumplimiento del deber de pagar a los terceros y el de reintegrar los reembolsos al cónyuge acreedor de los mismos es anterior y preferente al derecho de atribución, pero ello no puede llegar a suponer, en modo alguno, que éste es un derecho que queda a merced del otro cónyuge y sus herederos. Parece evidente que la función social del derecho de atribución preferente no podrá encontrarse en los supuestos de masa claramente deficitaria, ni en los que la ganancia neta es mucho más abultada que la que sugiere el marco típico del artículo 1.406 —la atribución aquí tendrá dimensión humana, pero difícilmente social—; su verdadera dimensión social se muestra en aquellos otros casos en los que la continuidad profesional resulta imprescindible para la estabilidad del futuro, y es en éstos donde lógicamente se encontrarán estas dificultades de liquidez y es en los que la norma, de espaldas a la realidad social en la que parece fundarse, favorece su frustración con mayor facilidad.

El sistema de prelación de objetos que efectúa el artículo 1.471 del Código Civil francés, en el que el ejercicio del derecho de «*prélèvement*», en defecto de pactos, se canaliza a través de cobrar primero sobre el dinero metálico; después, sobre los muebles, y, subsidiariamente, sobre los inmuebles, sin perjudicar, además, los derechos que su cónyuge pueda tener en materia de atribución preferente nos sugiere, dentro del marco de necesaria armonización del artículo 1.400 con el 1.406 y 1.407, que la elección de bienes para su ofrecimiento en pago o para su realización para la obtención del necesario numerario puede dar lugar a postular diversas soluciones según el tipo de bienes con que se cuente en la masa y el tipo de atribución preferente que correlativamente puede ejercerse, pero, en todo caso, deberá ajustarse al orden de prelación que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para el juicio ejecutivo (art. 1.447 reformado).

En mi modesta opinión, la primera solución que puede ofrecerse, en esta problemática cuestión, gira en torno al análisis de las posibilidades prácticas que en este punto pueden extraerse de la aplicación del artículo 1.406, en sus apartados 3.º y 4.º; bien es verdad que el campo al que resulta aplicable queda circunscrito al supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, y el ejercicio del derecho de atribución con esta amplitud limitado al cónyuge supérstite, pero no es menos cierto que la estrechez de las circunstancias es mucho más teórica que real, pues es innegable que, hoy por hoy, en nuestra sociedad esta es la forma más corriente y habitual de conclusión de la sociedad y los bienes a que se refieren aquellos que serán más frecuentemente objeto de la atribución preferente.

Ante la presencia de una comunidad sin liquidez con terceros acreedores de ésta, en espera de hacer efectivos sus créditos, el atributario supérstite de local profesional o de vivienda familiar entiendo puede al tiempo de formación del plan de liquidación y partición hacer frente a las deudas personalmente liberando a la comunidad y atribuir su situación acreedora total o parcialmente al saldo en favor de la comunidad si hubiere lugar a ello, adquiriendo a su favor anticipadamente el derecho de uso o la propiedad de los bienes gananciales atribuibles en su favor.

La dinámica interna de esta opinión parece claramente contraria al sentido del artículo 1.400 del Código Civil y limitar los derechos en él reconocidos en favor de los otros cotitulares, pues su viabilidad práctica supone que los herederos del cónyuge premuerto no pueden instar la venta de estos concretos bienes —la vivienda familiar y el local profesional— por la simple razón de existir discrepancia entre el atributario y ellos sobre la valoración de estos bienes en la fase de avalúo, y si sólo por necesidad de obtener el numerario suficiente para la satisfacción de las deudas del consorcio, por lo que resuelta esta dificultad con la aportación del atributario no habría razón para proceder a la venta de estos inmuebles.

Puede, desde luego, aducirse contra esta opinión que el atributario siempre podrá concurrir a la licitación y adquirirla sin tener que violentar interpretativamente el sentido y función del artículo 1.400 del Código Civil y reducir el ámbito del derecho de los cotitulares en él recogido. Pero no es menos evidente que aquí no nos encontramos con el supuesto arquetipo en que se basa el artículo 1.062 del Código Civil, que para mí equivocadamente inspira al 1.400, sino ante unos bienes de importancia en la vida del atributario, a quien se le reconoce sobre ellos un adicional derecho de opción en su atribución: en propiedad o en uso, y para poder llegar a satisfacer este último se requiere lógicamente que

el bien permanezca en la masa consorcial hasta el momento de la partición propiamente dicha. La tesis que se postula para este supuesto concreto y aislado quiere decir tanto como que el derecho de atribución preferente, tal y como se configura en el supuesto especial del artículo 1.407, tan sólo debe ceder su primacía ante la vigencia del principio del «antes es pagar que partir», y si este obstáculo es obviado por la actividad solutoria del atributario, no hay razón para ceder por la presencia de otros intereses en colisión, que pueden resolverse por vías menos expeditivas.

El discrepante o discrepantes por diferencia en la valoración no pueden promover la venta como vía de fijación del precio; piénsese que no nos encontramos en presencia de bienes de raro comercio por lo común, sino que creo que en este caso, y en igual sentido al propuesto por la doctrina francesa unánimemente, deberá acudir para el señalamiento de su verdadero valor al dictamen de peritos. No me cabe la menor duda que la protección de los intereses del cónyuge supérstite en este especial tipo de atribución preferente presenta la misma identidad de razón que las que tuvieron presente en Francia para limitar la libre elección del acreedor de recompensas, poniendo fuera del alcance del *prélèvement* de los herederos aquellos bienes que dan lugar a la atribución preferente de derecho para el cónyuge supérstite, pues, como dirá PONSARD, «no puede seriamente discutirse que los redactores del artículo 1.471 han querido proteger al cónyuge supérstite mismo frente al *prélèvement* y no así a los herederos» (27).

Aquí entre nosotros la extensión de la protección del derecho de atribución preferente del cónyuge supérstite no podrá llevarse tan lejos, pues esta protección no puede entenderse como un derecho privilegiado sobre el cobro de deudas por los acreedores e incluso por los herederos del cónyuge acreedor de reembolsos y reintegros, pero sí frente a los derechos a la integridad cuantitativa de los copartícipes en la liquidación y partición cuando esta integridad puede quedar suficientemente garantizada por otras vías, ya que esta modalidad del derecho de atribución preferente no se da para una vivienda y un local profesional *in genere*, sino para precisamente aquel en el que se ejerce la profesión y para la vivienda que se habita; la identidad del objeto atribuible es aquí totalmente determinante del derecho, y de ahí el reconocimiento del derecho

(27) A. PONSARD: *Commentaire de la Loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, D., 1966, L., pág. 158, núm. 131, con cita del Senador MARCILHACY, autor y promotor de la enmienda que con este sentido modificó la redacción del artículo 1.471, propuesta por el Gobierno, ya aprobada por la Asamblea Nacional, afirmando que «es preferible dejar jugar, en todo caso, la atribución preferente en provecho del cónyuge supérstite».

de opción, cuyas peculiaridades intrínsecas estudiaremos cuando abordemos el estudio más amplio del artículo 1.407 y sus específicas circunstancias de ejercicio.

Creo que esta situación deducida de la protección del artículo 1.407 bajo las mismas circunstancias es perfectamente aplicable a los instrumentos profesionales excepcionalmente gananciales, pues el vacío legislativo que se observa en la materia se debe sencillamente a un error debido a la técnica legislativa vigente poco compatible con la modificación de los grandes cuerpos legales, el cónyuge supérstite tributario puede impedir su venta en los mismos supuestos y con las mismas condiciones que las previstas para el local profesional y la vivienda familiar.

Ahora bien, para todos los demás supuestos de atribución preferente no hay suficiente base legal para hacer extensivo el tratamiento apuntado en los párrafos antecedentes; en ellos la *preferencia* que se enuncia en el artículo 1.406 queda o puede quedar acantonada como situación especial y norma privilegiada a las propias circunstancias previstas en la norma desde luego inmersa en su posición puramente particional subordinada al resultado que produzcan las operaciones liquidatorias —pago de deudas y abono de reintegros y reembolsos—; la presencia aquí de la atribución preferente en cabeza de uno de los cotitulares de la comunidad posconyugal condiciona tan sólo la formación de lotes en la partición propiamente dicha, pero no así en la fase liquidatoria, en la que los derechos de los no tributarios reconocidos en los artículos 1.400, 1.403 y 1.405 quedan incólumes, aunque el titular del derecho o facultad de atribución preferente haya notificado recepticiamente a los restantes interesados su intención y propósito de hacer valer y ejercitar su derecho por el bien ganancial de que se trate. Sin duda, nos encontramos ante un claro defecto de la norma, debido al arcaísmo de los artículos 1.399 a 1.403 del Código Civil, que hemos puesto de manifiesto reiteradamente, pero este defecto no puede ser obviado con los materiales que el Código nos ofrece, pues hay que tener presente que el sistema de Derecho de sucesiones es mucho menos flexible que el aquí contemplado, y aunque pudiese llegar a entenderse, lo que es dudoso, que el reconocimiento del derecho o facultad de atribución preferente puede dar lugar a una aplicación analógica a estos supuestos del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil, en el que se reconoce que en interés de la familia puede atribuir a uno sólo de los herederos la explotación agrícola, industrial o fabril, satisfaciendo el tributario la legítima a los restantes en metálico, el mecanismo de la analogía posibilitaría la solución de algunos problemas propios de la partición propiamente di-

cha, como veremos más adelante al tratar de este concreto punto, pero no así los de pura liquidación, antecedente necesario de la partición.

No obstante lo anterior, la notificación del propósito de ejercicio del derecho de atribución preferente sí debe condicionar la formación del plan de liquidación y partición, pues la notificación debe ser tenida en **cuenta por los partícipes**, ya que su desconocimiento radical daría lugar a la presencia del *abuso de derecho*, y tal noticia presta perfiles específicos a la buena fe que por mandato del artículo 7.º del Código Civil, y por obvias razones de moralidad, condiciona el ejercicio de los derechos en general y aquí específicamente los reconocidos en los artículos 1.400 y 1.403.

Los copartícipes pueden, en el ejercicio de su derecho de defensa de la integridad cuantitativa, promover la venta a falta de numerario de uno o varios bienes gananciales sobre los que un copartícipe tiene advertida su intención de ejercer la atribución preferente si la venta de otro u otros es perjudicial para el conjunto por desmerecer excesivamente en ella, si son potencialmente insuficientes para el pago de deudas o si no existe, en el momento de la liquidación, demanda para ellos; pues es evidente que la ventaja que la atribución reporta para uno de los cónyuges no se construye en la norma como perjuicio que los otros copartícipes deban soportar estoicamente: estamos ante una **desnivelación** cuantitativa. Ahora bien, a falta de las circunstancias antes razonadas, los copartícipes no pueden promover, habiendo bienes realizables suficientes, la venta precisamente de los bienes atribuibles, pues el potencial atributivo puede oponer judicialmente (y entiendo que merecería un fallo favorable) que sus copartícipes obran de mala fe en el ejercicio de su derecho, pues como en el supuesto del artículo 1.706 del Código Civil en sede de contrato de sociedad la mala fe no tiene que estar necesariamente fundada en un *animus sibi lucrandi* de quien ejerce su derecho, sino que además debe estar libre de un *animus alteri nocendi* (28).

La promoción de la venta como derecho de los copartícipes, pese a su presencia no condicionada en el Código, no la entiendo como una facultad limitada al derecho a la defensa de la integridad cuantitativa de la comunidad posganancial, sino más bien como simple útil de defensa de tal derecho siempre prioritario al de atribución preferente, pero que no puede dar lugar, sin valoración adecuada de las circunstancias específicas de las deudas que deben satisfacerse, a la imposibilitación ra-

(28) Véase, sobre este tema, el comentario de M. BATLLE sobre el artículo 1.706 del Código Civil en: Q. M. SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XXV, vol. 2.º, Madrid, 1948, págs. 177 y sigs.

dical del derecho del atributivo, por la sencilla razón de ser éste un derecho que debe hacerse valer en una fase posterior del proceso liquidatorio.

Las evidentes y reiteradas dificultades derivadas de la incoherencia e imprevisión de las normas sólo pueden ser salvadas por la vía de elaborar un plan liquidatorio en el que el pago de deudas e indemnizaciones pecuniarias con realización de bienes tenga presentes las predetracciones y las atribuciones preferentes (29), lo que en las situaciones familiares litigiosas —comúnmente: separación y divorcio— es, como vulgarmente se dice, pedir peras al olmo; es por ello que los ordenamientos con tradición divorcista no sólo han tomado severas precauciones en la disolución de la comunidad y han encomendado a técnicos la liquidación de la misma, sino que han declarado tajantemente que las atribuciones preferentes en los casos de separación y divorcio *en ningún caso y para ningún bien* serán de derecho, por lo que su ejercicio queda al arbitrio del Juez de instancia, valorándose los intereses personales y familiares en juego.

f) ABONO DE REINTEGROS Y REEMBOLSOS Y LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La decidida potenciación que la reforma de 1981 ha deparado al papel que deben jugar la subrogación real y los reintegros y reembolsos en la sociedad de gananciales constituye, a mi modo de ver, además de un claro acierto de la reforma, un importantísimo paso para situar el verdadero eje de la actuación de la sociedad de gananciales como tal sociedad y a hacer de la integridad de las tres masas participantes en el régimen fundamento mismo de la gestión conjunta y paritaria que el nuevo régimen demanda. Si hablo de «paso», sin regatear adjetivos laudatorios, es porque entiendo también que el camino no se ha recorrido en su totalidad; es más, en algunos importantes aspectos incluso se ha frustrado, por lo que respecta a la subrogación real: el artículo 1.354 del Código Civil, precepto clave verdaderamente para la inteligencia de su real dimensión práctica, se ha aplicado, como si se tratase del «bálsamo de Fierabrás», en el artículo 1.347, 5.º, a la solución utópica de la empresa fundada con capitales de distinta procedencia, embarullando un problema ya de por sí delicado y difícil hasta extremos punto menos que insolubles; por lo que respecta a la disciplina de reembolsos y reintegros no es fácilmente comprensible que coexistan para un mismo fenómeno jurídico dos medidas: la general de los artículos 1.346 *in fine*, 1.347, 4.º; 1.358, 1.359, 1.º; 1.364, 1.379, 2.º y 3.º, y 1.398, 2.º y 3.º,

(29) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 491.

y la especial del párrafo segundo del artículo 1.359, pero entiendo que éste puede en cierto modo explicarse como paliativo a la supresión de la accesión invertida, de arraigada tradición, en conexión con el acrecimiento desproporcionado de las plusvalías urbanas que el precepto conduce hacia la masa ganancial.

Ahora bien, es evidente, como ha demostrado palmariamente mi maestro LACRUZ, que el principio de cogestión no puede dar lugar en el artículo 1.403 a una posposición de los reembolsos y reintegros indiscriminadamente a la cola de los créditos que penden sobre la sociedad, por lo que entiendo con él que el régimen de prelación de créditos debe ser también aquí respetado. Pero si en el aspecto crediticio el artículo 1.403 del Código Civil deja mucho que desear, en el aspecto práctico de cómo y sobre qué deba cobrarse se ignora una nueva institución llamada a tener creo acusada importancia, cual es el derecho de atribución preferente.

Aunque estoy convencido de que el tratamiento legal de los reintegros y reembolsos se corresponde con el de «cobro de una deuda pecuniaria concreta» (30), me parece más adecuado, y sobre todo más justo, el tratamiento como un supuesto de enriquecimiento, pues, pese a la corrección introducida por la reforma frente a la inflación crónica que venimos padeciendo, ha de tenerse en cuenta que las desviaciones patrimoniales producidas sólo se corrigen por el principal actualizado, pero no así por las accesiones naturales y económicas que han dejado de producirse para la masa que se desprendió de un bien o de numerario, en favor de la otra que se ha visto acrecida. Tal vez esta opinión provenga más de mi personal admiración por POTHIER, que acuñó doctrinalmente esta importante figura precisamente como un supuesto de enriquecimiento (31), que del análisis de su alcance y consecuencias, si bien entiendo que nuestro sistema liquidatorio actual se resiente por la ausencia en él de una institución similar a la del *prélèvement* del Derecho francés, que hunde sus raíces en el tratamiento de los reembolsos como un caso de enriquecimiento y que sería poco adecuado para la satisfacción de un crédito de decidido carácter pecuniario.

Es por esto por lo que no llego a comprender ni a ver que haya «una evidente regla de equidad» para que el pago se haga en numerario, como señala el profesor DE LOS MOZOS (32). El pago en numerario me parece más bien una mera consecuencia legal de la configuración que hace el Código de los reintegros y reembolsos como una obligación pecuniaria y

(30) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 360.

(31) POTHIER: *Traité de la communauté*, núms. 607 y 612.

(32) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, pág. 494.

no por otras razones. Pues si bien para una comunidad con numerario suficiente y disponible no representa ningún problema, para aquellas en situación de falta de liquidez al tiempo de la disolución o en las deficitarias el pago en metálico «puede suponer la venta de bienes en condiciones inoportunas» (33), en tanto que «los pagos *in natura* permiten sobre todo al esposo superviviente —*prélever*— atribuirse en pago un bien que representa para él un interés particular» (34).

Desde luego, resulta evidente que la institución del *prélèvement*, pese a sus dificultades teóricas y algunas prácticas de las que se hace eco la doctrina francesa, es mucho más fácil de armonizar con la del derecho de atribución preferente que la del abono en dinero, salvo pacto en contrario de los cónyuges.

Por último, creo debo decir que la consideración del dinero físico como elemento de menor valor en la composición de un patrimonio es desde luego propia de las economías agrarias o de los medios profesionales liberales, y por ello tan arraigada en los textos legales y doctrinales de Derecho civil, pero me parece una visión muy limitada del problema y desde luego injustificada para las economías industriales y comerciales, en las que la falta de liquidez constituye la antesala del procedimiento concursal, por lo que para muchas, y desde luego en número creciente, comunidades posconyugales el abono de los reintegros y reembolsos puede suponer la descapitalización de empresas que figuren en su activo.

Si era dudoso que las deudas de la comunidad para con terceros tuvieran que liquidarse en sentido estricto, ya hemos apuntado que desde luego el sentido genérico en que debe tomarse el término *liquidación* a la disolución de la sociedad no ofrece, por el contrario, ninguna duda que los créditos de reembolsos y reintegros deben liquidarse y abonarse al tiempo de liquidación de la sociedad, porque la finalidad esencial de la operación, en todo el conjunto de sus fases, reside en establecer propiedades plenas sobre una serie de bienes sobre los que hasta el momento se tenía la cotitularidad específica de un régimen económico-matrimonial comunitario, y para ello es «pieza maestra» (35) la liquidación de reembolsos y reintegros, deudas o créditos de la comunidad inexigibles, ya que no iliquidables, hasta el momento de la liquidación de la comunidad ya extinguida. Lo que nos pone de manifiesto que, como fruto que son

(33) RAPPORT H. COLETTE —Diputado ponente de la Ley de 13 de julio de 1965—, *J. O. Deb. Ass. Nat.*, 26 junio 1965, pág. 2643.

(34) R. CONTIN: «Les réglements en nature dans les partages matrimoniaux», en *RTDC*, 1977/3, pág. 442.

(35) A. COLOMER: voz «Communauté», en *Encyclopédie Dalloz de Droit Civil*, tomo II, núm. 1.684.

de una colaboración económica originada por la comunidad de vida propia de las relaciones conyugales plenas, en la que la relación acreedor-deudor no tiene por qué aparecer ni conocerse en su cuantía hasta el momento de su fijación en base de inventario —es más, muchas de ellas no aparecerán jamás por haber tenido una base puramente pecuniaria y haber desaparecido toda posibilidad de prueba—, su dimensión familiar se antepone, domina y condiciona su verdadero contenido crediticio, por lo que su naturaleza de obligaciones pecuniarias debe entenderse como inducida por la disciplina legal y no deducida de los actos jurídicos de los que trae su origen. A este respecto son verdaderamente ilustrativos los dos supuestos que se acogen en el artículo 1.398, 2.º, en el que se dice: «*El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por uso en beneficio de la sociedad.*» Obsérvese que los términos «en interés» o «en beneficio» poco tienen que ver normalmente con el nacimiento de una deuda pecuniaria típica en la que los motivos, salvo su manifiesta ilicitud, son absolutamente irrelevantes; en sede de gananciales los motivos son trascendentes; así, lo perdido en el juego es privativo (1.372 CC); lo ganado, ganancial (1.351 CC), y no cabe liquidación para deducir de lo ganado lo perdido. Es por todo ello por lo que el carácter de obligaciones pecuniarias y el consiguiente pago en metálico debe entenderse con el alcance limitado de sistema ordinario y no necesario de la liquidación de indemnizaciones y reintegros prevista en el artículo 1.403 del Código Civil.

a') *Los límites formales del artículo 1.403 del Código Civil, cálculo y forma de pago de indemnizaciones y reintegros*

El aspecto formal del artículo 1.403 sitúa a las recompensas en posición claramente desfavorable respecto del conjunto pasivo, pues juegan en su contra los créditos de los terceros y la limitación objetiva de la responsabilidad patrimonial por este tipo de deudas del *hasta donde alcance el caudal inventariado*; la primera de las limitaciones sabemos que tan sólo hace referencia al modo ordinario de liquidación, pues en todo caso y como apuntara LACRUZ, en sede de liquidación de la herencia beneficiaria, «el heredero acreedor del causante puede hacerse pago de su crédito contra aquél y oponer ese pago a los acreedores que se presenten luego, precisamente porque no debe ser de peor condición que ellos. Ahora bien: esto sólo en tanto no conozca la insolvencia del caudal relicto, pues entonces su condición de administrador le obliga a pedir la declaración de concurso o quiebra, a fin de conservar la *par conditio*

creditorum» (36). *Mutatis mutandis* los acreedores terceros cobrarán de la masa en liquidación en tanto éste puede hacer frente a la suma de créditos externos y a los reembolsos; cuando resulte deficitaria, el cónyuge acreedor de reembolsos para cobrar con la prelación que corresponda a la naturaleza de su crédito debería provocar el correspondiente procedimiento concursal, con una diferencia adicional: en tanto los acreedores externos pueden perseguir, agotados los bienes que forman el activo de la sociedad, los del cónyuge en cuya cabeza nació el crédito, el acreedor de recompensas o sus herederos se ven limitados en su cobro a los propios límites de ese activo sin posibilidad alguna de traspasarlos.

La consideración de deuda pecuniaria que tienen las recompensas en nuestro ordenamiento no proviene, como hemos visto, tanto de la naturaleza de los actos y hechos jurídicos que dan lugar a su nacimiento, cuanto del sistema del cálculo de su montante, que establecen los artículos 1.397, 2.º y 3.º, y 1.398, 2.ª y 3.ª, y no porque su consistencia deba hacerse con referencia a dinero, que en el inventario no pasa de ser una mera unidad de medida del valor en que se estiman el activo y el pasivo, sino porque el inicio de su exigibilidad se hace bajo la *veste* de obligación pecuniaria, entiendo que a los solos efectos de facilitar su cálculo y de poder pagar *haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad*.

Este sistema nuestro me parece, comparativamente con el francés o belga, injusto no sólo por el modelo a que responde, de cuya denuncia por la doctrina me hice eco más atrás, sino porque desconoce el principio del menor importe, fundamento histórico desde POTHIER del sistema de recompensas, conforme al cual y tomando la expresión literal de CORNU: «Si el provecho subsistente es inferior al gasto efectuado, la recompensa no debe empobrecer al deudor. Si el gasto efectuado es menor al provecho resultante, la recompensa no debe enriquecer al acreedor» (37). Entre nosotros, por el contrario, lo que cuenta es únicamente cuánto se aportó o cuánto se detrajo, lo que es tanto como desconocer el fundamento mismo de la comunidad de vida de la que quiere ser, históricamente hablando, reflejo cualquier régimen de comunidad, como tampoco importa quién haya gestionado y cómo la masa ganancial.

A igual criterio responde el mecanismo del pago solutorio frente a la institución del *prélèvement*. Creo al respecto que debe tenerse en cuenta que tal institución no puede valorarse, en puridad de criterio, como una posición privilegiada del cónyuge acreedor de recompensas, sino más bien como una prolongación en sede de liquidación del princi-

(36) LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pág. 396.

(37) CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 542.

pio de subrogación real por empleo o reemplazo. La utilidad de esta última para conseguir el mantenimiento del equilibrio entre las masas no ha sido puesta en duda; es más, A. COLOMER, intentando, con anterioridad a la reforma del régimen económico matrimonial de 1965, poner coto a la erosión que supondría para los reembolsos la constante e incurable inflación, llegó a proponer la institucionalización del reemplazo obligatorio (38), cuyo parecido con el nuevo régimen del *prélèvement* es innegable. Si tenemos en cuenta que los patrimonios privativos de los cónyuges, anteriores o exteriores al consorcio, suelen estar frecuentemente constituidos —cuando existen— por bienes muebles o inmuebles y con menor frecuencia y normalmente con menor importancia en dinero, en tanto que la masa ganancial, cualesquiera que sean los bienes que la integran, suele construirse por la vía de la inversión de dinero metálico producido por cualquiera de las fuentes generatrices de la misma, llegaremos fácilmente a la conclusión de que la institución del *prélèvement* trae su fundamento de la misma idea que el empleo y el reemplazo, es decir, que es una forma de reconstrucción del patrimonio privativo del cónyuge acreedor en la misma línea y consistencia en que éste hubiera evolucionado de no mediar el consorcio y la *vis* atractiva de la masa ganancial por la vía de la presunción de ganancialidad de todo bien cuya privaticidad originaria o derivativa no se pruebe.

Por el contrario, y en mi personal criterio, el pago solutorio en metálico en todo caso, salvo, claro está, el pacto en contrario de los copartícipes, no tiene más ventaja sobre el *prélèvement* o incluso otras formas de pago *in natura* que el de su facilidad técnico-jurídica cuando hay existencia de numerario en la masa objeto de liquidación. Mas esta ventaja comparativa no se da cuando existe un precepto que, como el artículo 1.471 del Código Civil francés, limita la libertad del ejercitante del *prélèvement*, oponiendo a la libertad de éste el derecho del otro a la atribución preferente y estableciendo una prelación objetiva de bienes sobre los que debe recaer, en defecto de pacto.

Estas limitaciones difícilmente podrían ser impuestas por un Tribunal español, a la vista de lo prevenido en el artículo 1.403, en relación con el 1.400, para el cónyuge no acreedor, de forma tal que se limitase el derecho de éste o de sus herederos a la puesta en venta de bienes gananciales de valor superior al crédito de recompensas del otro o de conjuntos de bienes atribuibles, como a la inversa ha impuesto la jurisprudencia francesa, en la que, como tiene declarado el Tribunal de Casación, «el *prélèvement* no puede ejercerse sobre parte de un bien indivi-

(38) A. COLOMER: *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux*, París, 1955.

sible, ni sobre un bien de valor superior al crédito de recompensas; en estos casos debe ordenarse la licitación» (39).

No comparto plenamente la tesis de mi maestro LACRUZ cuando al pago *in natura* opone: «Si se permitiera imputar lo debido en la cuota de gananciales de cada cónyuge, el que menos (o nada) debe al consorcio recibiría mayor cantidad de bienes distintos del dinero, y menor el esposo deudor, contra el principio de igualdad cualitativa en la participación del artículo 1.061» (40). Entiendo que la desigualdad puede más bien provenir del distinto tratamiento que tienen el ser deudor o acreedor de recompensas, pues el primero deberá, en todo caso, pagar en dinero, en tanto que el acreedor sólo cobra en dinero si lo hay en el consorcio. Pero aun así no veo la desigualdad respecto del artículo 1.061, pues el acreedor de reembolsos frente a la comunidad sólo lo es porque para el engrandecimiento de la masa ganancial o para atender las necesidades de la sociedad ha sacrificado voluntaria o necesariamente su patrimonio privativo, y aquí sí que creo que debería regir un principio que dijese que «antes es reconstruir el equilibrio entre masas que partir», y esto por Derecho necesario.

Las dificultades que se generan en la liquidación de indemnizaciones y reintegros en los casos de falta de liquidez en el consorcio son patentes en los países que cuentan con la institución del *prélèvement*, pero mucho más complejas y difíciles de solución son en nuestro ordenamiento, en el que podemos decir existe un total y absoluto vacío en la regulación de la liquidación y abono de créditos de recompensas, pues la pauta legal del artículo 1.403 más entorpece que resuelve.

b') *Reintegros y reembolsos en la comunidad con falta de liquidez y la atribución preferente*

La interpretación más ortodoxa y generalizada acerca del pago de indemnizaciones y reintegros es aquella que impone el abono en metálico del saldo favorable al cónyuge o cónyuges operadas las respectivas compensaciones a que hubiere lugar, o en defecto de metálico en el consorcio, obtenerlo en la medida necesaria por la vía de poner en venta los bienes más fáciles de enajenar y con ello pagar, observando el régimen de prelación de créditos si ambos cónyuges resultan ser acreedores del consorcio. Es decir, en la interpretación del artículo 1.403, en relación con los supuestos del artículo 1.398, 2.^a y 3.^a, ambos del Código Civil, la generalidad de la doctrina española no admite el pago *in natura* con los gananciales que figuren en el activo, entendiendo al respecto que es pre-

(39) Código Civil: Sentencia 3 febrero 1969, D., 1969, 97.

(40) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 492.

cisa la realización de los mismos, salvo la existencia de pacto en contrario de todos y cada uno de los copartícipes, pues de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.400 y 1.962, 2.º, del Código Civil, bastará con que uno de los partícipes pida la venta para que ésta deba efectuarse, es decir, el pago *in natura* requiere el acuerdo unánime en tal sentido.

La solución es, desde luego, la más conforme con la tradición del régimen español de gananciales y la que viene inspirada por el régimen de partición de la comunidad hereditaria, que se declara expresamente supletorio en el artículo 1.410 del Código Civil; pero es indudable que en la mayor parte de los casos de falta de liquidez en el consorcio se dañará irremisiblemente el derecho o facultad de atribución preferente de uno de los cónyuges, con independencia paradójicamente de que sea o no, a su vez, titular de crédito de recompensas.

La situación y los supuestos vienen con ello a ser prácticamente idénticos a los ya expresados para el problema del pago a los acreedores extraños a la comunidad, pero aquí se da la circunstancia que agrava la imprevisión normativa de que el cónyuge potencial atributivo preferente puede muy bien ser él mismo acreedor por recompensas frente a la masa consorcial dividenda. Bien es verdad que podrá aducirse en defensa del sistema que nada le impide aducir en pie de igualdad con otros a la pública licitación o comprar directamente al precio que fijen los otros copartícipes, pero tampoco puede extrañar hoy a nadie que la condición de acreedor no vaya emparejada con una situación personal de carencia de numerario y aun de crédito para llegar a adquirir el bien atribuible por el procedimiento de compra.

De igual forma podría también aducirse que para que pueda llegar a serle atribuido el bien que pretende nada impide que el acreedor-atributivo preferente renuncie a su crédito de recompensas, y con ello pasar directamente a la partición o cobrar sólo parcialmente hasta donde alcance el numerario consorcial, evitando el que fuere necesaria la realización de bienes atribuible. Sólo cabe objetar a tal proposición que si bien es evidente que la posición de acreedor es renunciable —salvo que con su renuncia dañe a sus propios y personales acreedores—, no lo es menos que esta posibilidad es radicalmente contraria al fundamento de equidad y de justicia del que se ha servido la doctrina francesa desde POTHIER hasta nuestros días (41) para institucionalizar los créditos por recompen-

(41) POTHIER, *op. y loc. cit.*; COLOMER, *op. y loc. cit.*; DENECKER: *La théorie générale des récompenses*, Lille, 1943; PÉDAMON: «Les récompenses», en *J. Cl. Civil*, 1965, 1468-1474; RÉQUIER: *Le domaine d'application de la théorie des récompenses*, París, 1976; SANJOT: «Le fondement des récompenses», en *RTDC*, 1970, 684-706, y en la generalidad de los tratados y manuales de Derecho civil y monografías sobre los regímenes conyugales.

sas y el *prélèvement*, pues si el crédito de recompensas, incluso cuando se configura como obligación pecuniaria, nace en función de desequilibrio entre masas y, en definitiva, de un enriquecimiento de una de ellas a costa de otra, sería incongruente, y en cuanto tal, absurdo jurídicamente, que hubiera que acudir a una vía de empobrecimiento sin causa e incluso podríamos decir que con causa injusta, basada en un claro abuso de derecho, para producir un efecto totalmente compatible con el cobro del crédito de recompensas cual es la atribución preferente.

La mencionada compatibilidad de derechos exigirá, en la mayor parte de los casos, que se posibilite el pago *in natura*, pero desde la óptica que ofrecen las normas a las que reiteradamente nos venimos refiriendo, y como me comentaba mi maestro LACRUZ, a quien sometí el problema: «el cónyuge acreedor de la sociedad no tiene derecho, al parecer, ni a que se le adjudiquen bienes del artículo 1.406, con preferencia, en pago de sus créditos; ni menos que se le adjudiquen por la valoración del inventario, si hay discrepancia; ni a que, por último, tales bienes se dejen aparte y sean otros los que se vendan para pagarle en dinero».

Aun con todo, creo que debe profundizarse más en el tema y preguntarse sobre la posibilidad de los pagos *in natura* de los créditos de recompensas en presencia del derecho de atribución preferente e incluso sobre la viabilidad de la aplicación analógica a este concreto supuesto del artículo 1.405 del Código Civil, pensado y redactado para otro claramente diferente, o sobre las posibilidades que ofrece el estudio del artículo 1.432 del Código Civil, del régimen de participación llevado a este diferente contexto.

c') *La posibilidad del pago in natura del crédito de recompensas en el Código Civil*

La institución misma del *prélèvement* en los regímenes matrimoniales legales de Francia y Bélgica ha favorecido decididamente la introducción, por las reformas de 1965 y 1976, respectivamente, del derecho de atribución preferente en la liquidación de tales regímenes matrimoniales. Para ello, en el supuesto de falta de numerario o de otros bienes muebles en la masa dividenda, previenen que si el acreedor de recompensas que ejerce el *prélèvement* no es el cónyuge titular del derecho de atribución preferente, en la elección del bien sobre el que se cobrará debe respetar el derecho del otro a la atribución (art. 1.471, 2.º, del Código Civil francés, y art. 1.442, 2.º, del Código Civil belga). Correlativamente, si la posición acreedora recae sobre el mismo titular del derecho de atribución preferente, aunque nada expresamente imponen los textos legales de estos países, entiende la doctrina mejor fundada que el *prélèvement* debe ejer-

cerse, en primer lugar, sobre aquellos bienes de los que se tiene solicitada la atribución y no sobre otros, pues la desnivelación cualitativa que ambas instituciones suponen de ordinario no pueden ir en perjuicio del mantenimiento, en la medida de lo posible, de la mayor igualdad entre los lotes finales, entendiéndose que la actuación en otra forma puede incurrir en abuso de derecho.

La observación de la práctica particional llevada a cabo por los Notariados francés y belga ha llevado a la doctrina de ambos países a opinar que el pago de recompensas debe considerarse bien como «una operación con vocación particional» (42), bien como «un preliminar de la partición» (43) o, con mucha más propiedad, como «una operación inseparable de la atribución preferente» (44), pues es evidente que una y otra condicionan de tal manera la partición que técnicamente es preferible integrarlas. Como dirá CONTIN: «La vecindad técnica entre la partición y el pago de recompensas, concretándose el uno y el otro por la entrega de bienes *in natura*, su sede particional común, el hecho de que las mismas personas participan en ambas y desarrollan en el tiempo simultáneamente o incluso de manera concomitante, en verdad todo concurre a la aproximación de estas dos operaciones y al establecimiento entre ellas de relaciones estrechas, a su interpretación; hacia, como sucede en la práctica, su interpretación» (45). Todo ello sin llegar a la exageración que supone la afirmación del profesor de la Universidad de Lovaina, L. RAUCENT, para quien: «siguiendo el orden legal de materias, la liquidación de recompensas precede a la partición y debería, pues, estar situada entre las operaciones liquidatorias. No obstante, es preciso tener en cuenta el artículo 1.442, según el cual, el abono de recompensas no puede impedir el derecho de atribución preferente reconocido en los artículos 1.446 y 1.447. De manera que el orden de ejecución de las operaciones debe en realidad ser el siguiente: 1) atribución preferente; 2) abono de recompensas; 3) partición propiamente dicha. En la práctica, estas tres operaciones se encuentran confundidas en la partición» (46).

La experiencia franco-belga sirve aquí no sólo para relativizar la separación teórica de las distintas operaciones de liquidación-partición en presencia de las atribuciones preferentes, sino más prácticamente para poner de manifiesto, en primer lugar, que la existencia de barreras jurí-

(42) PATARIN MORIN: *La réforme des régimes matrimoniaux*, t. 1, núm. 317, París, 1966, pág. 265.

(43) RONAST: *Les partages de succession et de communauté*, pág. 129.

(44) R. SAVATIER: *La communauté conjugale nouvelle*, núm. 112, pág. 223.

(45) R. CONTIN, *op. cit.*, pág. 443.

(46) L. RAUCENT: *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux (Loi du 14 juillet 1976) et formules d'application*, Bruselas, 1978, págs. 363 y 364.

dicas entre liquidación de recompensas y atribución preferente supondrá para un gran número de casos la imposibilidad del pleno ejercicio de estas últimas; en segundo lugar, que es necesario delimitar en la ley, pues ésta no es tarea apropiada para ser construida por la doctrina y la jurisprudencia, cuándo una atribución preferente es de derecho, y, por tanto, debe recibir una protección especial frente al ejercicio por los otros copartícipes de otros derechos que pueden llegar a imposibilitarlas, y cuándo meramente facultativa, y entonces debe encomendarse al Juez la delimitación de su extensión y la oportunidad de su ejercicio, valorando los intereses encontrados en juego y el de la familia, y, por último, en tercer lugar, que debe entenderse que la puesta en venta de un bien atribuible por diferencias en su valoración entre los coparticionarios constituye un auténtico abuso de derecho, cuyo remedio eficaz no es otro que el de introducir en nuestro ordenamiento una norma del mismo tenor que el artículo 1.442 del Código Civil belga, en el que se dispone: «El cónyuge a quien se le debe una recompensa puede, de acuerdo con su cónyuge, o en su defecto, con la autorización del Tribunal, predetraer en pago —*prélever*—, al tiempo de la partición, bienes comunes hasta la concurrencia de lo que se le debe y cuyo valor será, en caso de discrepancia, determinado por el Tribunal».

La atribución preferente, concebida como una operación particional aislada y separada por barreras jurídicas (proclives a ser utilizadas como armas en los casos de conflicto o incluso de meras discrepancias) de las operaciones liquidatorias, no puede llegar a cumplir los fines sociales que con ella ha pretendido alcanzar el legislador, introduciéndola precisamente en la sociedad de gananciales. Dadas las circunstancias, parece que en nuestro sistema la atribución preferente es una guinda que corona un pastel, y que sólo se puede alcanzar cuando hay suficiente tarta para repartir y no a cambio de uno de los trozos.

1. *La posibilidad derivada de la aplicación de la ratio del artículo 1.405 del Código Civil*

Una de las vías que se ofrecen para paliar este inquietante panorama y ampliar, dentro de un marco razonable, las posibilidades de ejercicio de la atribución preferente puede venir dada por la posibilidad de aplicación analógica del artículo 1.405 del Código Civil a los supuestos del artículo 1.403, cuando el consorcio carece de numerario, en lugar de acudir a las reglas del artículo 1.400 y del 1.062, 2.º, del Código Civil; pero para ello habrá que demostrar, tarea difícil, por cierto, que entre ambos preceptos se da una identidad de razón, conforme a la exigencia

del artículo 4, 1.º, del Código Civil. Para lo que es preciso analizar el contenido y la función del citado artículo 1.405.

En fase legislativa de redacción del documento previo de trabajo para la Comisión de Codificación, se propuso para este precepto la siguiente redacción: «Si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes». A este texto, que pasó sin modificaciones, se le añadió por la citada Comisión: «salvo que el deudor pague voluntariamente», sin duda para poner de manifiesto el carácter ordinario del crédito, que su origen es ajeno a la gestión misma de la sociedad de gananciales y para resaltar que nos encontramos ante una relación crediticia entre las masas patrimoniales privativas. Es decir, se trata de que un cónyuge es acreedor del otro, pero que la génesis de la relación crediticia es extraña y ajena al régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales entre ellos vigente, bien porque el crédito es anterior al establecimiento del régimen, bien porque el desplazamiento patrimonial se ha producido de una masa privativa a otra también privativa. Si el deudor no satisface la deuda en dinero o en la especie pactada, frente a este impago el cónyuge acreedor o sus herederos pueden quedarse con bienes comunes a precio de justa regulación, evitando de este modo bien un proceso ejecutivo, bien uno declarativo, si el crédito no tenía aparejada ejecución. El artículo 1.405 del Código Civil puede así calificarse de una especie de privilegio irregular.

El precepto, independientemente de la utilidad que pueda llegar a tener en el futuro, es verdaderamente insólito. De una parte, no existe antecedente legislativo alguno para la solución acordada, pues en el régimen matrimonial legal francés, el artículo 1.479 dispone que «los créditos personales que los cónyuges puedan ejercitar el uno contra el otro no dan lugar a *prélèvement* —a pago en bienes comunes— y no producen interés sino desde el día de la disolución». En el régimen de comunidad legal italiano no se recoge el supuesto, en tanto que en el belga, el artículo 1.450 prevé exactamente todo lo contrario al texto español, al decir: «los créditos de los que uno de los esposos sea titular frente al otro no podrán ejecutarse, durante la vigencia del régimen legal, más que sobre los bienes privativos del deudor», y, consecuentemente, de este problema tras la disolución en fase de liquidación y partición del régimen, ya que el acreedor podrá hacer lo mismo sobre un patrimonio privativo ampliado, pues los bienes comunes que le correspondan al cónyuge deudor han dejado de ser comunes.

De otra parte, no puede resultar más paradójico que en el único

sistema económico-matrimonial europeo (47) de entre los de carácter comunitario que no acoge la posibilidad directa por norma de abono *in natura* sobre bienes comunes de los créditos de recompensas —institución del *prélèvement*—, sea, a su vez, el único que ofrece la posibilidad —en su primera redacción no como mera facultad, sino como verdadero derecho— de hacer efectivo el pago, por deudas personales entre cónyuges, *in natura* sobre bienes comunes.

La conjunción de los dos antecedentes contradictorios en una misma sección y el exceso de originalidad que aportan al régimen resulta singularmente sospechosa. El aludido cobro *in natura* sobre bienes comunes de los créditos personales se sitúa en sede de partición en medio de un vacío de regulación propiamente dicha, pues no sólo no se nos dice cómo deba llevarse a la práctica, sino que además, al no existir entre nosotros la institución del *prélèvement* y adicionalmente reconocerse el derecho de uno de los copartícipes a promover la venta de un bien ganancial para con su producto pagar en dinero (arts. 1.400 y 1.062, 2.º, del Código Civil), no resulta fácil aducir razones para impedir que el cónyuge deudor personal del otro no pueda pedir exactamente lo mismo que se predica para el pago de terceros acreedores o para el abono de recompensas: forzar la licitación de los bienes comunes necesarios para satisfacer el crédito del otro, y entonces no puede negarse a tal venta el carácter de pago voluntario, a que hace referencia el inciso último del artículo 1.405 del Código Civil.

Creo que, desde el punto de vista puramente especulativo, puede tener algún interés el plantearse diferentes hipótesis de trabajo a partir de la primitiva redacción proyectada para el artículo 1.405, sin perder de vista que desde los primeros trabajos de la Comisión de Codificación, el precepto a que nos venimos refiriendo se encuentra situado entre el que fija, o mejor, reitera, el principio general de que el remanente neto ganancial de la comunidad, la verdadera ganancia, debe partirse por mitad (artículo 1.404), y los artículos que introducen en el régimen el derecho de atribución preferente y no al final de la sección, como ocurre en Francia y Bélgica. Estas hipótesis podrían ser las siguientes:

Primera.—El redactor incurrió en error material y pretendió reafirmar el principio del sistema de que el pago debe ser en dinero o en la especie debida impidiendo la entrada en el régimen de un complejo sistema de dación en pago, es decir, quiso decir: «no podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes». Parece de todo punto inverosímil que esto haya podido suceder, pues bastaba para ello

(47) En ninguno de los sistemas comunitarios españoles.

con mantener el silencio en esta materia, tal y como acontecía en el régimen anterior de gananciales, y dejar operar los propios fundamentos de un régimen que no acoge el sistema del *prélèvement*.

Segunda.—El redactor pretendió introducir en nuestro sistema de liquidación el pago *in natura* como posibilidad generada por el propio régimen y no como forma derogatoria, siempre dependiente de la existencia de acuerdo o no de los copartícipes en tal sentido. Esta hipótesis puede construirse a partir de la fuerza intrínseca que hay que reconocer a la expresión verbal utilizada: «podrá exigir»; igualmente, sacando las debidas consecuencias que brinda la situación del precepto dentro de la ordenación sistemática seguida, que viene a subrayar que en el nuevo régimen de la sociedad de gananciales, la igualdad cualitativa es tan sólo un *desideratum*, pues en tanto se mantenga la igualdad cuantitativa de los lotes en la partición interesa al ordenamiento el mantenimiento del *statu quo* de los cónyuges, cualquiera que fuere la causa desencadenante de la disolución del consorcio; y, por último, es patente la intención de que la partición deba ser aprovechada para poner fin a todas y cada una de las relaciones de crédito-deuda nacidas durante o con ocasión del consorcio entre los cónyuges, tengan que ver o no directamente con la existencia entre ellos de un régimen de gananciales.

Esta hipótesis me parece claramente presente en la posición doctrinal de Díez-Picazo, cuando después de afirmar que el artículo 1.405 del Código Civil contiene una clara norma particional, llega a afirmar que: «El cónyuge acreedor puede exigir que su crédito se le satisfaga en bienes comunes en el momento de procederse a la división de éstos. Para que el crédito se satisfaga en bienes comunes es menester que él tome de los bienes comunes el equivalente de su crédito, que formará un *plus* en su lote, y que el cónyuge deudor tome de menos. La única manera de evitar el derecho de satisfacción mediante la adjudicación de bienes comunes es el pago voluntario en dinero cuando la deuda sea pecuniaria, o en la especie pactada cuando sea de otro tipo» (48).

Esta sería, a mi modo de ver, la interpretación correcta de la primera versión del artículo 1.405; la adición del «salvo que el deudor pague voluntariamente» entiendo desvirtúa radicalmente tal hipótesis, y el raciocinio que de ella se deduce orienta la interpretación del texto resultante hacia los derroteros marcados por la tradición hispánica en la materia, presentes hoy, creo que desafortunadamente, en el nuevo régimen en los artículos 1.400 y 1.403, y en la remisión global del 1.410 del Código Civil, «a lo establecido para la partición y división de la herencia».

(48) Díez-Picazo, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, artículo 1.405, vol. II, pág. 1800.

El «podrá exigir», que se mantuvo en la redacción definitiva del inciso primero del artículo 1.405, queda condicionado a que la deuda sea líquida, vencida y exigible y a que se dé una clara negativa del deudor a cumplir lo que le incumbe, y aun así pueden plantearse problemas nada desdeñables en torno a la valoración de los bienes adjudicados si los copartícipes no están concordes con los valores fijados en el inventario para los bienes con cuya dación en pago se pretenda saldar el crédito pendiente.

Tercera.—El redactor no quiso referirse a las relaciones de crédito generadas entre las masas privativas de cada uno de los cónyuges entre sí sin conexión con la ganancial, como lo hacen el artículo 1.479 del Código Civil francés y el artículo 1.450 del Código Civil belga, sino a las resultantes de las propias operaciones liquidatorias, bien sean generadas por el pago a terceros acreedores de la comunidad y de uno de los cónyuges privativamente, bien por el abono de indemnizaciones y reintegros efectuado *in natura*, por acuerdo entre los copartícipes con un bien que excedía del montante de la deuda. A ello parece referirse el texto objeto de examen al emplear la fórmula verbal en futuro de subjuntivo: «resultare», en vez de una forma explícita y directa, como «es», o menos directa, pero no menos explícita: «resulta ser».

Con ello entiendo debería interpretarse que, siempre en función de la ordenación sistemática del texto y tomando como objeto de análisis la redacción originaria proyectada del precepto, los desplazamientos patrimoniales en más a que dé lugar cualquier operación puramente liquidatoria, deberán ser corregidos en la propia partición sin dar lugar a regulaciones posteriores a ésta, y en este caso concreto, la relación de crédito se antepondría a la atribución preferente, que se regula en los artículos siguientes.

Esta hipótesis, de carácter mucho más limitado que las anteriormente expuestas, me parece, pese a tener un sentido eminentemente práctico, no estuvo en la mente del proponente del texto y, en todo caso, no hubiera requerido la adición del «salvo que el deudor pague voluntariamente», pues aquí el pago por el saldo de diferencia o por el pago hecho a un tercero, si bien compensable, tendría la desventaja de operar un desequilibrio cualitativo de signo contrario, pues reforzaría la percepción de bienes *in natura*, recibiendo, en cambio, numerario, aspecto éste que el sistema en su conjunto, probablemente por inercia, trata de evitar.

De todas formas, la adición efectuada en fase de Comisión en el *iter* legislativo de la reforma viene a restablecer el sistema en toda su integridad, y desde el punto de vista del deudor, renacen en la satisfacción de las deudas personales para con el otro cónyuge, todos y cada uno de

los problemas que para la atribución preferente se presentaban en el abono de reintegros y reembolsos y en la satisfacción de créditos para con terceros a la sociedad.

La utilidad práctica directa del precepto será, en todo caso, muy limitada, pues, como advierte Díez-PICAZO, «la hipótesis normal de aplicación del artículo 1.405 es que el crédito que se trate de satisfacer por adjudicación o por pago esté ya vencido» (49), lo que supone que el artículo no contiene una norma puramente particional, como afirman el propio Díez-PICAZO y DE LOS MOZOS (50), sino que más bien tiene un carácter mixto, en la que el aspecto particional es tan sólo residual, si el deudor se negare a pagar, o incluso mejor, desatendiere el requerimiento de pago, pues para impedir la predetracción le basta con pedir, por su parte, la venta de bienes comunes con este fin, que, como sabemos, equivale al pago voluntario.

En la actual configuración, la norma contenida en el artículo 1.405, de singular parecido en cuanto a su construcción gramatical al artículo 1.470, 2.º, del Código Civil francés, consagrador del pago *in natura* en la liquidación de recompensas, si bien, en nuestro caso, la elección de la modalidad de satisfacción queda en manos del deudor, y en el caso francés, en las del acreedor, el precepto sirve para poner de manifiesto que, en todo caso, la satisfacción de los créditos conyugales, cualquiera que sea su naturaleza y origen, tiene preferencia sobre las atribuciones preferentes, y que en las comunidades deficitarias o en las que se liquidan con defecto de liquidez, estas atribuciones dependen en gran medida de la colaboración de los copartícipes en la liquidación de la misma. Es decir, a pesar del énfasis que ponen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil en presentar la atribución preferente como un derecho presente en el conjunto de todas las operaciones liquidatorio-particionales, éste sólo tiene eficacia en esta última fase; su relevancia en las otras fases queda relegada a un mero no entorpecer o imposibilitar voluntariamente, que daría lugar a la intervención judicial por mala fe o abuso de derecho, según los casos.

Creo que puede decirse con propiedad que la posición de los partícipes no atributarios respecto del derecho de atribución es, para el ámbito del Código Civil, igual a la prevista en la Compilación aragonesa para las ventajas y las atribuciones preferentes, que en el inciso final del apartado 3.º de su artículo 56 previene: «Si para esta operación o las precedentes —recompensas, deudas de la comunidad y pago de la dote— fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán,

(49) Díez-PICAZO, *op. y loc. cit.*

(50) DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, págs. 494, 495 y 503.

en tanto sea posible, los mencionados en los artículos siguientes»; se está, evidentemente, a una gran distancia formal y material del artículo 1.471, inciso último, del Código Civil francés, y 1.442, 2.º, del Código Civil belga, en los que se obliga al predetrayente a respetar las atribuciones reclamadas por el otro cónyuge cuando la atribución sea de derecho, y aun en las concebidas como meramente facultativas puede darse la intervención judicial para resolver conforme a los intereses de la familia.

2. *La posibilidad derivada de la aplicación de la ratio del artículo 1.432 del Código Civil*

La reforma del Derecho de familia de 1981 ha introducido en el elenco de regímenes económico-matrimoniales capitulares el régimen de participación, en el que, como sabemos, a la disolución del mismo, uno de los cónyuges o sus herederos resulta acreedor del otro por la mitad de la diferencia de ganancia experimentada entre el patrimonio del cónyuge que ha ganado menos y el que ha ganado más, siendo el primero, en su consecuencia, acreedor del segundo y ser esta deuda, por razón del sistema, pecuniaria.

Pues bien, en este sistema, en el que el crédito final resultante de las operaciones liquidatorias debe entenderse: vencido, líquido e inmediatamente exigible, el legislador admite no sólo la posibilidad de que el deudor pueda beneficiarse de una moratoria que no exceda de tres años cuando el Juez aprecie dificultades graves para el pago inmediato en el patrimonio del deudor (art. 1.431), sino también, como reza el artículo 1.432, que «el crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados, o si lo concediese el Juez, a petición fundada del deudor», aspectos éstos que no se han tenido en cuenta en absoluto en la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, y menos aún en la regulación de las atribuciones preferentes. Ahora bien, y aun teniendo muy presentes las radicales diferencias que separan a la nueva regulación de la sociedad de gananciales del novísimo régimen de participación en las ganancias, creo que cabe preguntarse si el contenido del artículo 1.432 del Código Civil puede aplicarse o, al menos, alegarse para forzar la admisión del pago *in natura* de los créditos por recompensas en presencia del derecho de atribución preferente cuando el titular de ambos es el mismo cónyuge y la disociación de ambos derechos imposibilite el ejercicio de la atribución. Como puede apreciarse, no intento tan siquiera plantear la aplicación analógica del precepto, sino que creo que aquí interesa más la ejemplificación normativa como argumento analógico, a través del cual pueda integrarse, ante el silencio de la norma, la verdadera posición jurídica del cónyuge,

a un tiempo acreedor por recompensas y tributario preferente frente al otro cónyuge o sus herederos.

Podrá aducirse en contra de tal planteamiento teórico que lo que se protege en los artículos 1.431 y 1.432 del Código Civil es precisamente la posición deudora, en tanto que con la traslación argumental lo que se pretende es precisamente lo contrario: posibilitar a un acreedor para que acumule el ejercicio de otro derecho del que es también titular. Esta argumentación contraria entiendo carece de verdadero fundamento, en primer lugar, y como ha puesto de manifiesto CONTIN, los créditos entre esposos nacidos como consecuencia del funcionamiento de su régimen matrimonial no pueden ser tratados como si de créditos entre extraños se tratase: en la liquidación de un régimen matrimonial, el rigor debe ceder ante las «consideraciones de buen sentido y oportunidad» (51); es más, añadido por mi parte, deben ceder primordialmente ante los intereses de la familia, entre los que se encuentra la estabilidad patrimonial de cada uno de los cónyuges, con independencia de que en la liquidación del régimen de que se trate devenga acreedor o deudor; en segundo lugar, porque no se trata de una norma inspirada en el principio obligacional clásico del *favor debitoris*, estamos en presencia de una norma moderadora de otra de carácter particional y no satisfactoria de una pura deuda pecuniaria generada por relaciones de tráfico; por ello, las condiciones que se requieren para obtener el aplazamiento o el pago *in natura* forzado por decisión judicial son o deben ser muy liberales, pues, como ha puesto de manifiesto CORNU: «Si, por hipótesis, el esposo deudor ha obtenido más beneficios que su cónyuge, puede ser puesto en dificultades sumamente graves, aun siendo solvente, desventajas por carecer de liquidez, si se ve forzado a realizar ciertos elementos de su patrimonio en condiciones desventajas o a deshacerse de un bien necesario para el ejercicio de su profesión o para su alojamiento» (52).

Como vemos, la orientación de la doctrina francesa gira en torno a las mismas motivaciones que dan lugar a la introducción del derecho de atribución preferente en el sistema de comunidad legal.

El pago *in natura* acordado por el Juez en el supuesto de nuestro artículo 1.432 del Código Civil, y aunque el texto legal no sea parco, sino más bien mudo, a la hora de orientar la decisión judicial, no puede responder a un puro arbitrio y habrá que tener presente, como advierte A. MORALES (53), que en los casos de conflicto, el otro cónyuge habrá rechazado los que le hayan sido ofrecidos, por lo que en su determinación

(51) R. CONTIN, op. cit., en *RTOC*, 1977/3, pág. 446.

(52) CORNU, op. cit., págs. 778 y 779.

(53) A. MORALES: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, artículo 1.432, vol. II, pág. 1905.

deberá tomar en consideración tanto los intereses del deudor solicitante del pago *in natura*, cuanto los del acreedor que esperaba la percepción de un numerario que ahora se toma contra su voluntad en bienes, y con bienes de difícil realización o que con ella desmerecen, para lo que habrá de guiarse por las consideraciones que han dado lugar a la introducción de las atribuciones preferentes en los nuevos sistemas matrimoniales. El recurso extraordinario a la *dación en pago*, como forma admisible y legal de liquidación del crédito de participación, no acerca precisamente estos extremos al régimen de las relaciones crediticias ordinarias, sino que acrecienta la dimensión del Derecho de familia del régimen, puesto que en una situación de solvencia del deudor se contrarían las expectativas del acreedor nacidas de la propia norma por dificultades graves, pero no de puro orden económico, pues recordemos que no es solvente, sino de carácter personal. La intervención judicial, que cambia el objeto debido y lo designa contra la voluntad del acreedor, se funda en el interés protegido por la norma de garantizar la continuidad y la estabilidad de la profesión, modo de vida e incluso nivel económico del cónyuge que en el momento de la liquidación resulte deudor del otro o de los herederos de éste. Por ello se puede afirmar que no nos encontramos, en puros términos jurídicos, ante una verdadera dación en pago, sino ante una adjudicación de bienes producto de una partición judicial de un régimen económico-matrimonial que es de esencia comunitario a la disolución del mismo, y por ello el Código Civil francés puede disponer con entero acierto en su artículo 1.576, 3.º, que «la liquidación *in natura*... se considera una operación de partición cuando los bienes atribuidos no formaban parte del patrimonio originario (privativo en términos del régimen de gananciales) o cuando el cónyuge atributivo es llamado a la sucesión del otro».

Los términos «crédito de participación» o «dación en pago», sustitutiva del pago en metálico en este régimen matrimonial, no son enteramente equivalentes con el significado de estas voces en el Derecho de obligaciones, pues el primero es más bien la medida en términos monetarios del haber del cónyuge que ha obtenido menos ganancias en la comunidad que genera el régimen, y el segundo, una de las formas, la extraordinaria, de partición de dicha comunidad generada. El cónyuge que ha ganado más es mucho más el cónyuge que tiene bajo su posesión la masa ganancial que debe ser liquidada, que un puro deudor pecuniario.

Este pago *in natura*, en función de su íntima naturaleza participacional, no puede calificarse de privilegio del deudor de la participación, es más bien una forma excepcional de liquidación de la ganancia obtenida bajo la vigencia del régimen, de la misma manera que las atribuciones prefe-

rentes son una modalidad de partición de la masa ganancial, no un privilegio de uno de los cónyuges coparticionarios. Bajo esta perspectiva entiendo que el artículo 1.432 del Código Civil puede servir de pauta para la solución de los dos problemas más graves con que se encuentra el atributario preferente, que puede ver frustrada su expectativa de atribución cuando es acreedor, a su vez, de recompensas y el cobro en metálico de éstas impide la atribución, o cuando la discrepancia en la valoración fuerza la licitación del bien atribuible. Entiendo que el contenido de este precepto puede ser aplicado, con mucha más razón que en su propia sede, en el régimen de gananciales, en favor del acreedor de recompensas titular del derecho de atribución preferente, de la misma manera que acontece en el parágrafo 1.383 del BGB, en el que se reconoce un derecho de predetracción al titular del crédito de participación en idénticas circunstancias objetivas a las contempladas en los artículos 1.431 y 1.432 del Código Civil, pudiendo así el acreedor percibir su crédito *in natura* sobre bienes gananciales de los que tiene solicitada la atribución, así como que puede judicialmente fijarse el justo precio de los bienes atribuibles, sin que la remisión global a las reglas de la partición hereditaria puedan servir para frustrar derechos que se reconocen en el régimen económico-matrimonial que se regula.

Parece así que en presencia del derecho de atribución preferente no debe poderse alegar como norma supletoria el artículo 1.062, 2.º, y sí precisamente el 1.062, 1.º, cuando el exceso de adjudicación se cubra con el crédito de recompensas que se ostenta frente al consorcio dividendo.

Las sustanciales diferencias que separan al régimen de participación del de gananciales no son de tal envergadura que priven de sentido la traslación de la *ratio* del artículo 1.342 del Código Civil a la conjunción del artículo 1.403 con los supuestos de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil; es más, la ausencia de las atribuciones preferentes en nuestro Derecho sucesorio entiendo obliga a mirar con cautela la remisión global que se contiene en el artículo 1.410, pues es evidente que existe una mayor identidad de razón entre ambos regímenes matrimoniales que entre la partición de la masa ganancial neta y la hereditaria. Por ello entiendo que el artículo 1.432 del Código Civil puede aplicarse al supuesto problemático que nos ocupa y admitir el pago *in natura* de recompensas cuando con él se posibilita el ejercicio del derecho de atribución preferente.

g) A MODO DE CONCLUSIÓN

En el régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales surgido de la reforma de 1981 se ha mantenido la línea tradicional de liqui-

dación del consorcio, lo que, a mi personal juicio, hace incoherentes las operaciones liquidatorio-particionales respecto del resto del sistema, desgajándolas del contexto social para el que se diseña el conjunto del régimen. Y, en concreto, por lo que hace referencia a las atribuciones preferentes, tiende a convertirlas en una mera operación o modalidad particional del remanente neto surgido precisamente de unas operaciones de inventario, avalúo y liquidación que han sido estatuidas ignorando esta posibilidad, por lo que con el esquema de los artículos 1.396 y siguientes, la atribución preferente quedaría reservada para los patrimonios familiares singularmente saneados.

Como hemos podido observar a lo largo de esta exposición, es patente el estrecho parentesco que debe ligar la atribución preferente con la posibilidad incontestable de los acreedores de reintegros y reembolsos de hacer efectivos estos créditos *in natura*. Sin esta posibilidad de regulación entendida como derecho, las atribuciones preferentes quedarán, por lo general y en el mejor de los casos, como un respeto en cuanto sea posible a una mera expectativa del tributario (54), sujetas a todos los avatares, problemas y miserias familiares que se suscitan en un sistema matrimonial que no termina únicamente por la muerte de uno de los cónyuges y tan sólo excepcionalmente por otras causas, en el que la natural divergencia de intereses puede fácilmente degenerar en conflicto generalizado y en el que el aspecto patrimonial es un arma más con la que dirimir la desavenencia. Si tenemos en cuenta, al respecto, que la separación y el divorcio sin pronunciamiento de culpabilidad para uno de los cónyuges, ya no pueden reputarse como causas excepcionales de disolución del consorcio, nos encontramos con que ese ideal de «respeto en cuanto sea posible» es totalmente inadecuado por lo utópico para una correcta y aséptica regulación de las atribuciones preferentes, e incluso, me atrevo a decir, para el sistema de liquidación en su conjunto, tal y como éste se prevé en el Código.

De igual o similar forma, me parece que para que las atribuciones puedan llevarse ordenadamente a la práctica resultaría conveniente, tal vez necesario, que los bienes inventariados se valoren conforme a estimaciones lo más cercanas posibles a los precios corrientes de mercado, de forma que el activo responda a los mismos criterios de medida que la requerida para las recompensas y las deudas respecto de terceros ajenos al consorcio, y que se formalicen con el concurso de todos los coparticionarios, y, lo que es más importante y decisivo, que las discrepancias sobre el valor del bien o del conjunto de bienes no queden some-

(54) Este es el alcance y el sentido del artículo 56, 3.º, inciso último, de la Compilación aragonesa.

tidas a la disciplina de los artículos 1.400 y 1.062, 2.º, del Código Civil, que, como hemos visto, obedecen precisamente a una idea particional que niega la posibilidad de existencia de las atribuciones preferentes. Es decir, el recurso de acudir a la licitación para fijar el verdadero precio de un bien atribuible solicitado por un cónyuge con tal derecho, debe entenderse como verdadero supuesto de abuso de derecho, para lo que debe abrirse y potenciarse la vía para que se ordene judicialmente la oportuna valoración, como se dispone en el artículo 1.442 del Código Civil belga, y para lo que entiendo puede apoyarse tal orientación en las previsiones y circunstancias que rodean a nuestros artículos 1.431 y 1.432, aunque sean propios del régimen de participación; pues por la vía de la venta será muy difícil llegar a probar que el desacuerdo es más bien producto de la mala fe de uno de los coparticionarios, supuesto nada excepcional en estas forzadas licitaciones. Es por ello por lo que en Francia y Bélgica, países de clara tradición divorcista, en las disoluciones de la comunidad por causa de separación judicial o el divorcio, las atribuciones preferentes jamás son de derecho, y su ejercicio y la valoración de los bienes quedan, desde su solicitud, en manos de los poderes soberanos del Juez, que deberá guiarse primordialmente por los intereses de la familia, que deben quedar lo más salvaguardados posible.

La ausencia formal de estos requisitos en nuestro régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales determina que las atribuciones preferentes pueden ser consideradas en plenitud como posibilidad que se ofrece al atributario de preordenar la partición propiamente dicha, y en forma mucho más matizada, como contenido de un derecho subjetivo más amplio condicionante de la forma de liquidación y de partición del consorcio dividendando.

VI. EJERCICIO Y EFECTOS DE LA ATRIBUCION PREFERENTE

A. Aspectos generales

Si la proximidad material y temporal de las operaciones liquidatorio-particionales del consorcio permitían, como hemos visto, que la mera presencia de un derecho de atribución preferente condicionase la actuación de los coparticionarios en las operaciones liquidatorias, en el momento de la partición propiamente dicha la atribución preferente es la que impone su ley, pasando de esa posición de obtener un simple respeto a tal expectativa en tanto sea posible, a la actuación propia de un

verdadero derecho subjetivo, por el que el beneficiario del mismo puede incluir en su lote los bienes atribuibles a los que se extienda su derecho por su verdadero valor, dando paso a las compensaciones a que haya lugar y condicionando con ello la composición del otro u otros lotes. Es decir, en la fase de partición, la atribución preferente despliega toda su eficacia determinativa influyendo directamente en la atribución de titularidades plenas o creando derechos reales limitados concretos sobre bienes en los que sólo existía una titularidad abstracta propia del derecho por cuota.

Esto, que es así en todos los ordenamientos que admiten tal institución, es más evidente en el ordenamiento español, en el que la atribución sólo despliega su eficacia atributiva en la partición propiamente dicha, si bien, aun en esta fase, se encuentra, en los supuestos previstos en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406 del Código Civil, condicionado también a que el valor del bien atribuible sea igual o menor al haber reconocido en favor del atributario, dado que el abono del saldo de diferencia en metálico queda restringido, por el artículo 1.407 del Código Civil, a los supuestos 3.º y 4.º del artículo 1.406. Lo que aporta dificultades de aplicación también en la fase de partición propiamente dicha, que deben ser tomadas en consideración y analizadas en este epígrafe.

La configuración de las diferentes posibilidades de atribución, que se regulan en los repetidamente citados artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, permite hablar de diversas *modalidades de atribución*, como recogen las doctrinas francesa y belga, pero, como ya sabemos, con un sentido radicalmente distinto, pues en tanto allí la diferenciación proviene del reconocimiento de la atribución, unas veces, las menos, como verdadero derecho subjetivo, y otras, las más, como mera facultad, que el Juez de instancia acordará o negará soberanamente, aquí la distinción debe girar en torno al saldo de diferencia. Así podemos hablar de la modalidad de atribución con abono de saldo real limitado de uso o habitación, lo que ofrece una perspectiva muy diferente a nuestro sistema de atribución, en la que es prácticamente imposible verter la experiencia adquirida por estos países de nuestro entorno y en la que las dificultades de orden teórico y práctico se multiplican en caso de simple desacuerdo entre las partes, para llegar a la casi imposibilidad en los frecuentes casos de disolución conflictiva del consorcio.

Una y otra vez venimos insistiendo que la originalidad de nuestro ordenamiento no está justificada, ni ha sido prudente ni probablemente se deba al resultado de una profunda reflexión sobre el tema en la Comisión de Codificación. Buena prueba de ello es el laconismo con que

se acoge tal innovación en la Exposición de Motivos que encabezaba el Proyecto de Ley de Reforma (55), en la que se describen simplemente sus efectos diciendo: «... el derecho de aquél a que se incluyan en su lote la empresa que ha llevado con su trabajo, el local donde ejerce su profesión o la vivienda habitual». Más revelador, si se quiere, es que en este párrafo transcrito de la Exposición de Motivos, la referencia como «derecho de aquél» no se hace a cualquier cónyuge, sino tan sólo al supérstite, aun cuando en el texto articulado que se presentaba al Congreso de los Diputados, la posición especial del cónyuge supérstite sólo se reconocía para la vivienda habitual, y no para las restantes atribuciones contempladas, que podían ejercerse por cualquier cónyuge, y sin distinción de la causa que provocaba la disolución de la sociedad de gananciales. Creo que no nos encontramos ante un anecdótico caso de *lapsus calami* en el que han incurrido los redactores de la referida Exposición de Motivos, sino más bien ante una, desde luego involuntaria, explicitación del verdadero contenido que para ellos debiera tener la atribución preferente, como institución reservada para el caso de disolución del consorcio precisamente por muerte de uno de los cónyuges. Lo que, lejos de ser una incongruencia, era el tratamiento que cuadraba y concordaba con la regulación que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407, con lo que se hubiera acercado nuestro sistema de atribuciones preferentes al estatuido en el Código Civil belga tras su reforma de 1976, tal vez, y desde luego en mi personal juicio, el mejor de los sistemas de cuantos ofrece el Derecho comparado.

B. La atribución preferente como operación particional

Para nuestro recortado sistema de atribuciones preferentes resultaría impropio, por lo exagerado, como puede deducirse de las páginas que anteceden, hablar de las distintas *formas de partición*, para asignar una de éstas a la que viene configurada por la presencia de la atribución preferente, como vienen haciendo con propiedad los tratadistas franceses y belgas. Parece evidente que para alcanzar tal sustantividad este derecho debería proyectar su fuerza vinculante y condicionar todas y cada una de las operaciones que se siguen a la conclusión de la sociedad conyugal, como finalidad específica de la ley (56), y esto no es así en el contexto en que se sitúan las atribuciones preferentes en nuestro ordenamiento. Nosotros, como mucho y de forma más pedagógica que analítica,

(55) *Boletín Oficial de las Cortes Generales* —Congreso de los Diputados—, serie A, 14 septiembre 1979, pág. 316.

(56) L. RAUCENT: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 364.

podríamos llegar a exponer diferentes *modalidades* que puede adoptar la partición, pues la presencia del derecho de atribución preferente no interfiere prácticamente en el curso de las operaciones liquidatorias de las deudas del consorcio para con terceros ajenos al mismo; no se prevé en la norma la mínima imbricación exigible entre liquidación de reintegros y reembolsos y la atribución preferente, que, en todo caso, puede llegar a ser deducida del conjunto sistemático de la reforma de 1981: ni puede decirse que la atribución preferente debe anteceder al pago de deudas estrictamente personales entre los cónyuges, dada la posición sistemática del artículo 1.405. Todo ello inclina a que la atribución preferente antes de abrirse el procedimiento de partición propiamente dicho, sea tratada como una mera expectativa de derecho y sea sólo protegida por el ordenamiento en cuanto tal; su consideración como propio y verdadero derecho subjetivo no le alcanza sino desde el momento de proceder a la confección de los distintos lotes particionales, por lo que puede decirse que su naturaleza es estrictamente particional.

Su esencial caracterización como derecho subjetivo reside en que, llegado el momento oportuno de su ejercicio, permite al atributario «conseguir por su voluntad que determinados objetos se incluyan en la partición en su hijuela o parte» (57), pero ello en forma potencialmente distinta según se trate de un tipo u otro de bienes atribuibles de los contemplados en el elenco del artículo 1.406 del Código Civil, pues en tanto que para unos la atribución no puede sobrepasar en valor el haber en que se materializa la cuota del atributario en el consorcio, en otros puede llegar a dar lugar a un saldo en contra del atributario, que debe ser abonado por el mismo en metálico.

El ejercicio del derecho de atribución preferente no requiere, para condicionar el contenido material de su lote, de la colaboración del titular o titulares de la otra mitad de la masa dividenda, pues la atribución no tiene carácter negocial. El atributario puede imponer la inclusión del bien atribuible de que se trate en su lote, y para ello puede pedir, ante la obstrucción de la otra parte, la intervención judicial. Intervención no exenta de problemas, pues los juicios divisorios de abintestato o testamentaría, a los que hay que acudir a falta de normas procesales específicas en la materia, no están concebidos para esta nueva modalidad de partición; más bien su orientación es la contraria, y debe tenerse en cuenta que en el artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se prevé que ante la falta de conformidad de las partes respecto de la división prevista procederá el juicio que por la cuantía corresponda, lo que resulta claramente desproporcionado y poco coherente con la finali-

(57) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

dad social que se predica respecto del fundamento de las atribuciones preferentes, para las que los ordenamientos francés y belga han acomodado los procedimientos judiciales de partición respectivos.

La atribución preferente, configurada en este momento como derecho a que se incluya un bien en el lote correspondiente al atributario a su petición, se corresponde con un dejar hacer del otro cónyuge o de sus herederos que presupone que no pueden hacer valer, ante la disparidad de criterio o abierta divergencia sobre el valor de los bienes adjudicados, el derecho que parece reconocerles el artículo 1.062, 2.º, del Código Civil, es decir, la facultad de pedir la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Este comportamiento del coparticionario, que entiendo puede aceptarse, aunque en mi personal criterio entienda es contrario a la esencia misma de la institución, dada la estructura legal de la liquidación del consorcio, frente a la pretensión de un cónyuge de cobrarse *in natura* su crédito por recompensas frente al consorcio, aunque fuese, además, potencial atributario preferente del mismo —lo que he juzgado en su momento como un grave defecto técnico de la liquidación en la nueva regulación de la sociedad de gananciales—, no puede reconocerse como factible, en absoluto, en fase de partición propiamente dicha, porque ello es contrario a la propia función y significación de la atribución preferente; de admitirse, ésta quedaría, en todo caso, a la libre anuencia de la otra parte en cuanto a su efectividad, por lo que no pasaría de ser una simple recomendación legal y en ningún caso un verdadero derecho subjetivo del cónyuge atributario.

La posición del atributario, tal y como la veo, guarda poco parecido con la del heredero al que se adjudica «una cosa indivisible que desmezca mucho con su división», a que se refiere el artículo 1.062, 1.º, del Código Civil, pues esta operación tiene que ver con la integridad cuantitativa de la herencia y no con las circunstancias personales del adjudicatario respecto del bien, que son, en todo caso, indiferentes al supuesto que contempla el precepto; es mucho más parecida, aunque no análoga, al supuesto a que se destina el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil, referido al «padre que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril», pues si bien en la atribución preferente la voluntad de conservar procede del propio atributario, en ambas la ley ampara una conservación de bienes con miras a un interés superior, al que se protege con la igualdad cualitativa.

Si en el caso del artículo 1.056, 2.º, lo que prima es la *conservación* de la empresa, pues ésta está en relación directa con el *interés de la familia* sobre el derecho de los legitimarios a la integridad cualitativa

de la legítima (58), en el de la atribución preferente se dan también las mismas circunstancias y con idéntica finalidad, con la ventaja para ésta de que el interés no es medido por el sujeto determinante, sino por la propia ley. En uno y otro casos ni los legitimarios no adjudicatarios ni el cónyuge no atributivo o sus herederos pueden promover la licitación de la empresa o del bien ganancial atribuible, respectivamente, como método para averiguar prácticamente su verdadero valor —como autoriza el artículo 1.062, 2.º, del Código Civil para otro supuesto, como hemos visto—, porque tanto el heredero adjudicatario de la empresa familiar, como el cónyuge atributivo, tienen un derecho sobre la cosa, aunque se deba computar en su haber o cuota por su valor real, por lo que la averiguación de este último tendrá que realizarse, ante la discrepancia, por peritación judicial o extrajudicial, pero en ningún caso por licitación, ni el heredero adjudicatario designado en testamento ni el cónyuge atributivo tienen que correr el albur que supone el concurrir a una subasta para adquirir aquello a lo que tienen derecho, pues lo adquieren, uno por la aceptación de la herencia con la carga de abonar la legítima en metálico, y el otro por atribución, es decir, por su derecho a configurar su propio lote particional con los bienes que la norma declara atribuibles preferentemente.

La institución de la atribución preferente en nuestro Derecho no supone cambio respecto de la naturaleza especificativa o determinativa que para la partición hereditaria y por extensión para la partición consorcial defiende con razón nuestra más moderna doctrina en la materia —LACRUZ, PEÑA, ROYO MARTÍNEZ, MARÍN LÁZARO, etc.—, más bien viene a confirmar tal posición doctrinal. Si la división no consiste en otra cosa que en reemplazar unas cuotas abstractas sobre el conjunto de una masa hereditaria o consorcial, expresadas en términos porcentuales por unas titularidades concretas sobre cosas y derechos individualizados, la atribución preferente no tiene otra función que la de proveer a un particionario de título suficiente para convertir parte o todo su haber, en términos porcentuales de cuota, en bienes a su elección dentro del marco de los que son personalmente atribuibles, y que hasta ese preciso momento permanecían en el consorcio bajo el régimen propio de la división posmatrimonial, continuación esencialmente inestable de lo que era inmediatamente antes la comunidad o consorcio conyugal. O sea: la atribución preferente, como modalidad de la partición, se concreta en el derecho legalmente conferido a un cónyuge o, en mi opinión, a un here-

(58) Ver, sobre esta argumentación, ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», en *RCDI*, 1947, páginas 585 y sigs.

dero partícipario, para autodeterminar el contenido material de su lote con bienes a los que la misma norma declare preferentemente atribuibles y bajo las condiciones personales que de ella se deducen para cada caso.

Ahora bien, en algunos supuestos —los contemplados en el artículo 1.406, 2.º y 3.º, del Código Civil, la atribución preferente puede tener excepcionalmente eficacia traslativa, cuando el valor del bien atribuido excede del montante del haber reconocido en favor del atributario y éste opta, conforme a la facultad que le reconoce el artículo 1.407 del Código Civil, por el valor de la diferencia en dinero. No nos encontramos aquí con una atribución de carácter mixto, puramente particional por la cuota y una verdadera compra por el exceso. No hay tal acto negocial, pues no se precisa del consentimiento de la otra parte, sino del ejercicio de un derecho que tiene como límite objetivo el mantenimiento del equilibrio cuantitativamente, lo que se logra por el procedimiento artificioso de incrementar la masa con la aportación de dinero privado del atributario, por lo que el dinero que se desembolsa no tiene la consideración, a ningún efecto, de precio; la otra parte, la que recibe el dinero, no está obligada a la evicción y al saneamiento por vicios ocultos, como se derivaría necesariamente de un negocio de carácter oneroso, y por ello le cuadra perfectamente el término de compensación en metálico, abono del saldo o de la diferencia.

Por último, y como ha venido señalando la jurisprudencia francesa, la atribución preferente no tiene eficacia retroactiva, los beneficios producidos por los bienes atribuibles en el tiempo correspondiente a la indivisión corresponden por entero al consorcio, aunque hayan continuado siendo gestionados o se hallasen bajo la posesión directa del atributario, hasta el punto de que, en el caso de una vivienda, se ha reconocido un derecho de indemnización por la ocupación en favor de la masa dividenda (SCCC de 2 de diciembre de 1975) (59), así como se ha negado al atributario, antes de la partición propiamente dicha, poderes de extraordinaria administración en la empresa sobre la que se ha pedido la atribución sin contar con la anuencia de los demás indivisarios —por ejemplo, despedir con indemnización al gerente de la misma— (SCCC de 20 de diciembre de 1976) (60). Estas experiencias entiendo son enteramente aplicables al sistema español de atribución preferente y un ejemplo claro de la naturaleza determinativa de la partición del consorcio.

(59) Dalloz, 1976, 50.

(60) Dalloz, 1977, 151. Comentario a esta sentencia de R. SAVATIER en la *RTDC*, 1977, pág. 353.

C. La formación de los lotes en presencia del derecho de atribución

Como mera modalidad particional que es, la atribución preferente agota su propia virtualidad y fuerza jurídica en el momento en que el atributario ha logrado introducir en su lote los bienes atribuibles a los que tenía derecho, pero este derecho no se ejercita ni materializa por la vía de sacar de la partición misma los bienes atribuibles, para después dividir el resto de los bienes conforme a las reglas igualitarias que establece el artículo 1.061 del Código Civil, como ocurre con el *préciput* en Francia y Bélgica, o con las *aventajas* del artículo 1.321 entre nosotros, que no entran en la partición, sino que la atribución condiciona desde dentro la operación particional.

La desigualdad de la atribución preferente, en la que tanto ha insistido la doctrina, tan sólo es consustancial a la misma en cuanto a la posición jurídica de los partícipes en las operaciones de la partición; el atributario tiene derecho a que se incluyan en su lote aquellos bienes sobre los que tiene el derecho de atribución preferente, en tanto que la otra parte no puede sino tolerar y cooperar en esta acción y, desde luego, verificar la existencia de las circunstancias personales y objetivas que dan lugar al reconocimiento de este derecho, así como comprobar el montante económico de las mismas a los efectos de impedir nuevas atribuciones cuando las realizadas saturan o sobrepasen el haber señalado para el atributario, pero esta posición típicamente pasiva sólo se debe dar para el señalamiento de bienes atribuibles.

La desigualdad cualitativa, que la doctrina más generalizada acoge como efecto necesario del ejercicio del derecho de atribución preferente (61), no pasa de ser un efecto que de ordinario acompaña a este derecho, pero en modo alguno una manifestación necesaria y esencial a la institución misma: el atributario tiene derecho a preferir unos bienes sobre otros, aunque ello suponga desigualar cualitativamente la partición, pero no se concibe la institución como un derecho a la desigualdad, como del exceso pedagógico-literario de la mayor parte de los tratadistas parece desprenderse.

La producción de este efecto derivativo depende exclusivamente de la composición material de la masa dividenda; de la repetición o no de bienes de una determinada naturaleza y especie, de la que depende la posibilidad de reconstruir o, al menos, paliar la desigualdad que se genera por la posición del atributario a designar, y de la interpretación más

(61) CORNU: *Les régimes matrimoniaux*, págs. 566 y sigs.

o menos rigurosa que se dé al límite objetivo del artículo 1.406 del Código Civil, «hasta donde éste —su haber— alcance», en relación con la posibilidad que ofrece el artículo 1.407 de sobrepasar este límite, para la atribución de determinados bienes (1.406, 2.º y 3.º, del Código Civil), abonando la diferencia en dinero, todo ello, claro está, para el supuesto muy frecuente de que el atributario tenga derecho a una pluralidad de atribuciones preferentes.

El cónyuge no atributario o sus herederos no está frente al atributario o atributarios en la posición que se deriva de un *pati*, en el cual no cabe sino soportar pacientemente la acción del sujeto activo del derecho, pues la atribución preferente no convierte al atributario en el sujeto facultado exclusivamente para llevar a cabo la partición con exclusión de la otra parte; el no atributario no deja de ser parte activa de la partición, y ello no sólo para aquellos bienes que no son objeto de derecho de atribución preferente alguno, sino también y de forma determinante para reconstruir, en la medida de lo humanamente posible y con las posibilidades que ofrezca el consorcio que se divide, la igualdad que sigue siendo un objetivo deseable de la partición, en sus dos aspectos cualitativo y cuantitativo, pudiendo dar lugar a una partición dirigida, en la que el elemento aleatorio de las suertes desaparece o puede desaparecer totalmente.

a) DEFENSA DEL EQUILIBRIO CUALITATIVO

La doctrina europea más significativa ha venido prestando, por lo general, poca o marginal atención a la defensa del equilibrio cualitativo, ya que propiamente no puede hablarse en términos de igualdad, en abierto contraste con la actual doctrina española, que se muestra interesada en este concreto aspecto (62), probablemente debido a que ésta es una de las pocas excepciones que la reforma ofrece respecto del férreo tratamiento igualitario entre los cónyuges que la *inspira*.

Esta diferencia de atención se debe, además, a la propia concepción de la atribución preferente, pues al ser en el ordenamiento francés, y en menor medida en el belga, la mayor parte de las atribuciones preferentes que se reconocen meramente facultativas, la defensa del equilibrio cualitativo se desplaza respecto de las partes para quedar subsumida, como un elemento más, en la actuación judicial; en tanto que en nuestro ordenamiento, al haber prescindido, creo que erróneamente, de la importante diferenciación entre atribución de derecho y la meramente facultativa, la

(62) Se han ocupado de este aspecto LACRUZ, DE LOS MOZOS, Díez-PICAZO y GARCÍA CANTERO.

citada defensa debe ser promovida y actuada por la parte no atributaria; de ahí la preocupación doctrinal en tan concreta materia.

La defensa del equilibrio cualitativo puede operarse, en el estrecho margen que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407, por la vía de la configuración de los propios lotes, de una parte, y de otra, por la aplicación rigurosa que ofrece el límite del *quantum* del haber del atributario en los casos de atribución múltiple.

a') El profesor LACRUZ apunta certeramente a la raíz del problema al afirmar: «en tanto sea posible habrán de asignar al otro cónyuge o sus herederos bienes de semejante naturaleza o, en todo caso, valorados con el mismo criterio» (63). Quiere ello decir que el no atributario puede procurar el retorno a la situación de equilibrio por la vía de pedir que su lote sea compensado, a ser posible, con bienes de la misma naturaleza, calidad o especie (art. 1.061), pues la atribución preferente sólo permite que sea el atributario quien inicie la configuración de un lote, precisamente el suyo, situando en primer lugar el bien o bienes sobre los que la ley le reconoce tal derecho, lo que supone una técnica de partir que le garantiza la entrega de unos bienes concretos, pero que abre, a su vez, podríamos decir, el turno de petición para que la otra parte pueda señalar bienes que igualen en cierto modo la separación inicial por el atributario.

Hay que tener presente que nos movemos en el terreno de la atribución *preferente*, y no en el de una atribución exclusiva o excluyente; el atributario tiene, por su derecho, la precedencia legal para detraer de la masa común neta e integrarlo en su lote el bien o bienes para los que exclusivamente se le reconoce tal derecho, pero no tiene que efectuar él la partición de los demás bienes conforme a cualquiera de las modalidades tradicionales admitidas por la práctica jurídica, sino que, detraído el bien, el turno debe pasar a la otra parte hasta que se compense, al menos, en valor de lo detraído por el atributario, pues, en cierto modo, puede decirse que la elección del atributario abre el turno de elección del no atributario. Es en este contexto donde alcanza sentido pleno el vocablo «predetracción» que emplean LACRUZ y GARCÍA CANTERO (64).

Es precisamente en esta línea en la que se mueve la jurisprudencia francesa cuando, a la vista de una comunidad conyugal en la que en el momento de la partición existían dos inmuebles de características similares y de valor prácticamente equivalente, entendió que, concedida la atribución preferente facultativa al marido sobre uno de los citados inmuebles, por efecto de la misma atribución acordada, era improcedente

(63) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

(64) LACRUZ, *op. y loc. cit.*, nota anterior; GARCÍA CANTERO, en la décima edición de CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. V, vol. I, págs. 474 y sigs.

e inútil sortear el otro inmueble, pues debería situarse directamente en el lote correspondiente a la mujer (STC Grenoble, 27 de enero de 1965) (65).

Entiendo que el automatismo del que hace gala el razonamiento compensatorio de la sentencia citada se presta a sembrar la confusión (bien es verdad que de forma más aparente que real, pues en el caso al que se refiere la sentencia la mujer, cónyuge no atributario, pedía precisamente lo que acordó el Tribunal de Grenoble), pues su contexto formal supondría el convertir al atributario en configurador absoluto no sólo de su propio lote por derecho propio, sino también del de la otra parte, al convertirlo, en la medida de lo posible, en un simple reflejo del primero. Y si bien esto tiene que ser así en la mayoría de los casos, pues no queda para la otra parte más que la otra mitad totalmente determinada por la vía de ser el residuo, no tiene ello que ser siempre así y en todo caso.

La presencia de dos inmuebles similares no obliga, a mi personal juicio, a que, atribuido preferentemente uno, la otra parte deba, sin remisión, recibir el otro que no quiere; más bien creo que puede pedir, siempre, naturalmente, después de realizar las atribuciones que procedan, el bien que quiera de los todavía comprendidos en la masa dividenda, con derecho a que se le valore con el mismo criterio que el empleado en las atribuciones que por ley ha sido obligada a tolerar.

No creo que el mecanismo expuesto se deba admitir por puras razones de orden equitativo, que a todas luces lo es más que la admisión de un puro mecanismo reflejo de la atribución, sino a la pauta particional que marca la propia atribución, trasladada aquí al nivel de pura técnica de reparto. Pues si una de las formas tradicionales de partición, admitida sin recelo en la práctica, consiste en que un particionario confecciona los lotes y el otro, en evitación de fraudes, elige; en la atribución preferente, concebida instrumentalmente, el atributario elige para sí frente al otro y sus particulares intereses que no alcanzan igual protección legal, pero si con ello no alcanza la mitad, pasa a elegir el otro sin que el atributario pueda oponer intereses o preferencias personales no amparadas por el derecho de atribución.

Lo que ocurre, en el caso de la sentencia citada y en la mayor parte de los supuestos que la realidad ofrece, es que las masas dividendas no suelen ofrecer dónde elegir el no atributario o con la amplitud que se requeriría para poder llegar a un equilibrio cualitativo, pero ello no es razón suficiente para convertir la necesidad en regla.

(65) Dalloz, 1965, 330, nota de GERVÉRIE. Comentario de R. SAVATIER en *RTDC*, 1965, 684.

b') Me parece obvio afirmar que el restablecimiento del equilibrio cualitativo depende de las posibilidades materiales de compensación que ofrezca, para el no atributario, la masa dividenda tras haberse practicado las atribuciones preferentes que correspondan, y que estas posibilidades serán menores cuantos más sean los bienes atribuibles que puede distraer el cónyuge atributario, sobre todo contando con la posibilidad que se le ofrece de combinar atribuciones que no pueden dar lugar a abono de la diferencia en más en metálico con otras que sí llevan emparejada tal posibilidad legal, con lo que el atributario, según se interpretan las posibilidades que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil combinados, podrá o no traspasar la frontera del «hasta donde su haber alcance», sin que al otro u otros partíciparios quepa más opción que recoger lo que reste más el metálico que corresponda por la diferencia.

Parece oportuno afirmar al respecto que en estos casos límite para la norma, pero no tanto para la realidad económica de muchos de los matrimonios regidos por la sociedad de gananciales, requieren el establecimiento de una prelación de atribuciones de forma tal que la limitación objetiva, que sirve para la especie de definición legal que abre el artículo 1.406 del Código Civil, debe actuar no como un puro límite del derecho de atribución preferente, lo que acarreará en el futuro dificultades que más adelante trataremos de exponer, sino precisamente como defensa del equilibrio cualitativo que debe respetarse en la medida de lo posible, y como criterio equitativo básico de toda partición, tratando en definitiva de que el derecho de atribución tan sólo sea un instrumento de defensa del atributario que sirve a la continuidad en su vida personal y profesional, a pesar de la disolución del consorcio, y en modo alguno un mecanismo para facilitar el que la atribución preferente llegue a ser un arma ofensiva de la que se sirve el atributario para su servicio exclusivo y excluyente, e incluso contra el interés de la familia.

Para ilustrar cuanto vengo afirmando cabe imaginar el siguiente supuesto: un cónyuge supérstite al tiempo de la disolución de la sociedad venía gestionando la empresa X, formada íntegramente por capital ganancial, y residía habitualmente en vivienda de titularidad ganancial. Liquidado el consorcio con abono de deudas y recompensas, se fija el valor de la masa dividenda en 50.000.000 de pesetas, compuesta por la empresa y viviendas citadas, un piso en la playa y acciones de diversas empresas con cotización en Bolsa. Hay acuerdo entre los partíciparios herederos de la esposa y el cónyuge supérstite sobre el valor de cada uno de los bienes, según el siguiente detalle:

Empresa X	19.000.000 ptas.
Vivienda habitual	15.000.000 ptas.
Piso en la playa	5.000.000 ptas.
Acciones según cotización al día de la partición	11.000.000 ptas.
TOTAL	50.000.000 ptas.
Haber correspondiente al cónyuge supérstite	25.000.000 ptas.

Dos son los posibles modos de entender la atribución preferente, dada la redacción de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil: primera, el cónyuge supérstite notifica en tiempo y forma el ejercicio de la atribución preferente sobre la empresa X, y, como no alcanza el tope de su haber, también sobre la vivienda en que reside, por lo que pone a disposición de los herederos la suma de 9.000.000 de pesetas, como abono de la diferencia en que excede la atribución sobre su cuota; segunda, el atributario notifica el ejercicio sobre la vivienda como primera atribución y sobre la empresa X, a lo que se oponen los herederos, que trabajan también en la empresa, porque las atribuciones exceden del haber que corresponde al cónyuge supérstite.

A primera vista la cuestión parece debe resolverse en favor de la tesis particional primera, pues el derecho a la atribución nace coetáneamente para los dos tipos de bienes en los que se ejerce, y la norma prevé sin ninguna limitación la posibilidad de abonar el saldo diferencial negativo cuando lo que le atribuye es la vivienda o el local profesional; pero esta segunda posición, en mi opinión, y según veremos, es errónea.

De la estructura del artículo 1.406 del Código Civil, amén de la idea misma de desigualación que en todo caso se quiere evitar, se deduce que el límite de «hasta donde el haber alcance», debe referirse, en primer lugar, a los supuestos subsumidos en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406 del Código Civil —para éstos el límite parece absoluto—; y, en segundo lugar, a la suma que produzca la adición de cualesquiera atribuciones de las previstas en el mencionado artículo 1.406, en el que no podemos olvidar figuran el local profesional y la vivienda habitual, como conjunto y no como simple repertorio de los distintos objetos sobre los que puede nacer el derecho de atribución preferente. La posibilidad que se ofrece al atributario de «abonar la diferencia en dinero» debe entenderse referida tan sólo para el caso en que la atribución del local profesional o de la vivienda por sí sola y separadamente rebase ya el límite del haber del atributario, es decir, encaminada a que como mínimo pueda detraer preferentemente una o la otra, y en ningún caso sobrepasando el límite del haber que le corresponda por ambas o por una

sumada a las previstas en los números 1.º y 2.º del 1.406 del Código Civil.

Por ello entiendo que el inciso último del 1.407 contiene un error gramatical cuando se refiere a «bienes» en plural, pues no se guarda la debida concordancia con el segundo término de la disyuntiva: «derecho», que se mantiene en singular; además, no debería referirse a «bienes» en forma genérica, pues en este caso procedería la omisión de toda referencia al local profesional y a la vivienda habitual en el artículo 1.406 del Código Civil, para mantener la coherencia interna del conjunto del sistema, por lo que de ser así nos encontraríamos ante dos sistemas netamente diferenciados de atribución preferente. Entiendo por ello que el mencionado inciso final del artículo 1.407 debería decir: «Si el valor de uno de estos bienes o del derecho que se establezca supera al del haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero.»

b) LA IGUALDAD CUANTITATIVA EN LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE

La construcción de las atribuciones preferentes en el sistema introducido por la reforma de 1981, y por cuanto a su contenido económico se refiere, además de atenerse como era necesario a la exigencia de que los lotes en que se materializa la partición sean iguales en su dimensión contable expresada en términos de numerario, como imponen innecesariamente el artículo 1.344, al tratar de definir la sociedad de gananciales, y con acierto técnico el artículo 1.404. La concepción de la atribución preferente que se deriva del artículo 1.406 se orienta de forma tal que la igualdad cuantitativa que debe mantenerse se logre *in natura* y sólo excepcionalmente —como opción limitada del artículo 1.407 del Código Civil— mediante la apropiada compensación en dinero propio del atributario que recibe en exceso. Lo que supone, considerada la institución en su conjunto, la adopción de un sistema muy rígido de atribuciones preferentes, tal vez excesivamente rígido.

El haber adoptado esta posición normativa se debe, en mi opinión, a la confluencia de varios factores de muy diferente significación y que han influido decisivamente, para mi gusto en exceso, en la configuración de un modelo de atribución preferente original o atípico —no sé qué calificativo le cuadra más—, que ha devenido en norma, sin que en las varias instancias de elaboración legislativa haya dado lugar a controversias ni a excesivas discusiones. A mi juicio, estos factores son principalmente los siguientes:

1. El interés demostrado del legislador en no hacer distinciones en materia de atribución, ni en ninguna otra de contenido patrimonial en

sede de régimen económico-matrimonial, que viniera condicionada por la causa que haya dado lugar a la extinción del régimen de que se trate, aquí de la sociedad de gananciales. Se quería que, como principio, resultara indiferente que la conclusión del régimen se siguiese de la muerte de uno de los cónyuges, de la decisión judicial acordada ante la mala gestión o el fraude de uno de los cónyuges, de la nulidad del matrimonio, del cambio de régimen económico-matrimonial por nuevas capitulaciones, o del fracaso de la vida matrimonial al que sigue la separación judicial o el divorcio. Como si el ignorar la causa hiciera que los motivos que la producen y las consecuencias que se derivan no influyeran ni debieran influir en el ánimo de los partícipes.

2. Consecuentemente con lo anterior, el legislador no introduce en nuestro sistema la decisiva diferenciación entre atribución de derecho y atribución meramente facultativa, diferenciación ésta que a mi modo de ver constituye la espina dorsal de los ordenamientos francés y belga y la vía de amortiguación de los potenciales conflictos. De esta forma la intervención judicial para los supuestos presumiblemente conflictivos se abre tan sólo cuando el conflicto ha hecho ya acto de presencia y se plantea ante un Juez desprovisto de auténticos poderes arbitrales tan necesarios en materias como las propias del Derecho de familia, en las que los elementos tan sutiles como el afecto o el desafecto generado pueden adquirir una importancia tal que conviertan lo que debiera ser puramente económico en instrumento de exteriorización de ese afecto o, por qué no, del odio que se profesan los partícipes, en el caso que nos ocupa. Esta renuncia a someter los casos hipotéticamente conflictivos a la decisión arbitral del Juez contrasta vivamente con la facilidad con que se puede acudir a tal instancia en los casos de desacuerdo en el gobierno de la sociedad durante la vigencia de la misma (art. 1.376 CC).

3. La introducción en el ordenamiento de una atribución preferente exclusivamente concebida para la partición del consorcio conyugal ganancial, sin referencia ni influencia en la disciplina de la partición de la comunidad hereditaria, lo que da lugar a la creación de problemas de índole técnica y de consecuencias importantes en las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales —debe recordarse de nuevo que el art. 1.410 CC efectúa una remisión legal, en cuanto a lo no previsto en las normas de esta sección, precisamente a las que regulan las operaciones sucesorias equivalentes—. La falta de armonía que supone la introducción de las atribuciones preferentes entre uno y otro sistema liquidatorio-participacional presupone la generación de un vacío, pues a nadie se le oculta que los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil están llenos de lagunas en aspectos fundamentales que no pueden colmarse

con normas inspiradas en el mantenimiento a ultranza de la igualdad cualitativa y cuantitativa (art. 1.061) o en la desconfianza radical entre los partíciparios (art. 1.062, 2), que debe ser colmado por la exégesis e indagación doctrinal al menos hasta que en su día contemos con adecuada y suficiente jurisprudencia.

4. A mi personal juicio, un elemento clave de la rigidez normativa reside en la ausencia en la regulación de la conveniente y necesaria integración e interrelación entre el ejercicio del derecho de atribución y la ejecución de las operaciones liquidatorias de deudas y recompensas del consorcio, pues, aunque se encuentran reguladas en la misma sección, no hay entre ellas ningún parentesco de origen, ya que responden a sistemas liquidatorio-partíciparios muy diferentes, cuando no radicalmente antagónicos. No es preciso profundizar aquí en que el origen histórico de la atribución preferente se encuentra en la reacción de signo contrario operada frente a un sistema de liquidación y partícipación de la herencia entre personas iguales en abstracto, para el que procede una división puramente aritmética sin acepción de las personales circunstancias de los partíciparios y para el que toda vinculación entre familia y bienes constituía un vicio propio de una concepción feudal de la economía y de la familia.

5. Por último, no es desdeñable la influencia que sobre el resultado ha supuesto el hecho de que el legislador se haya inspirado en gran parte en los textos de la reforma del Código Civil belga de 14 de julio de 1976 para la concepción estructural del derecho de atribución preferente, en tanto que para la fijación de los objetos atribuibles se haya acogido la experiencia francesa debida a las reformas de su Código Civil de 19 de diciembre de 1961 y 13 de julio de 1965, pues ambas legislaciones, desmintiendo su tradicional similitud cuando no plena coincidencia, divergen en esta materia en aspectos sumamente importantes, con lo que el resultado de este proceso acusa señaladamente su origen híbrido.

Por cuanto antecede podemos decir que en el sistema de atribución preferente del Código Civil se encomienda a la igualdad cuantitativa una doble función: una necesaria, la de hacer patente que el destino del remanente, de la verdadera ganancia, debe ser dividido por mitad, con identidad de valor para uno y otro lotes; y otra secundaria, adjetiva si se quiere, pero decisiva en muchas de las peticiones de atribución, la de servir de límite, como ya hemos tenido ocasión de ver más arriba, a la desigualdad cualitativa que suele acompañar al ejercicio de la atribución preferente, al prever, como supuesto ordinario, que esta igualdad

cuantitativa debe alcanzarse *in natura*, reservando la compensación dineraria para los supuestos excepcionales.

El sistema de reconstrucción de la igualdad cuantitativa *in natura* sirve de contrapeso al propio derecho de atribución de uno de los cónyuges o de los herederos a falta de específicos límites cuantitativos, pues como expresará GARCÍA-CANTERO (66) «de esta suerte podría ocurrir que agotaran prácticamente el haber ganancial y la otra parte se limitaría a un derecho de crédito en dinero, lo que no parece equitativo». Entiendo y comparto hasta cierto punto la preocupación que subyace en este tratamiento limitador del posible expolio de todo bien productivo que se encuentre en el patrimonio consorcial en división, pero creo que el remedio es enteramente inadecuado. Al respecto podemos reflexionar sobre un ejemplo deducido de un supuesto nada infrecuente para nuestra sociedad: un matrimonio de labradores adquieren en los primeros años de su vida conyugal unas tierras en el pueblo en el que viven; llegado el momento de dar estudios a sus hijos comprueban que ello no es posible con los rendimientos de las tierras, teniendo que vivir separados de ellos, por lo que deciden trasladarse a la ciudad, en donde, con unos ahorros y varios préstamos, abren una tienda que lleva el padre, en tanto la madre se ocupa de la casa y de los hijos. Tras varios años en los que el agobio de las deudas han enturbiado las relaciones conyugales, concordes con los hijos, deciden separarse; al llegar el momento de la partición el marido, bien aconsejado, reclama, al amparo del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, la atribución preferente de la tienda, que alcanza el 50 por 100 del consorcio, por lo que la esposa no tiene más opción que quedarse con el lote integrado por las tierras que adquirieron al inicio de su sociedad conyugal, teniéndolas que explotar ahora por medio de aparceros o personal asalariado, sin contar con los conocimientos necesarios para llevar a cabo una buena gestión, lejos de su residencia habitual y con unos herederos que se han orientado hacia profesiones o medio de vida no agrícolas.

La línea argumental del ejemplo puede parecer, lo es sin duda, melodramática, como no deja de serlo la realidad subyacente en casi todos los casos de separación y divorcio, pero no por ello deja de ser un exponente de lo que puede acontecer sin excesiva dificultad con el sistema acogido de atribución preferente, y una patente demostración, al menos a mí así me lo parece, de que el «hasta donde su haber alcance» del artículo 1.406 del Código Civil no tiene por qué aportar un verdadero equilibrio en la partición, o, lo que es lo mismo, el empleo como límite del derecho de atribución preferente, en toda circunstancia, la intangibi-

(66) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 476.

lidad *in natura* de la igualdad cuantitativa de la partición, no puede servir para alcanzar los mismos efectos en orden a obtener una partición real y formalmente equitativa como la que en principio se obtendría ordenando para estos casos no tan excepcionales que fuera el Juez quien declarase o denegase la posibilidad y alcance de estas atribuciones, declarándolas la norma como meramente facultativas, en todo caso, como ocurre en Francia y Bélgica (67); con lo que se podría, a su vez, sin merma de la equidad, abandonar la actual rigidez que caracteriza al modo elegido de mantenimiento de la igualdad cuantitativa. De esta igualdad no puede decirse con propiedad más que las mitades no homogéneas sólo pueden llegar a serlo cuando la equiparación se alcanza en valor, por lo que intentar construir sobre ella algo que vaya más allá de su contenido significativo sólo puede ser una forma de argumentación negativa. La posición que venimos analizando supone que, concedido un derecho, tal vez si se quiere de contenido extraordinario, para la obtención de unos fines «sociales» concretos, pero del que pueden derivarse también resultados adversos o contrarios a los previstos y queridos por el legislador, se decide modalizar su ejercicio con multitud de dificultades técnicas, pero que en última instancia sólo aleatoriamente pueden servir para alcanzar el propósito inicial querido.

Parece claro que, excepción hecha de los casos en que la disolución del consorcio se debe a la muerte de uno de los cónyuges, en todos los demás supuestos la atribución preferente situada al margen del adecuado sistema de tutela judicial difícilmente llegará a alcanzar su propia y justificativa finalidad: proporcionar estabilidad y continuidad al atributario sin detrimento material del otro u otros particionarios y sin contrariar el interés de la familia, como pone de manifiesto con claridad y acierto el artículo 1.447, 2, del Código Civil belga para todos los casos en que el atributario no sea el cónyuge supérstite: «El Tribunal la declara —la atribución preferente— en presencia de los intereses sociales y familiares en juego y de los derechos de recompensa o de crédito en provecho del otro cónyuge.» Es evidente que sin tutela judicial todos esos extremos no se tendrán siempre en cuenta y, sin atender a estos condicionantes de orden moral, la atribución preferente se constituye en un verdadero privilegio en interés de uno sólo de los cónyuges y en una eficaz arma de chantaje puesta en manos del marido normalmente, dada la despreocupación existente en favor de los varones en el ámbito profesional y empresarial.

Creo que al no conocer los legisladores con el necesario detalle, al tiempo de la elaboración de la reforma de la filiación, patria potestad y

(67) Art. 1.476, 2, del Código Civil francés, y art. 1.447 del Código Civil belga.

régimen económico del matrimonio, de 15 de mayo de 1981, la inmediatamente futura regulación de la separación y el divorcio, hubieran debido restringir el ámbito de las atribuciones preferentes, planteándolas de forma similar a como lo hace el artículo 58, 2, de la Compilación aragonesa, es decir, reconociendo tan sólo el derecho de atribución en favor del cónyuge supérstite, si no se quería someter el ejercicio de este derecho a la tutela arbitral de los Jueces. No creo que pueda alegarse razonablemente que la Compilación aragonesa se redactó así, en este punto, porque el ordenamiento no admitía el divorcio, pues no puede negarse la existencia y la relativa facilidad con que se alcanzaba la separación judicial, que a estos efectos puramente patrimoniales responde con iguales efectos que los atribuidos al divorcio, y, dado el realismo jurídico tradicional en Aragón, ya se conocía muy bien una subespecialidad de los contratos matrimoniales denominada popularmente «capitulaciones de divorcio». Insisto de nuevo en que atribuir preferentemente, sin prever la posibilidad general de las debidas compensaciones en dinero, es legislar para una minoría, pues la mayor parte de las economías familiares se ven obligadas, en contra del sentido común acogido en el refranero, a guardar todos o casi todos los huevos en la misma cesta, con lo que del artículo 1.406 del Código Civil puede muy bien decirse que aunque contiene la respuesta a una necesidad hondamente sentida, para las clases medias españolas, no llega, por lo general, a proveerlas de los medios adecuados para satisfacerlas.

D. El artículo 1.407 del Código Civil y su problemática

El nuevo artículo 1.407 del Código Civil dispone: «En los casos de los números 3.º y 4.º del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero.» La configuración literaria del artículo 1.407, por su referencia a los casos contemplados en los números 3.º y 4.º del artículo anterior, así como la propia ordenación sistemática, inducen a pensar que nos encontramos ante un precepto que confiere un trato de excepción en favor del cónyuge atributario y frente a la regla general, o, como dice Díez-PiCAZO, «este artículo contiene una norma particional de carácter muy especial» (68).

(68) Díez-PiCAZO: *Comentarios...*, cit., pág. 1803.

a) ¿NORMA EXCEPCIONAL O RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN RESTRINGIDO A DETERMINADOS SUPUESTOS?

Si para el estudio de las atribuciones preferentes partimos, como parece obligado por la novedad que suponen, de los ordenamientos europeos que las venían acogiendo, pero especialmente con referencia en las regulaciones francesa y belga —únicos referibles a los regímenes económicos comunitarios—, no es fácil ver y sostener el carácter excepcional del régimen contenido en el artículo 1.407, porque en todas ellas, sin excepción, se considera como resultado ordinario del ejercicio del derecho de atribución preferente el que dé lugar a un desequilibrio en los haberes de los partícipes, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo, viniendo el atributario obligado a corregir este último desequilibrio mediante el desembolso en metálico y correlativo abono al otro u otros partícipes del saldo de diferencia entre el valor del bien atribuido y la cuota teórica que le correspondía; la excepción estaría, para los ordenamientos francés y belga, en que, siendo estas atribuciones de derecho, la diferencia deba ser abonada de inmediato en el momento de la materialización de la partición, sin poder contar con un prudencial aplazamiento para hacerla efectiva. Por lo que cabría preguntarse si no debería tomarse, en materia de abonos por la diferencia, al artículo 1.407 como regla general de las atribuciones preferentes y al 1.406 como excepción, y de ahí la cautela limitativa del «hasta donde el haber alcance», impidiendo el abono de las mencionadas y no menos naturales diferencias.

Tampoco, desde el punto de vista que da la referencia francesa (que queramos o no está en la base misma de la institución de las atribuciones preferentes), puede considerarse excepcional la existencia de una opción en manos del atributario en propiedad o bajo un derecho real limitado, pues partiendo del artículo 761 del Código Civil francés, que dispone: «El cónyuge puede ejercer este derecho —el de atribución sobre los bienes previstos en el art. 832— cuando el llamado a la sucesión por aplicación, bien del artículo 759, bien del artículo 767, y puede, en todo caso, ejercerlo solicitando una atribución preferente sobre estos mismos bienes si bien solamente en usufructo», la doctrina dejó al respecto bien sentado que el cónyuge que es llamado a título de usufructuario tan sólo puede ejercer la atribución preferente como tal usufructuario, pero ha manifestado también la conveniencia de admitir, cuando la vocación se produce a título de propietario, que el atributario puede pedir los bienes de que se trate, bien en usufructo, bien en propie-

dad (69), y aunque la jurisprudencia ha sido remisa a aceptar tal interpretación, siendo por ello objeto de duras críticas de R. SAVATIER (70), ha aceptado finalmente tal tesis en Sentencias de 21 de enero de 1979, 12 de enero de 1971, 7 de julio de 1971 y 26 de octubre de 1971, entre otras muchas (71). Aquí la excepcionalidad de nuestro artículo 1.407 vendría marcada por el tipo de derecho real limitado elegido, el derecho de uso o habitación, en vez de referirse al más amplio del usufructo.

Desde estas perspectivas que nos ofrece el Derecho comparado parecería lógico que nuestro sistema de atribuciones preferentes se hubiera estructurado sobre el modelo de *atribuciones de derecho* que aporta el Derecho belga, conforme al contexto que ofrece el artículo 1.446 de su Código Civil, teniendo, el nuestro como éste, por sujeto atributario, al cónyuge supérstite; por objeto, la vivienda familiar y el inmueble dedicado al ejercicio de la profesión u oficio; y por contenido, la facultad de incluir en su haber tales bienes, bien sea en propiedad, bien constituyendo sobre ellos un derecho de uso o habitación, pudiendo compensar a la otra parte, si se produjese un desequilibrio cuantitativo, en dinero. Y se hubiera reconocido adicionalmente un derecho de atribución preferente más amplio subjetiva y objetivamente, pero, como tal ampliación de la esfera de configuración de la partición por un particionario, constreñido al límite infranqueable del haber estricto que correspondiere a quien fuera atributario.

Esta puede haber sido aproximadamente la regulación de las atribuciones preferentes en el Código Civil; es más, en mi personal opinión, es la normativa que más se adecúa a la concepción rigurosamente igualitaria y matrimonialista que inspira la nueva sociedad de gananciales. Además, contaría con lo que entiendo es una ventaja, de enlazar directamente con el artículo 58, 2.º, de la Compilación aragonesa, primer sistema de Derecho civil español que incorporó las atribuciones preferentes y con la posibilidad de enlazar con la jurisprudencia y la doctrina francesas y belgas de indudable interés y valor en la materia. Pero no es así en el sistema adoptado en el Código Civil, en el que el marco general e institucional se establece desde su planteamiento con el carácter de verdadera excepción legal a una partición que sigue fiel, más bien anclada, a los criterios fijados en el Código Napoleón y a la que se hace una excepción adicional con el artículo 1.407 del Código Civil para facilitar la posición atributaria del cónyuge en muy precisas y, al parecer, excepcionales circunstancias.

(69) AUBRY Y RAU, por P. ESMEIN, *op. cit.*, t. 10, parágrafo 624 bis.

(70) R. SAVATIER: «Comentarios a la jurisprudencia», en *RTDC*, 1949, 435; 1954, 131.

(71) R. SAVATIER, en *RTDC*, 1972, 622.

Para invertir la dirección dominante en el Derecho europeo en esta materia suponemos que habrán existido razones de peso que no han sido desveladas en ninguna de las instancias del complejo *iter* legislativo, pero me atrevo a poner en duda que éstas, de existir, hayan sido tan poderosas y trascendentes como para dar lugar al giro copernicano que se ha operado, haciendo de la excepción, regla, y de la regla ordinaria, excepción; es más, no descarto que todo ello se deba a un error, en cuyo caso creo sería prudente rectificar cuanto antes.

Pero con todo es preciso analizar y estudiar el contenido del artículo 1.407 del Código Civil y de lo que supone como excepción al régimen ordinario del 1.406, del que nos hemos venido ocupando.

b) LA ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL

La regla general en materia de atribuciones contenida en el artículo 1.406 se caracteriza, sumariamente y conforme a cuanto hemos venido exponiendo, por admitir la atribuibilidad sobre una amplia gama de objetos, pues parece evidente que, a pesar del carácter extraordinario y privilegiado que la doctrina atribuye a las atribuciones preferentes, los objetos a que se refieren los números 1.º, 2.º y 3.º del 1.406 deben entenderse de forma meramente demostrativa, de igual manera a como la doctrina ha venido entendiendo el contenido material del artículo 1.056, 8.º, del Código Civil (72), constituido por objetos que pueden ser solicitados por el atributario para ser introducidos en su lote patrimonial por su verdadero valor, pero fijando un límite institucional que se sitúa en los confines mismos del consorcio de cuya división se trata, ya que no se puede contar para efectuar la división con más bienes que los que forman la masa ganancial convertida por efecto de la liquidación en verdadera ganancia, y consecuentemente el atributario no puede incluir en su suerte o lote más bienes que aquellos que le permita su haber expresados en términos monetarios de valor, para convertirse tales bienes en propiedad exclusiva del atributario.

La regla particular del 1.407, por el contrario, pone el acento en posibilitar la continuidad del uso y disfrute por el atributario de la vivienda familiar y del local en que venga ejerciendo su profesión. Para ello, de una parte, introduce una facultad de opción, a fin de que esa continuidad se lleve a efecto en plena propiedad o a través de un derecho real de uso o habitación, lo que ensancha considerablemente para

(72) ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», en *RCDI*, 1947, págs. 585 y sigs.; PUIG BRUTAU: «El testamento del empresario», en *RDP*, 1960, págs. 845 y sigs.

el atributario las posibilidades de ejercicio de su derecho; de otra, suprime para estos concretos objetos atribuibles con las limitaciones que hemos apuntado en los epígrafes anteriores el límite objetivo institucional del «hasta donde su haber alcance», con lo que la amplitud de la atribución no depende ya directamente del haber del atributario, sino más bien de la composición patrimonial del consorcio dividiendo y de las disponibilidades líquidas del atributario al tiempo de materializar la partición. Pero todo ello se introduce en el ámbito de la atribución preferente por vía de excepción, por lo que todos los elementos diferenciales del artículo 1.407 del Código Civil deben interpretarse estrictamente y sin posibilidad de ampliación.

Su excepcionalidad precisamente nos obliga a resaltar la interdependencia de las facultades ampliadas (no podemos decir extraordinarias, pues verdaderamente no lo son en el marco europeo de la institución) que ofrece al atributario el artículo 1.407, así como la propia caracterización del sujeto titular del derecho de atribución y de los objetos atribuibles.

La finalidad del artículo 1.407 tiene un matiz mucho más personalista si cabe que el que caracteriza a la institución en su conjunto, pues si en ésta es claro a través de su origen y evolución a lo largo del presente siglo en Francia que lo que se intenta conseguir es el mantenimiento del patrimonio familiar con los menores fraccionamientos posibles, de forma tal que sirva a la estabilidad de la familia rural, artesana o de los pequeños industriales, evitando, en cierto modo, la proletarianización de sus componentes, en la primera el interés que defiende el legislador con facultades de excepción es el mantenimiento de los bienes atribuibles específicos de la misma bajo la posesión del cónyuge atributario, y para ello no duda en desigualar las posiciones en que pueden actuar el cónyuge y los herederos que con él concurran en la partición.

c) EL SUJETO ATRIBUTARIO

La configuración de los derechos que se reconocen en el artículo 1.407 y la propia finalidad a que creo atiende la ampliación de facultades del atributario obligan a entender que tan sólo puede ejercitarlas, como ya pusimos de manifiesto al tratar de los sujetos, el cónyuge, conforme a la letra del precepto. O sea que sólo el cónyuge supérstite, cuando la atribución recae sobre la vivienda habitual, y el cónyuge profesional, cuando del local destinado a tal fin se trate, pueden ejercer la atribución en su modalidad de uso o habitación y puede, en su caso, sobrepasar su haber procediendo a compensar la diferencia en dinero.

La estructura propia del precepto y su clara inspiración en el artículo 1.446 del Código Civil belga parece propiciaban una designación del sujeto atributivo más restringida, pues, dadas las características que se configuran, nuestra atribución preferente ordinaria, la desigualación en la posición del atributivo es más propia de una partición entre cónyuge supérstite y los herederos del otro, que entre cónyuges o ex cónyuges. No es fácil encontrar, como veremos más adelante al tratar de forma genérica la posibilidad de atribución de una explotación que sobrepase el haber del atributivo, una justificación lógica para el tratamiento diferente en cabeza de un cónyuge para el supuesto del artículo 1.406, 3.º, con respecto del número 2.º del mismo artículo (73), diferencia que quedaría suavizada y, desde mi punto de vista, justificada si tan sólo se reconociesen tales facultades al cónyuge sobreviviente tal y como se prevé en el sistema belga de atribuciones preferentes. Porque es natural que cónyuge y herederos sólo tengan que ser necesariamente iguales en el *quantum* respecto de una masa de origen ganancial, a la que de ordinario el primero ha ganado y gestionado con el otro cónyuge y de la cual era titular, en tanto que los otros, en principio, no han tenido un papel en su gestación, pues su titularidad es derivativa como herederos que son.

No parece en absoluto lógico, en términos generales, que por efecto del artículo 1.407 el cónyuge atributivo, en cuanto profesional, pueda ser titular de un derecho real limitado de uso constituido sobre un inmueble destinado a local profesional del que sea nudo propietario el otro cónyuge; pero lo es mucho menos que tal supuesto llegue a producirse en los casos de separación o divorcio. Un sistema que acoge un precepto como el artículo 1.405 del Código Civil, por el que se procura, arbitrando medios extraordinarios, que se extingan las relaciones crediticias personales entre cónyuges, aprovechando la partición del consorcio, con la exclusiva finalidad de evitar que estas relaciones se prolonguen *a posteriori*, no es, a mi modo de ver, muy coherente al propiciar el establecimiento de relaciones jurídicas que puedan prolongarse de por vida a través de la constitución de un derecho real limitado de goce de marcado carácter personalista.

Todo ello conduce a que entendamos que el aspecto subjetivo del

(73) A CANO TELLO le ha parecido tan indiferenciable el régimen aplicable a los números 2.º y 3.º del artículo 1.406 que ha llegado a afirmar, según creo, erróneamente: «Si entre los bienes gananciales existe una explotación agrícola, comercial o industrial que uno de los cónyuges hubiera llevado con su trabajo o el local donde hubiere venido ejerciendo su profesión, podrá, según el artículo 1.407, pedir que se le atribuya, bien en propiedad, bien en régimen de uso o habitación, sin perjuicio del abono, en su caso, de las diferencias en dinero». *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, pág. 88.

artículo 1.407 del Código Civil es sólo parcialmente adecuado y que debió, o bien reservarse exclusivamente para cuando el atributario es el cónyuge sobreviviente, porque concurre a la partición con los herederos del cónyuge premuerto, o bien debió haber recibido igual tratamiento la explotación agrícola, comercial o industrial. Ahora bien, dadas las coordenadas en que se desenvuelve nuestro sistema de atribución preferente, la admisión del primer supuesto señalado únicamente, con categorización de atribución de derecho, aportaría coherencia al conjunto institucional y lograría un tratamiento equitativo para todos los supuestos previstos, lo que en su actual configuración no se logra en absoluto.

d) INTERRELACIÓN ENTRE LA OPCIÓN DEL ATRIBUTARIO
Y EL ABONO DEL SALDO DE DIFERENCIA

Es la estructura finalista del artículo 1.407 del Código Civil la que da verdadera unidad de tratamiento al conjunto de mecanismos atributarios que se contemplan en este precepto: opción, liquidación del haber y abono de la diferencia en metálico.

Esta potenciación de las facultades del atributario le permiten prácticamente calibrar y colmar sus más importantes necesidades, cualesquiera que sean sus personales circunstancias, pudiendo ejercer la atribución teniendo en cuenta su situación económica personal, su posición en el consorcio, su esperanza de vida y sus proyectos personales y profesionales de futuro. Todo ello hasta un punto tal que resulta sorprendente, pues de la comparación de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no cabe sino llegar a la conclusión de que los planteamientos de ambos artículos se sitúan, respectivamente, en las antípodas de los sistemas posibles de atribución preferente. En tanto que el sistema ordinario —el del art. 1.406 CC— es un casi no ser, por lo mínimo de las posibilidades que ofrece, por lo que no he dudado en calificarlo de estrecho, poco social y, en definitiva, muy poco práctico por las dificultades que encontrará en la práctica, privado en principio de la posibilidad de abonar saldo alguno de diferencia, constreñido a la medida del haber del atributario, por su parte el sistema excepcional del artículo 1.407 del Código Civil es pródigo en posibilidades unilaterales otorgadas sin medida de la realidad al cónyuge atributario. Hay que tener presente que el derecho de opción que se acoge puede llegar a ser innecesariamente gravoso para el otro cónyuge, en los supuestos de separación y divorcio y en los de disolución judicial del artículo 1.393 del Código Civil, y parece evidente que la transferencia de un sistema pensado para el supuesto singular de ser exclusivamente atributario el cónyuge sobreviviente a otro en el que la atribución del local profesional puede ejercerse cual-

quiera que sea la causa de la conclusión de la sociedad conyugal, tiene que resultar, en principio, forzosamente desacertado, por ser fuente de resultados contrarios a la equidad y a la igualdad entre los cónyuges. No puede existir la menor duda de que la posición en que sitúa el artículo 1.407 al cónyuge profesional respecto de la contemplada en el apartado 2.º del artículo 1.406 es de absoluto privilegio, hasta tal punto que hace pensar en que los dos artículos corresponden a propuestas o proyectos distintos alternativos que se aprueban conjuntamente por error, pues es difícilmente imaginable que un régimen matrimonial en el que la igualdad es siempre el paradigma pueda llegar a discriminar después por razones profesionales.

La concepción misma del precepto invita a forzar una interpretación de sentido restrictivo, mucho más cuando no prevé una actuación judicial que en los casos potencialmente conflictivos valore los contrapuestos intereses en presencia, tanto sociales como familiares, como viene exigiendo en parecidísimas circunstancias el artículo 1.447 del Código Civil belga, al que nos venimos refiriendo reiteradamente. Restricción que entiendo pasa por una valoración de la interrelación opción-abono de la diferencia en metálico, a la vista de las circunstancias en que se produce la disolución del consorcio conyugal.

Ya argumentamos más atrás cómo entendíamos que el abono del saldo de diferencia no debería, mejor, no podría servir para forzar abiertamente el límite objetivo común a toda la regulación, cual es el del haber del atributario, y, en su consecuencia, no podría emplearse para alzarse el atributario con todos o la mayor parte de los bienes del consorcio, abonando la diferencia en metálico. De igual manera entiendo que no puede acumularse la atribución de la vivienda y del local profesional cuando la suma del valor de ambos bienes excede notablemente del haber del atributario, o pretender combinar las facultades del 1.407 con el ejercicio de atribuciones de los apartados 1.º y 2.º del 1.406, con idéntico resultado de sobrepasar desmesuradamente el haber, o pretender la atribución de un bien en propiedad y otro por la vía de constitución de un derecho de uso o habitación, acumulando así varias atribuciones que de otro modo no serían posibles, porque entiendo que la ampliación de facultades que se opera en el artículo 1.407 del Código Civil tiene un sentido finalístico que no puede desviarse para alcanzar un nivel de privilegio en favor de uno de los cónyuges —el profesional—, en detrimento del que no lo es, o del supérstite, sobre los herederos del otro. La opción y el abono del saldo de diferencia se conceden de consuno para facilitar la atribución de uno de los bienes, la vivienda o el local profesional, pero no para, sirviéndose de ellos, acumular atribuciones

frente al otro cónyuge, como mínimo, e incluso frente a los herederos, pudiendo constituir tales maniobras un caso patente de abuso de derecho.

Es claro que de la letra del precepto puede deducirse la posición contraria a la que sostengo, y podría afirmarse con Díez-PICAZO que «el hecho de que el valor de los bienes o el valor del derecho real constituido supere la cifra en que se ha fijado el haber del cónyuge adjudicatario no impide por sí solo el derecho de éste, con tal que se abone la diferencia en metálico» (74). Ahora bien, esta interpretación, sin duda contraria al sistema general de atribuciones, para el que no constituiría una verdadera excepción, sino un régimen enteramente distinto, lo que podría justificarse si se tratase del cónyuge supérstite sólo y, por lo tanto, frente a los herederos, pero no desde luego de un derecho del cónyuge preferencial frente al otro que no lo es, o lo que es peor, siéndolo, ejerce en un local arrendado al efecto o en otra situación. Es igualmente contrario radicalmente al principio de igualdad entre los cónyuges que inspira la totalidad del nuevo régimen de sociedad de gananciales, que llevado a su extremo da lugar a un precepto tan duro como el artículo 1.403 del Código Civil.

Por todo ello parece que la relación opción-saldo debe entenderse circunscrita a uno de los bienes o al derecho de uso o habitación sobre uno de ellos, y eso cumulativamente. Si para ello debe traspasarse el límite objetivo del sistema, el saldo negativo para el atributario puede producirse cuando con tan sólo la inclusión de uno de estos bienes —la vivienda o el local profesional—, bien sea en propiedad, bien sea en uso, se sobrepasa ya el haber asignado, y para este caso y no para otro entiendo se concede la excepción propiamente dicha, que es la de abonar la diferencia en metálico.

e) LA OPCIÓN

El artículo 1.407, sin más condicionamientos que el de la limitación de objetos —la vivienda y el local profesional—, dispone que «podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación». Esta elección incondicionada que hemos venido criticando da a la partición una adicional naturaleza constitutiva a su ordinario carácter determinativo y cuya mecánica formal debe estudiarse.

(74) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1803.

a') Presupuestos de la opción

La posibilidad de pedir la atribución de la posesión de la vivienda o del local profesional por constitución de un derecho real limitado de goce presupone que el atributario tiene la facultad atípica de configurar la partición situando un bien en el lote del otro u otros copartícipes en nuda propiedad, reservándose para él el uso del mismo, posición que ya hemos combatido para supuestos menos intrincados al estudiar la formación de los lotes en presencia del derecho de atribución preferente. El atributario no puede, cualesquiera que sean las circunstancias del consorcio, imponer al otro cónyuge qué bienes y a qué título deben integrar su lote, porque una cosa es pedir con preferencia, es decir, elegir para sí, y otra muy diferente configurar la composición del lote del otro, aunque ello sea muchas veces, las más absolutamente inevitable, pero no como efecto directo de la atribución, sino, en todo caso, como consecuencia indirecta.

Por ello, la opción que el artículo 1.407 presenta como contenido ordinario del derecho de atribución del cónyuge supérstite por la vivienda o del cónyuge profesional sobre el local en que se presta el ejercicio entiendo que es una pura apariencia; creo que la opción a que se constituya en favor del atributario un derecho real de uso o habitación tan sólo procede cuando uno de estos bienes sobrepasa por sí solo el haber que le corresponde al solicitante; si el valor de este bien no sobrepasa el referido haber creo que el otro cónyuge o sus herederos pueden oponerse eficazmente a la constitución de tal derecho real limitado, pues, como ya he puesto de manifiesto, el empleo de las facultades extraordinarias del artículo 1.407, encaminado a la acumulación de atribuciones, constituye un abuso de derecho por desviación arbitraria de la finalidad de la norma, pues la excepción al límite genérico institucional de no sobrepasar el haber reconocido para cada una de las partes consistente en admitir el abono de la diferencia no es más que una forma de reconocer su función limitativa y, a la vez, equilibradora, que también debe estar presente en la interpretación del artículo 1.407 del Código Civil.

Existe, pues, una clara interrelación interna entre la opción y la facultad de abonar la diferencia en metálico que hace contemplar aisladamente la atribución de la vivienda y la del local profesional, y, desde luego, impide combinar facultades para acumular atribuciones, tentación que brinda la construcción asistemática de los artículos 1.406 y 1.407, que pecan por defecto y por exceso, impidiendo ejercicios ordinarios de atribución en los consorcios deficitarios o con problemas de liquidez o facilitando, al menos, aparentemente atribuciones expoliatorias, respectivamente. Con la fórmula empleada por el legislador en el artículo 1.407

del Código Civil sucede que ha venido a potenciar en un supuesto singular y aislado —el del cónyuge profesional— aquellos efectos que quería evitar, cual es el de sobrepasar el haber reconocido, no como puro hecho que da lugar a una compensación en metálico, situación común en todas las legislaciones que han enfocado la regulación de las atribuciones preferentes de forma realista, sino al situar este dato fáctico como límite externo hasta el que puede llegar la desigualdad cualitativa que se pretende corregir automáticamente, pues es evidente que, llevado más allá de unos límites razonables, aquí entiendo sirve plenamente la orientación de GARCÍA-CANTERO (75), parece contrario a la equidad que debe presidir la partición.

b') *Mecánica de la opción*

Entendida la opción como ampliación de las facultades del cónyuge atributario para facilitar la adjudicación de la vivienda familiar o el local profesional, no requiere de especialidad alguna si esta adjudicación es en propiedad, pues el problema queda trasladado al espinoso y clásico asunto de la valoración; pero sí si en la elección recae bajo la forma de derecho de uso o habitación. La atribución en este caso, además de suponer una liquidación de la propia partición, requiere de una valoración especial y de la constitución de tal derecho en la escritura particional.

En cuanto a la valoración del derecho real limitado, apunta DíEZ-PICAZO como posibilidad, el empleo de la técnica seguida por Hacienda para la liquidación del impuesto correspondiente (76), pero creo que este sistema de valoración atiende exclusivamente a dos elementos: la edad del atributario (y por tramos de diez en diez años) y el valor de la cosa en venta, lo que resulta excesivamente genérico para los particulares, para lo que a mi entender sería preferible aplicar las técnicas propias del seguro de vida para la duración y el precio de los alquileres de la zona para el cálculo del valor y no el del valor en venta de cosa sobre la que recae el derecho real limitado; de todas formas en esta materia las bases a emplear serán siempre muy variables y muy discutibles.

El derecho real se constituirá teniendo por título la propia partición, y es un caso claro de interversión del título posesorio. El cónyuge que era poseedor de la vivienda o del local profesional a título de dueño, pues el objeto atribuido era ganancial, continúa en la posesión del mismo

(75) GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 476.

(76) DíEZ-PICAZO: *Comentarios...*, V, II, pág. 1803.

por efecto de la partición, pero ahora como titular de un derecho real limitado de goce, pasando la nuda propiedad a corresponder al otro cónyuge o a los herederos del cónyuge premuerto, pero ambos títulos nacen coetáneamente por efecto de la partición y no es creado el derecho real limitado por los nuevos propietarios del inmueble. Es decir, el acuerdo particional o la correspondiente declaración judicial aprobatoria de la partición es la que divide las titularidades sobre la cosa, declarando una nuda propiedad y un derecho real de uso o habitación para cada uno de los particionarios, respectivamente, por lo que en este caso la partición adquiere una especial y atípica naturaleza constitutiva.

c') *¿Puede efectuarse la atribución a otro título?*

GARCÍA CANTERO (77) se pregunta, sin respuesta, si no podrá solicitarse la constitución de un derecho de usufructo o de arrendamiento. La respuesta entiendo debe ser negativa por dos diferentes razones: Primera, porque la propia opción ya es en sí misma una excepción a la excepción; es decir, es la manifestación de una modalidad de atribución verdaderamente privilegiada para el cónyuge atributario y singularmente en el caso del profesional que solicita la atribución del local en el que viene ejerciendo, por lo que el precepto debe interpretarse en este punto restrictivamente y la posesión a que puede tener derecho sólo podrá ser bien en propiedad, bien como titular de un derecho de uso o habitación constituido al efecto. Qué duda cabe que el atributario puede pedir la atribución por cualquier título inferior en plenitud de facultades al de propiedad, pero ella será con vistas a un acuerdo particional *inter partes* que tendrá que alcanzar su plena validez por aplicación directa, por remisión del 1.410 al artículo 1.058, conforme al cual, adaptado al caso «si los particionarios fueren mayores de edad y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir los bienes que integran la masa consorcial neta de la manera que tengan por conveniente»; pero ante el desacuerdo de los coparticionarios, el cónyuge no atributario o sus herederos no tienen por qué consentir la creación de otro derecho diferente al de uso o habitación.

Segunda, porque el régimen jurídico del derecho de uso y de habitación (arts. 523 a 529 del Código Civil) es el que le cuadra a esta modalidad singular de atribución. Bien es verdad que el artículo 524 define el uso como derecho a percibir frutos de la cosa, y el bien atribuible en uso —el local profesional— no es de especie fructífera natural; los frutos que podría producir son civiles vía arrendamiento u otro derecho que

(77) GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*

le está especialmente vedado al usuario (art. 525), pero nada impide la constitución del derecho de uso sobre un bien que sólo sea susceptible de ser ocupado. Lo que interesa para la atribución es limitar al máximo los poderes y facultades del atributario sobre la cosa atribuida de este modo, y ello se logra del mejor modo posible de esta forma.

La elección de la figura por el legislador, y en este aspecto hay que subrayar su sensibilidad jurídica, está fundada esencialmente en ser derechos específicamente destinados a cubrir las necesidades más perentorias del titular del derecho y de su familia y limitados a estas estrictas necesidades (arts. 524 y 525), con obligación de conservar, reparar o abonar gastos y contribuciones (art. 527), así como con un régimen de extinción a la muerte del atributario y por abuso grave sobre la cosa (artículos 513 y 529). Además, al inicio del disfrute del derecho, el titular tiene la obligación de otorgar inventario y de prestar la correspondiente fianza (art. 525). Todos estos elementos esenciales del derecho de uso y de la habitación resultan sumamente apropiados y cubren suficientemente las necesidades que quieren preservarse en la atribución del artículo 1.407 del Código Civil; cualquier otra ampliación quedaría fuera de lugar hasta resultar exorbitante.

Este sistema aplicado exclusivamente a la vivienda familiar haría del artículo 1.407 un régimen modélico de atribución preferente; su extensión al local profesional me parece desafortunada, pues este tipo de interés está igualmente presente en la atribución de la explotación agrícola, industrial o mercantil y no recibe tal protección, a pesar de contar con antecedentes patrios tales como el artículo 56, 2.º, de la Compilación aragonesa y el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil en sede de sucesiones, en los que el abono en metálico de la diferencia es admitido y normal.

f) EL ABONO DE LA DIFERENCIA EN METÁLICO

Esta posibilidad, característica básica de los derechos de atribución preferente de todas las legislaciones que los acogen, tiene carácter de excepción en el sistema del Código Civil, lo que no sólo resulta excesivamente reductor de las posibilidades de ejercicio ordinario del derecho, sino que dificulta su tratamiento en los concretos supuestos en que es admitido por la norma.

El régimen normal de las atribuciones preferentes en Francia y Bélgica no sólo alcanza al abono de la *soulte*, sino que permite que por el Juez se fijen, en defecto de acuerdo *inter partes*, plazos para su abono y fijación de la cuantía de los intereses que deban abonarse —situación que en el Código Civil se admite con menos justificación para el abono

del crédito de participación (art. 1.431)—, es decir, con la atribución preferente de derecho suele nacer un derecho de crédito con interés y aplazado en fracciones del que es titular el cónyuge no atributario o sus herederos, y la excepción consiste en que el Juez, valorando las circunstancias e intereses presentes en el caso, deniegue tal posibilidad obligando al atributario a abonar el saldo de diferencia en el momento mismo de materializarse la partición. Igualmente en las atribuciones facultativas sobre el abono de diferencia en metálico, si bien, como dispone el artículo 832, 9.º, del Código Civil francés: «Salvo acuerdo amigable entre los coparticionarios, el saldo eventualmente debido debe pagarse al contado». Para evitar la pervivencia abusiva de estas situaciones crediticias después que el atributario se desprenda del bien atribuido dispone el artículo 832, 1, 3.º, del mencionado Código, que «en los casos de venta de la totalidad del bien atribuido, la fracción del saldo que queda debida deviene inmediatamente exigible; en los casos de ventas parciales, el producto de éstas será vertido hacia los coparticionarios e imputado sobre la fracción de saldo aún debida», lo que nos proporciona la visión del carácter ordinario, que tiene la posibilidad de ejercer la atribución sobre bienes que excedan del haber del atributario.

El tratamiento español de este importante aspecto, amén de no admitir en los supuestos ordinarios de atribución el abono de la diferencia en metálico, impone —en ello se encuentra concorde la mejor doctrina: LACRUZ, Díez-PICAZO, DE LOS MOZOS, ALBALADEJO, GARCÍA CANTERO— que en los supuestos del artículo 1.407 en que esta compensación tenga lugar, el atributario deberá hacer efectiva en metálico la diferencia en el momento mismo de ejecutarse la partición.

Es evidente que el legislador ha querido evitar las situaciones de crédito personal, no admitiéndolas sencilla y llanamente, o en los casos excepcionales en que las admite, convirtiéndolas en una compensación entre lotes, de forma tal que el atributario *in natura* en exceso respecto de su cuota reconocida vierte en el consorcio la diferencia, agrandando la masa partible para que en el momento de la división material ambos lotes sean iguales en valor efectivo y no llegue a nacer siquiera una relación de crédito-deuda entre los coparticionarios.

Creo, al respecto, que el legislador ha adoptado una visión irreal y simplista de las atribuciones preferentes y de los problemas que se derivan de la partición del consorcio, pues en esta materia era preferible facultar al no atributario que deviniese acreedor para exigir la constitución de una garantía real suficiente sobre el bien atribuido respondiendo del crédito y fijando tipos de interés corrientes en el mercado en relación con el aplazamiento que se otorgue —con el límite de los tres años del

artículo 1.431 del Código Civil—, pues sin este mecanismo realista lo que se logra es hacer de la atribución una mera posibilidad y no una vía eficaz de protección de intereses que el legislador estima son dignos de tutela por el ordenamiento jurídico; es más, en Francia se amplía cada vez más esta posibilidad, porque entienden que partir por mitad aritméticamente equivale las más de las veces a vender en malas condiciones o a liquidar patrimonios fruto de los esfuerzos de quien la norma reconoce como atributario.

g) LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 1.407 DEL CÓDIGO CIVIL
Y LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE USUFRUCTO VIDUAL
CAPITULAR O TESTAMENTARIO

Dada la creciente práctica entre los matrimonios de Derecho común de concederse los cónyuges recíprocamente por capítulos, o más frecuentemente por testamento, un derecho de usufructo vidual sobre los bienes del premuerto en su totalidad o sobre los que corresponderían a su cuota de gananciales, y dada asimismo la naturaleza finalística, prácticamente coincidente con la función del citado usufructo, de las atribuciones preferentes, y en especial las contempladas en el artículo 1.407 del Código Civil, cabe preguntarse si ambas instituciones son compatibles y, por tanto, ejercitables acumulativamente o no.

La cuestión es de carácter secundario y adjetivo al problema nuclear que plantea el artículo 1.407 del Código Civil; la incompatibilidad debería plantearse tan sólo para uno de los términos de la opción del artículo 1.407: el de la constitución de un derecho real de uso o habitación, pues es evidente que la atribución del usufructo vidual en nada entorpece el ejercicio del derecho de atribución para adquirir la propiedad de la vivienda-residencia habitual o del local profesional, ambas posibilidades institucionales conviven en perfecta armonía en la Compilación aragonesa. Tal armonía y su consecuente compatibilidad acumulativa puede predicarse también respecto de un usufructo vidual convencional de ámbito material más amplio y el derecho de uso o habitación sobre los concretos bienes a que se refiere el artículo 1.407. Hay que tener en cuenta al respecto que el derecho de uso o habitación, aunque más limitado en facultades y más personalista que el de usufructo vidual, tiene una duración incondicionada por el tiempo de vida del atributario, en tanto que el usufructo vidual está condicionado al mantenimiento por el favorecido de su estado de viudez, por lo que cabe entender que esta diferencia esencial supone que obedezcan ambas instituciones a distinta finalidad, por lo que el favorecido atributario entiendo podrá hacer uso

pleno de la opción del artículo 1.407 del Código Civil con independencia de aceptar el derecho de usufructo para el resto del patrimonio si existe, pues la finalidad del usufructo viudal se orienta al mantenimiento de las rentas que percibía el consorcio matrimonial en favor del cónyuge superviviente en tanto mantenga el estado de viudez, y la del uso o habitación, el disfrute personal de la vivienda o del local profesional en tanto viva, siendo indiferente para su continuidad que permanezca viudo o contraiga nuevas nupcias. Por ello no cabe sino pronunciarse por la compatibilidad, pues se trata de derechos y finalidades distintos, aunque muy próximos y con un mismo origen.

E. La posibilidad de ejercer la atribución preferente «ordinaria» sobre bien consorcial que sobrepase el haber del atributario

a) EL ARGUMENTO LEGAL NEGATIVO

La estructura normativa de la atribución preferente «ordinaria», tal y como se nos muestra en el inciso primero del artículo 1.406 del Código Civil, se corresponde con la de un derecho de alcance limitado, doblemente limitado en este caso, pues, de una parte, su ejercicio sólo puede recaer sobre un elenco muy determinado de bienes: los que en el precepto se enumeran y, en su caso, los que en iguales circunstancias cumplan para el atributario una función análoga a los expresamente señalados; en tanto que, de otra parte, el *quantum* atribuible —ya sea con un solo bien, ya sea por la adición de varios— no puede sobrepasar en valor real el fijado para la cuota que, en cada caso, corresponda al atributario.

Como ya sabemos, este último límite de carácter cuantitativo se erige, en esta particular concepción de nuestro Código, en límite objetivo del derecho de atribución preferente, y a través del mismo se pretende que la igualdad cuantitativa, que debe respetarse a todo trance en la partición, y a pesar de la propia atribución preferente, se alcance *in natura*, es decir, conformando las hijuelas con bienes existentes en el consorcio, con exclusión de otra posible compensación a cargo del patrimonio privativo del atributario.

Esta singular concepción, sin equivalente en los restantes ordenamientos, especialmente rígida, que proporciona el análisis directo del artículo 1.406, se refuerza, si cabe, con la que proporciona, por la vía del argumento *a contrario*, el estudio del artículo 1.407 del Código Civil, que hemos efectuado más atrás. El abono en metálico del saldo de diferencia, que en el mismo se reconoce como facultad del atributario, tiene, como todos los extremos del 1.407, un claro carácter de excepción, por lo que

su interpretación tiene que quedar constreñida a las circunstancias personales y materiales que en él se contemplan, sin que quepa ampliarlas a otros supuestos.

Si a las razones expuestas añadimos que los legisladores han evitado cuidadosamente toda posibilidad de intervención judicial directa en la determinación de la posibilidad de ejercicio de la atribución, es decir, han descartado la introducción en nuestro ordenamiento de la denominada atribución facultativa, que desempeña un papel capital en los sistemas que nos ofrece el Derecho comparado, en orden a la adecuación de fines y medios en el ejercicio de esta modalidad de partición, y que aquí podría poner de manifiesto su virtualidad eminentemente armonizadora de los diferentes intereses contrapuestos, todos ellos dignos de defensa, es menester concluir que no es posible, con el juego que ofrecen los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, ejercer la atribución preferente «ordinaria» cuando el bien atribuible tiene un valor superior al que representa la cuota íntegra del atributario en la masa consorcial dividenda.

b) LA SITUACIÓN PARADÓJICA A QUE CONDUCE ESTA CONCLUSIÓN LEGAL

La radical diferenciación entre el régimen especial de atribución del artículo 1.407 respecto del general del artículo 1.406 resulta comprensible para la vivienda familiar, en cuyo tratamiento confluyen elementos subjetivos y objetivos que justifican sobradamente el régimen excepcional resultante, pero deviene difícil de entender, y mucho más de explicar, cuando la diferenciación tiene un puro carácter objetivo, o mejor, deducido de la naturaleza del objeto atribuible, quedando del lado, podemos decir con propiedad, privilegiado el local profesional, y del otro lado, del ordinario, las explotaciones agrícolas, comerciales o industriales.

Parece evidente que dada la expresión literal de los apartados 1.º —éste en su versión del Proyecto de Ley, ya que la adenda modificativa efectuada en el Congreso de los Diputados carece de sentido práctico, por lo que entiendo debería tenerse como no puesta—, 2.º y 3.º del artículo 1.406 del Código Civil y la clara orientación finalista dada a la atribución preferente en pro de la estabilidad profesional de atributario, especialmente por cuanto se refiere a estos tres primeros apartados, no puede sostenerse razonablemente, me parece, que para el legislador resulte más digno de protección el interés del profesional liberal o del que desempeña un oficio, en el que el local profesional juega un importante papel en la proyección profesional, que el que indudablemente tiene el labrador sobre su tierra, el comerciante sobre el conjunto de su negocio, el industrial sobre su fábrica o taller o el mismo profesional con-

templado en el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil sobre los instrumentos propios del oficio o profesión que desempeña y que deban ser considerados gananciales; es, creo yo, una posición teórica de partida sencillamente insostenible. No puede llegarse, de ningún modo, a tal conclusión, pues quienes introducen en el ámbito del Código Civil la institución de la atribución preferente no podían tener una idea tan parcial sobre cuáles eran los intereses que efectivamente requerían tal tipo de protección y qué circunstancias deberían darse para que tal protección llegase a adquirir una u otra amplitud —la general del artículo 1.406 o la excepcional del 1.407—, por lo que es preciso indagar en otras explicaciones más plausibles para tratar de razonar el tratamiento radicalmente diferente que se deduce de la normativa aprobada.

Este resultado, entiendo, puede deberse a cualquiera de las explicaciones que a continuación trato de esbozar o a la concurrencia parcial o total de las mismas:

1. Al haberse inspirado el legislador, como ya hemos venido apuntando, en muy diferentes fuentes. Así, para designar los objetos potencialmente atribuibles recogidos en el artículo 1.406 del Código Civil, la orientación viene del artículo 832 del Código Civil francés, pero guardándose de recoger, a su vez, ninguna de las peculiaridades propias del sistema francés de atribuciones preferentes contenidas en éste y los siguientes preceptos en sede de sucesiones y en los concordantes propios de la *communauté légale*, en tanto que para la excepción ampliativa de las facultades del atributario contenida en el artículo 1.407 del Código Civil se ha tomado la inspiración, por lo que al ámbito material se refiere, del esquemático sistema de atribución preferente belga contenido en los artículos 1.446 y 1.447 de su Código Civil, pero sin aceptar tampoco la orientación y las peculiaridades propias de este sistema.

En mis reflexiones sobre esta dualidad de criterios aparece cada vez con más evidencia que el legislador español ha incurrido en un error de apreciación en este punto: no ha valorado en su justa medida las diferencias que separan a los regímenes matrimoniales francés de 1965, del belga de 1976, que van hoy mucho más allá del matiz para centrarse en aspectos sustanciales. Uno de estos aspectos es el de las atribuciones preferentes, por lo que la superposición que se da en nuestro sistema, lejos de alumbrar un sistema ecléctico, técnica que ha dominado magistralmente nuestra doctrina, y para la cual ofrecían los sistemas aludidos muchas posibilidades creativas, o de innovar, proponiendo un tercer sistema de atribuciones —lo que no era imposible—, se ha quedado en una adición de elementos heterogéneos que, en mi personal opinión, conducirá a resultados poco satisfactorios en la práctica.

En el fondo del problema late una deficiente representación de qué debe entenderse por *igualdad* en el contexto de nuestra Constitución de 1978 y en la proyección hacia el resto del ordenamiento del artículo 14 de la misma, y que sigue anclada en el más puro doctrinarismo liberal sin las barreras religiosas y morales que atenazaban a los cultivadores de esta filosofía política allá en el segundo tercio de nuestro rico y cambiante siglo XIX. La igualdad, aunque parezca que la traigo aquí por los pelos, o, al menos, el concepto que informa las reformas del Derecho de familia de 1981, ha marcado una secuencia lógica o tenida por tal, que supone que todas las formas habituales de conclusión del matrimonio, y con él, de la sociedad de gananciales, deben caber en la fórmula vaga, ingenua y utópica del artículo 1.392, 1.º, del Código Civil: «La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio», lo que, a su vez, supone que debe darse el mismo valor jurídico a la muerte de uno de los cónyuges, la separación judicial o el divorcio vincular, sin declaración de cónyuge culpable y sin pérdida de las correspondientes participaciones en la sociedad ganancial, e institucionalizar un sistema de atribución preferente único en el que la distinción «de derecho» y «facultativa» se hubiera juzgado poco menos que de reaccionaria. Pero había que resolver el problema de la vivienda familiar, y había que hacerlo sin contradicción con el sistema de la separación y del divorcio, por lo que se acudió al sistema belga del artículo 1.446 de su Código, y entonces se coló de rondón el local profesional, presente en tal precepto, con lo que se importó un poco más de lo que, en principio, se quería.

2. Tal vez me haya radicalmente equivocado en mi apreciación anterior y la diferenciación se deba a una observación de los objetos atribuibles demasiado apegada a su realidad, de la que puede surgir la idea de que en tanto el local en que se viene ejerciendo la profesión suele ser jurídicamente un objeto indivisible, susceptible de ser objeto de una propiedad indivisa por cuotas, pero no de dar lugar a propiedades divisas materialmente, en virtud tanto de la legislación urbanística y de las limitaciones propias de la propiedad horizontal, en cuyo contexto se piensa a la hora de hablar de «local», como de la propia realidad física, las explotaciones agrícolas, comerciales o industriales, como objetos complejos constituidos por adición de elementos, tan sólo unidos por una finalidad común, no sólo suelen ser fácilmente divisibles, sino también susceptibles de explotación bajo forma social. Con lo que el atributario preferente de una de estas explotaciones podría prescindir de algunos elementos hasta acomodarse al límite objetivo del sistema y así mantenerse dentro del *quantum* que fije su haber, con lo que nos encontramos de

nuevo bajo la influencia francesa, caracterizada en este punto por dar un tratamiento diferenciado al fondo de consorcio o industrial, de una parte, y al local comercial o a la instalación fabril, de otra.

En el plano práctico es evidente que tal idea no contradice la realidad, pero no por ello deja de tener graves inconvenientes teóricos, e incluso conduce a consecuencias muy difíciles de calcular *a priori*. La divisibilidad o indivisibilidad es un elemento que favorece o entorpece, respectivamente, la partición, y correlativamente, y a la inversa, es más o menos conveniente su susceptibilidad de ser atribuida preferentemente con el correspondiente abono de las compensaciones que procedan; pero no es en este plano en el que se desenvuelven nuestros supuestos de atribución preferente, situación próxima a la contemplada en el artículo 1.062, 1.º, del Código Civil, sino en el de una institución eminentemente finalista de protección de un interés de quien la norma hace atributivo preferente, en un terreno que guarda un indudable parentesco con el artículo 1.056, 2.º, del Código Civil, para el que los criterios físicos de la cosa susceptible de atribución favorecen o perjudican la operación, pero no la determinan, o mejor, no la debieran determinar, pues la relación que guarda la explotación de que se trate y el local respecto de la continuidad de la profesión es, en términos generales, la misma, por lo que mantener al respecto dos criterios radicalmente diferentes sin que concurren más circunstancias que las de la naturaleza del objeto es, a mi personal juicio, una aberración del sistema.

3. Ha podido influir también en este desigual tratamiento una concepción popular del local profesional, como lugar abierto al público, y el hecho de recibir en él la atención que la clientela precise; pero tal acepción interesa también a la mayor parte de las explotaciones de carácter comercial, que están situadas en el ámbito del artículo 1.406, 2.º, y, sin embargo, no son objeto del tratamiento excepcional del artículo 1.407 del Código Civil; además, resulta muy difícil distinguir el carácter de local profesional del de explotación comercial en aquellos contados supuestos en que el local resulta determinante para el ejercicio de la profesión u oficio, por exigir la norma determinadas normas de distancia y reparto geográfico, como podría ser el caso de la farmacia, el estanco o la administración de loterías, establecimientos sujetos a este tipo de regulaciones administrativas y para los que resulta sumamente coherente el especial tipo de atribución que se concibe en el artículo 1.407 del Código Civil.

De todas formas, parece que la búsqueda de las razones que den coherencia al diferenciado tratamiento de las atribuciones preferentes, contempladas en los apartados 2.º y 3.º del artículo 1.406 del Código

Civil, es una especulación estéril, que no puede sacarnos del resultado paradójico que se deduce del tratamiento legal antes examinado, y del que es prácticamente imposible salirse desde la perspectiva que proporcionan las normas. Tan sólo cabe dejar constancia del desigual tratamiento que éstas ofrecen y subrayar que los artículos 1.406 y 1.407 no obedecen a una concepción sistemático-formal propia de las atribuciones preferentes, sino que cada una de las posibles ofrece su propio y particular plano teórico.

c) ¿EL LÍMITE OBJETIVO DEL HABER DEL ATRIBUTARIO CONSTITUYE UNA VERDADERA PROHIBICIÓN?

Ante esta pregunta, de cuya respuesta depende en la práctica la efectividad de la mayor parte de las atribuciones que venimos denominando ordinarias, no se puede ofrecer una postura tajante, fuera de toda duda. Pues si bien, de una parte, no puede reconocerse el nacimiento de un verdadero derecho subjetivo en favor de quien la norma designa como potencial atributario cuando el bien atribuible, siendo de aquellos a los que se refieren los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.406, tiene un valor reconocido por las partes superior a la cuota que corresponde al atributario en la partición, es decir, al atributario en estas circunstancias no puede exigir que se le incluya en su lote o hijuela el bien de uso personal —supuesto que será muy infrecuente— o la explotación que hubiera llevado el atributario con su trabajo; de una parte, y en mi opinión, esta modalidad particional no puede entenderse con un rigor típico de la expresión matemática en el que cualquier exceso sobre la cuota impide que la institución opere, sobre todo cuando el interés protegido por ella alcanza verdadera relevancia en sus dimensiones personal y familiar.

La ausencia, a todas luces lamentable, en nuestra regulación de las atribuciones preferentes de la categoría formal utilísima de las atribuciones facultativas omnipresentes en los Derechos francés y belga, parece resultaría conveniente no extremar más aún la dureza de las condiciones requeridas para que pueda ejercitarse esta modalidad particional cuando el exceso es muy pequeño, y para estos supuestos creo que deberían tenerse muy en cuenta esos parámetros, difíciles siempre de concretar, del interés de la familia, de la continuidad profesional y de la estabilidad del cónyuge atributario —no hay que olvidar que se le reconoce tal facultad en cuanto gestor que es de la explotación—, que aunque no están expresamente referidos en el texto, sí forman parte de la norma por cuanto se encuentran en el fundamento mismo de la institución de la atribución preferente.

Además, el rigorismo formal en la interpretación del inciso primero del artículo 1.406, que demandaría una modalidad verdaderamente extraordinaria de partición del haber neto del consorcio conyugal, entiendo debe mitigarse cuando en las propias normas se presentan, sin causa aparente que lo justifique, dos medidas tan dispares para la explotación agrícola, comercial e industrial, de una parte, y para el local profesional, de otra, de forma que la denegación de la atribución de las primeras, haciendo caso omiso a las circunstancias del caso y por imposición de la letra de la ley, devendría en una auténtica injusticia y en una verdadera discriminación en función del tipo de profesión ejercido.

Creo que podría llegarse a entender, partiendo de una interpretación finalista del precepto acorde con su propia razón de ser y con la tradicional admisión europea del abono en metálico del saldo de diferencia, que en ese porcentualmente exiguo exceso de la cosa respecto de la masa se da un supuesto de accesión económica, admitiéndose —siempre que con ello no se lesione el interés de la familia— para el atributario la posibilidad de abonar la diferencia en metálico, sin que con ello parezca se facilite una vía de conculcación de la concepción de atribución preferente que se ha adoptado en el Código Civil.

El problema con esta particular conclusión se traslada a cuál sea la medida aceptable de exceso para que opere esa atípica accesión económica que sugiero, pero entiendo que aquí podría aplicarse la medida utilizada en el artículo 1.074 del Código Civil para la rescisión por lesión en la partición de herencia, es decir, en la cuarta parte, que aplicada como exceso de cuota para el haber del atributario supone el no superar en una octava parte del haber del consorcio neto el exceso de adjudicación *in natura*.

F. Posibilidad de atribución preferente de bienes sobre los que se da el supuesto de comunidad ordinaria al amparo del artículo 1.354 del Código Civil, en especial la empresa fundada con capital mixto

La reforma del Código Civil francés de 13 de julio de 1965 ha venido a introducir un nuevo supuesto de atribución preferente, que opera exclusivamente en la disolución de la comunidad legal y que tiene por objeto aquellos inmuebles gananciales que son anejos o están contiguos a otro privativo, pues el artículo 1.475, 2.º, del Código Civil francés en su nueva redacción prevé: «Si un inmueble de la comunidad es anejo de otro inmueble perteneciente como privativo a uno de los cónyuges o es colindante a este inmueble, el cónyuge propietario tiene la facultad de hacer-

selo atribuir por imputación sobre su parte o mediante abono del saldo que corresponda, conforme al valor del bien al tiempo en que se pida la atribución». La doctrina francesa no ha acogido favorablemente esta nueva ampliación del ámbito material de las atribuciones preferentes, a pesar de que esta figura, ahora incorporada a la norma, tenía una larga tradición convencional, hasta el punto de haber llegado a ser una cláusula de estilo en las capitulaciones matrimoniales que fijaban como régimen económico-matrimonial el de comunidad reducida a la ganancia; la oposición crítica a esta ampliación se dirige, por los más eminentes tratadistas y especialistas en la materia (78), a que introduce en el régimen legal una forma más de agravación del riesgo de desigualdad cualitativa *in natura* en la partición del consorcio, sobre todo cuando se trata de un inmueble que tan sólo es colindante de otro privativo.

Esta nueva posibilidad de atribución del ordenamiento francés, que traemos a colación (que no ha sido recogida por nuestra reforma de 1981), puede parecer excesiva, sobre todo por no haber establecido ningún límite objetivo para su ejercicio, como elemento de salvaguarda cualitativa en la partición, con lo que es muy posible que se lleguen a dar casos en que el inmueble atribuible sea de mucho mayor valor que el originariamente privativo, que da lugar a la atribución, y con ello se fomente una orientación en la adquisición de inmuebles gananciales, más conveniente para los intereses personales de uno de los cónyuges que para los del consorcio; pero hay que tener en cuenta, al respecto y a la hora de valorar las críticas doctrinales, que esta atribución es siempre facultativa, es decir, sujeta a la petición ante el Juez y a la valoración positiva de éste, aunque aplicable siempre cualquiera que sea la causa de la disolución de la comunidad conyugal.

Al tratamiento español de la atribución preferente, si bien no interesa excesivamente el tipo de problemática concreta que subyace y se resuelve en este artículo 1.475, 2.º, del Código Civil francés, sí le alcanza su esencia, su razón de ser, pues puede servir de pauta analítica para el estudio de la atribuibilidad de aquellos bienes que, por razón del origen de los fondos empleados en su adquisición, resultan ser de titularidad mixta constituyendo un pro indiviso entre la sociedad de gananciales y el cónyuge aportante de diversos privativos con los que se financia parcialmente la adquisición, conforme a lo previsto en el artículo 1.354 del Código Civil.

La concepción que de la atribución preferente puede deducirse de los artículos 1.406 y 1.407 parece excluir, por interpretación *a contrario*,

(78) CORNU, *op. cit.*, págs. 566 y sigs.; PATARIN y MORIN, *op. cit.*, núm. 333, y PONSARD, *op. cit.*, núm. 292.

de su ámbito aquellos bienes sobre los que existe una comunidad ordinaria, pues la atribución preferente parece que por norma sólo puede ejercerse sobre aquellos bienes que constituyen al momento de la partición verdadera y neta ganancia del consorcio, por lo que deberían ser desde su adquisición enteramente gananciales y no tan sólo parcialmente gananciales.

Esta visión restrictiva parece lógica si se contemplan las atribuciones preferentes en un plano teórico y desligadas éstas de sus más inmediatas consecuencias prácticas, lo que resulta poco concorde con su origen histórico y su evolución, su propia razón de ser y su marco institucional: la partición del consorcio. El artículo 1.475, 2.º, del Código Civil francés constituye una buena manifestación de cómo en las atribuciones preferentes convive el interés económico con otros intereses de dimensión mucho más personalista, aspecto aquél que interesa tanto al legislador como éste; desde luego, históricamente ha interesado más su aspecto económico de conservación de unos bienes productivos en manos de quien la hace fructificar que ninguno otro, y por ello no puede obviarse cuando se trata de un supuesto, como en el de los pro indivisos del artículo 1.354 del Código Civil, en el que el trasfondo económico de las adquisiciones constante la sociedad se ha procurado tratar con el mayor realismo posible, pues su función no es otra que la de mantener el equilibrio entre las distintas masas, impidiendo que con recursos privativos unidos a otros gananciales se adquieran nuevos gananciales o viceversa. Por ello, el análisis de la posibilidad de ejercicio de la atribución preferente sobre bienes en los que la titularidad pro indivisa se da al amparo del artículo 1.354 del Código Civil, debe ser abordado desde las diferentes perspectivas que presenta.

En primer lugar, la presencia del *pro indiviso* previsto por la disciplina del artículo 1.354 del Código Civil, en la práctica de la modalidad de la partición con atribución preferente obliga a partir de la consideración de a quién pertenece la porción privativa en el *pro indiviso* (si al cónyuge atributario, si al otro cónyuge o a los herederos de éste). Si es al cónyuge potencialmente atributario, conforme a las condiciones y circunstancias personales que se deducen del artículo 1.406 del Código Civil, a quien pertenece, a su vez, la titularidad de la porción privativa en el bien de que se trate, entiendo que no puede alegarse contra esta atribución la existencia de una indivisión, y no existe inconveniente alguno ni en el plano teórico ni en el práctico para que lleve a efecto su derecho a la atribución preferente sobre la porción ganancial indivisa. A este respecto, parece evidente que tan sólo el titular de la porción privativa puede pedir, conforme al artículo 400 del Código Civil, en cualquier

tiempo la división material de la cosa común o su venta si es indivisible (artículo 404 del Código Civil), en tanto que para la porción ganancial se requiere a tal fin el acuerdo de ambos cónyuges o de los cotitulares de la masa consorcial dividenda resultante de la disolución y liquidación del régimen, por lo que la posición de la parte ganancial es la misma que en los supuestos de atribución preferente ordinarios y, en su consecuencia, deben concederse al atributario las facultades que se le reconocen en los artículos 1.406 y 1.407, sin que haya realmente especialidad alguna en el supuesto examinado.

Si, por el contrario, la porción privativa pertenece al cónyuge no atributario o a los herederos de éste hay que entender, conforme a la estructura jurídica de las facultades de los comuneros en la comunidad ordinaria, que éstos pueden promover en cualquier tiempo su disolución o forzar la venta si el objeto es indivisible, y el atributario potencial, por su parte, no puede ejercer la atribución preferente sobre la totalidad, parece evidente que ésta no entraña unos poderes o facultades de expropiación forzosa para ningún elemento perteneciente a la masa privativa de la otra parte. La atribución preferente no es más que un derecho o facultad que condiciona la partición de la masa consorcial, incluso cuando se reconoce la posibilidad de abonar el exceso de cuota en dinero, su virtualidad tiene como frontera absoluta, en principio, el ámbito material de lo ganancial y puede extenderse a todo lo ganancial, pero no más allá; no puede condicionar el pleno dominio que corresponde a cada cónyuge sobre sus bienes privativos de origen o por determinación legal del artículo 1.346 del Código Civil, porque ello sería contrario al planteamiento general del sistema en el que la subrogación real adquiere verdadera carta de naturaleza como elemento básico sobre el que descansa principalmente el equilibrio entre masas.

No obstante lo anterior, hay que tener muy en cuenta, en segundo lugar, que el artículo 1.354 del Código Civil ha sido llamado por obra de los legisladores, al modificar el ámbito de actuación que le es propio y que le fue asignado por la Comisión de Codificación, a desempeñar un papel más general, como se desprende de la referencia hecha al mismo en el artículo 1.347, 5.º, inciso final, a propósito de la ganancialidad o privatividad de la empresa fundada constante la sociedad, pues el texto aprobado dispone que: «Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354», sustituyendo al principio de accesión en favor del capital mayoritario que propugnaba, creo que acertadamente, el Proyecto de Ley.

El cambio de texto, a que nos referimos, resulta determinante para

la disciplina de las atribuciones preferentes, si realmente este derecho o facultad no puede traspasar el ámbito de lo ganancial, pues la orientación dada por la Comisión de Codificación favorecía esta solución de futuro para la empresa, establecimiento o explotación fundada constante la sociedad de gananciales, cuando ésta resultaba ser ganancial íntegramente por serlo la mayoría del capital fundacional. El problema que con la redacción definitiva del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil puede resultar más perturbador es el de la empresa creada con capital del cónyuge que personalmente la gestiona y capital ganancial, y al que se adicionó una pequeña parte del mismo de procedencia privativa del otro cónyuge, pues la solución ortodoxa a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior deberá impedir el ejercicio de la atribución preferente sobre la empresa con participación privativa del cónyuge no atributario, lo que en el planteamiento general del sistema resulta gravemente perturbador en todos sus aspectos.

En la técnica legislativa de la reforma de 1981, los términos «empresa», «establecimiento» y «explotación» aparecen como sinónimos, como bienes de producción compuestos por diferentes elementos heterogéneos, pero dotados, como mínimo, de una elemental cohesión finalística que les confiere unidad y que les diferencia del resto del patrimonio familiar, tanto privativo como ganancial. Y en tanto que su diferenciación los hace idóneos para ejercer sobre ellos el derecho de atribución preferente por el cónyuge que los hubiera llevado con su trabajo (art. 1.406, 2.º, del Código Civil), su unidad los presenta como formalmente indivisibles, de forma que no puede distinguirse dentro de su contexto lo que es ganancial y lo que es privativo; ambas titularidades convergen porcentualmente sobre todos y cada uno de los elementos integrados, por lo que partiendo del texto enmendado y aprobado del apartado 5.º del artículo 1.347 del Código Civil, no es posible la atribución de la empresa, establecimiento o explotación cuya titularidad es de carácter mixto, conforme al artículo 1.354 del Código Civil, si una de las porciones del *pro indiviso* pertenece al cónyuge no atributario o a sus herederos.

La solución idónea entiendo hubiera sido la de dar a las aportaciones minoritarias el mismo tratamiento que se otorga a las inversiones de mejora hechas en bienes privativos en el artículo 1.359, 2.º, del Código Civil, y ésta es, desde luego, la que debe emplearse para las ampliaciones de la empresa posteriores al acto de fundación, pero no, el texto del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil, no puede obviarse a través de una argumentación audaz, pues sus términos son claros y concluyentes para el supuesto tipo de fundación mixta con participación económica privativa del cónyuge no gestor, en el que el titular del capital privativo

minoritario puede ejercer derechos a la división y a la venta que le reconocen los artículos 400 y 404 del Código Civil, respectivamente, sin perjuicio, claro está, de que la petición de división deba ajustarse a los requisitos y exigencias generales de la buena fe y a abstenerse del ejercicio abusivo de su derecho, como imponen los artículos 1.705 y siguientes del Código Civil, aplicables por analogía al supuesto que nos ocupa.

Aunque hay que reconocer que la modificación parlamentaria del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil ha sido muy poco afortunada y poco reflexiva, y que el texto finalmente aprobado es técnicamente muy inferior al originariamente previsto por el Proyecto, sólo puede servirnos para fundamentar la crítica a que sometemos el precepto, pero no puede servirnos para sortear sus consecuencias, aunque éstas sean, si no claramente perjudiciales para el régimen económico-matrimonial en su conjunto, sí inconvenientes para el sistema de liquidación y partición con atribuciones preferentes e incluso sin ellas; pero aquí, no como sucede con otras modificaciones, sí está clara la voluntad del legislador de conseguir una titularidad que refleje directamente el origen de la inversión fundacional.

G. Colisión del derecho de atribución preferente con otros derechos ejercitables

a) EL COBRO DE DEUDAS PERSONALES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.405 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya he puesto de manifiesto más arriba que el artículo 1.405 del Código Civil no tiene carácter ni dimensión verdaderamente liquidatorias y que su función, en el contexto sistemático en que se sitúa, no es coincidente en nuestra regulación de la sociedad de gananciales con la que cumplen los artículos 1.478 y 1.479 del Código Civil francés y 1.450 del Código Civil belga. En estos ordenamientos se subraya que la virtualidad de estas disposiciones se actúa tras la consumación de las operaciones particionales, en tanto que en nuestro artículo 1.405, como pone de manifiesto certeramente Díez-Picazo (79), su actuación depende de la deuda misma; para poderse hacer valer al tiempo de la partición propiamente dicha, se requiere que reúna todos y cada uno de los requisitos generales de exigibilidad de una deuda ordinaria al tiempo de materializar la partición, sin que, a mi juicio, suponga un vencimiento anticipado en ningún caso, pues pese a la estructura literaria de la norma en su planteamiento, no podría hacerse, en este caso, referencia al pago voluntario, sino a una

(79) Díez-Picazo: *Comentarios...*, vol. II, págs. 1800 y 1801.

simple opción del deudor sobre la forma de pago, y sería contraria la norma a la independencia de las masas privativas respecto de la ganancial, y a la plena autonomía de gestión de cada cónyuge respecto de su masa privativa, que son principios básicos del nuevo régimen de gananciales; además, se harían privilegiados estos créditos frente a los ostentados por terceros, sin que haya fundamento legal alguno para llegar a tan drástica interpretación.

Lo que sí supone el artículo 1.405 es la constitución *ex lege* de un privilegio irregular que permite al cónyuge o partícipario acreedor privativo del otro cobrarse, si fuere preciso, a través de un *plus* de adjudicación en su hijuela de gananciales por el equivalente de su crédito, si la otra parte deudora no se aviene a cumplir voluntariamente. En este sentido y bajo las específicas circunstancias referidas, esta detracción de bienes gananciales por el acreedor, como operación complementaria de la partición propiamente dicha, puede impedir la atribución preferente de la que sea titular el cónyuge deudor, de la misma forma que, en sentido contrario, puede favorecer la atribución nacida en cabeza del acreedor, cuyo crédito puede ser computado ampliando su haber estricto y pudiendo así sobrepasar el límite establecido por el inciso primero del artículo 1.406 del Código Civil.

De todas formas, la imprecisión de los términos del precepto, la falta de tradición en nuestro ordenamiento del principio de prelación de crédito que en el mismo se sustenta y la separación radical de su contenido respecto de los más próximos antecedentes franceses y belgas suponen un cúmulo de dificultades en su interpretación, necesariamente restringida por la excepcionalidad de su contenido, que lo harán en la práctica inoperante o poco menos. No obstante, la reclamación de deudas privativas al tiempo de la partición de la masa consorcial dividenda debe entenderse antecede a la atribución preferente cualquiera que sea la naturaleza de ésta, pues aquí el precepto desempeña la función de recordar que, incluso para las relaciones crediticias privativas, es antes el pagar que el partir, aspecto éste que debe entenderse potenciado en un sistema matrimonial que se abre «generosamente» a la admisión del divorcio y de la separación como forma de conclusión, al menos, del régimen económico-matrimonial.

b) ATRIBUCIÓN TESTAMENTARIA DE PARTE INDIVISA DE BIEN
ATRIBUIBLE EN FAVOR DE CAUSAHABIENTE DEL CÓNYUGE
PREMUERTO, AL AMPARO DE LOS ARTÍCULOS 1.379 Y 1.380
DEL CÓDIGO CIVIL

El profesor DE LOS MOZOS ha situado en sus justos límites el alcance de la expresión literal del artículo 1.379 del Código Civil —y por extensión la del 1.380— al exponer que «cualquiera de los cónyuges podrá disponer por testamento *de su parte* en el patrimonio común, aunque el texto legal utiliza una fórmula que podría prestarse a confusión, si no fuera así por castiza, y si no pudiera adverbarse su verdadero significado con la obligada remisión al artículo 1.344, por lo que: de lo que pueden disponer los cónyuges por testamento no es de la mitad de gananciales, referida a los mismos bienes, sino de su parte en el patrimonio ganancial, que es la mitad de lo que corresponda a su liquidación, una vez deducido el pasivo» (80).

Ello supone que el testamento del cónyuge premuerto no puede interferir en la partición de la masa dividenda resultante de la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta con su muerte, pues su virtualidad plena tan sólo alcanza a la hijuela que corresponda a sus herederos, y no directa o indirectamente a la formación de la parte o lote correspondiente al cónyuge viudo. El cual, incluso ante la presencia de un testamento particional, en el que se dan instituciones *ex re certa* sobre porciones indivisas de un bien ganancial concreto, podrá designar tales bienes para su realización para el pago de deudas del consorcio, detraerlos en pago de deudas privativas conforme a lo dispuesto en el artículo 1.405 o ejercer sobre ellos el derecho de atribución preferente si le corresponde su titularidad, pues como para el supuesto del legado de cosa ganancial, regulado en el artículo 1.380, y como para la antigua sociedad de gananciales dejó establecido CÁMARA, se debe interpretar lo ordenado por el testador tan sólo a cargo de su participación en el patrimonio común, de donde los herederos tendrán el deber de no impedir que el objeto recaiga en la cuota del difunto si ello es posible en términos razonables y sin contrapartidas abusivas (81).

Estos límites de puro orden ético, propios del ejercicio del derecho de partir, con sujeción a los principios de la buena fe y el no abuso del propio derecho, fueron descritos para el antiguo régimen de gananciales, que no conocía de las atribuciones preferentes; en el ámbito actual su

(80) DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil*, vol. XVIII, 2, pág. 372.

(81) M. DE LA CÁMARA: «El legado de cosa ganancial», en *ADC*, 5, 1952, páginas 467 y sigs.

presencia sigue siendo válida, lo que ocurre es que lo que debe entenderse de forma razonable y sin contrapartidas abusivas no puede alcanzar al ejercicio de un derecho como el de atribución preferente, cuya esencia se encuentra en la capacidad del cónyuge de prefigurar su lote respecto de unos bienes concretos del consorcio, y si sobre uno de estos bienes se da una designación *ex* testamento que colisiona directamente con el ejercicio de la atribución, deberá ceder la designación testamentaria ante este otro derecho, y entonces la designación testamentaria se entenderá solamente por el valor que la cosa tuviere al tiempo del fallecimiento.

Lo que sí creo debe admitirse es que si la designación testamentaria recae sobre una cosa no atribuible y el cónyuge sobreviviente ejerce otra distinta del derecho de atribución, deberá entonces estarse a lo dispuesto en el testamento antes que a la designación que hicieren los herederos del cónyuge difunto en cuanto partíciparios, porque a ellos sí les obliga la voluntad del difunto manifestada en el testamento, y al supérstite, por el derecho de atribución, no le corresponde, como ya he expresado antes, un derecho de configuración integral de los lotes, sino tan sólo para aquellos bienes a los que alcance la atribución, conforme a los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil.

H. Problemática de la atribución preferente sobre los efectos de la partición

La práctica equivalencia de estructura y régimen de la comunidad posmatrimonial a los de la hereditaria (82) no impide, más bien todo lo contrario, el que debamos interrogarnos acerca de si en la partición del consorcio conyugal se producen los mismos efectos que en la partición de la comunidad hereditaria, y en especial si la aplicación de los artículos 1.069 y siguientes debe hacerse directamente, conforme a la remisión del artículo 1.410 del Código Civil, o si es necesario introducir algunas matizaciones en razón de las diferencias causales que se dan entre una y otra particiones, sobre todo, dado el tema que nos ocupa, en presencia del ejercicio del derecho de atribución preferente.

a) Parece que no ofrece duda que es pertinente la aplicación a la partición consorcial del artículo 1.068. Pues en virtud de *la partición legalmente hecha*, los comuneros dejan de serlo, dejan de tener una titularidad que se extiende a todos los bienes conforme a la cuota que les corresponda como cónyuges o como herederos de éstos, y les *confiere*

(82) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 482.

a cada uno de ellos *la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*. En este sentido, no hay diferencia alguna entre ambas particiones; la naturaleza de la partición del consorcio es puramente *determinativa o especificativa*, como se predica por la mejor doctrina para la de la comunidad hereditaria, ya que el *confiere* del artículo 1.068 no puede entenderse como sinónimo de *transmite*, mucho menos en la comunidad posmatrimonial, en la que los gananciales en esencia son originariamente adquiridos para la sociedad y en los que la cotitularidad no sobreviene, como en la sucesión o sobre los bienes muebles de algunos regímenes económico matrimoniales de signo comunitario. Por ello, la partición se limita a traducir cuotas porcentuales ideales en titularidades concretas, aunque no necesariamente exclusivas, como reza la letra del precepto, pese a ser éste, en efecto, el resultado más común.

El ejercicio del derecho de atribución preferente no modifica ni en un ápice este resultado, al menos en nuestro sistema, en el que el atributario no puede promover la permanencia en la indivisión, pues su virtualidad no origina, como ya he apuntado reiteradamente, una nueva forma de partición, sino una simple modalidad particional que afecta al modo de confección de los lotes o hijuelas, y una vez confeccionados éstos conforme a las previsiones de la misma, no tiene la atribución preferente ningún otro alcance y no llega a modificar este efecto primario de la partición.

Entiendo que esto es así, incluso en los supuestos a que atiende el artículo 1.407 del Código Civil, y se aþona la diferencia en dinero. El pago de la *soulte* o diferencia no da a la partición un carácter *traslativo*, no hay un intercambio de cosa *in natura* por dinero, es decir, una compraventa de una parte indivisa de un bien, sino una compensación equilibradora de la cuota que corresponda por adjudicación en exceso sobre el haber teórico del atributario. Se trata más bien de una operación similar a una ampliación de la masa dividenda para hacerla perfectamente divisible por dos, en este caso, sin necesidad de realizar bienes atribuibles, de igual manera a como se disciplina en el artículo 1.056, 2.º, la satisfacción en metálico de las legítimas.

b) La obligación de *saneamiento* debe entenderse en la partición del consorcio conyugal de forma similar a la que se reconoce para la partición de la comunidad hereditaria; pero si para ésta entendía la doctrina que los artículos 1.069 y siguientes debían ser objeto de matización respecto de los preceptos que de forma general regulan tal obligación para las transferencias de bienes con causa onerosa —artículos 1.474 y siguientes del Código Civil—, igualmente debe matizarse la aplicación de aquellos preceptos para la partición del consorcio conyugal.

Conforme a la letra del artículo 1.069 del Código Civil, los coparticionarios de la comunidad hereditaria, que se divide materialmente, están *recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados*. La evidente incorrección técnica del lenguaje en que está redactado el precepto, que nos presenta *la evicción y el saneamiento* como dos cosas distintas y homogéneas (83), ha dado lugar a dos posturas doctrinales netamente diferenciadas: la mayoritaria (SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN, CASTÁN, ROCA SASTRE, DíEZ-PICAZO, GULLÓN, etc.) sostiene que en la partición de la herencia, la obligación recíproca de saneamiento se extiende a los dos tipos de la misma contemplados en el Código Civil, en sede de compraventa, tanto por evicción como por vicios ocultos; frente a esta posición, el profesor BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (84) mantiene, con fundamentación de su argumento en los antecedentes históricos (*Partidas*), en el Derecho comparado (art. 884 del Código Civil francés y art. 1.035 del Código Civil italiano de 1865) y en la falta de onerosidad de la partición hereditaria, que la obligación recíproca que se establece en el artículo 1.069 debe entenderse limitada al supuesto de *saneamiento por evicción*, con exclusión del derivado de vicios o defectos ocultos. Aún entiendo como más adecuada la tesis mayoritaria si debe servir la postura discrepante para tener presente, como advierte LACRUZ (85), que, en todo caso, la aplicación analógica de los preceptos de la venta que regulan el saneamiento debe ser prudente, teniendo en cuenta la finalidad de la norma frente a la naturaleza jurídica de la participación, y supeditándola a las normas especiales de los artículos 1.070 y 1.071 del Código Civil. Esta modalización teleológica no impide, desde luego, que la obligación recíproca de saneamiento abarque a sus dos tradicionales tipos, pues, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de octubre de 1960, esta obligación tiene «el fin de mantener la igualdad o proporcionalidad en la partición», y ello no sería posible excluyendo el saneamiento por vicios ocultos que hacen desmerecer el valor de la cosa adjudicada (86).

En la partición del consorcio conyugal no puede oponerse, en la dirección propugnada por BELTRÁN DE HEREDIA, la gratuidad de las adjudicaciones, pues en ella cada coparticionario ya era titular a través de la masa ganancial, por lo que debe entenderse que la obligación recíproca de saneamiento abarca las dos modalidades, aunque por su específica naturaleza y por la posición que los coparticionarios ocupen se deban hacer

(83) LACRUZ: *Derecho de sucesiones. Parte general*, pág. 535.

(84) J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *El saneamiento*, págs. 837 y sigs.

(85) LACRUZ: *Elementos...*, V, págs. 158 y 159.

(86) DíEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, IV, pág. 737.

precisiones en cuanto a la aplicación de los artículos 1.069 y siguientes del Código Civil.

c) Parece claro que el artículo 1.069 del Código Civil, como expresión de una garantía adicional más para el mantenimiento de la igualdad cuantitativa de la partición hereditaria, debe desempeñar un papel prácticamente idéntico en la partición del consorcio conyugal, aunque también aquí, pese a que la atribución no sea gratuita, la aplicación analógica de los preceptos propios del saneamiento tiene que ser atemperada teleológicamente, teniendo en cuenta su peculiar naturaleza y conforme a la posición que ocupen los partíciparios respecto de los bienes adjudicados, en especial cuando se ejerce el derecho de atribución preferente.

Con respecto al saneamiento por evicción es evidente que, conforme al artículo 1.070 del Código Civil, la causa debe ser anterior a la partición y no provocada por el adjudicatario, y que en la indemnización a que puede dar lugar, no se puede aplicar directamente el artículo 1.478 del Código Civil, sino que éste debe adaptarse a las específicas circunstancias de una partición sensiblemente diferente a las de la compraventa para la que está pensado el precepto. La evicción no puede originar la rescisión de la partición, salvo que la pérdida supere el porcentaje del veinticinco por ciento requerido para la rescisión por lesión, ya que, como indica el artículo 1.071 del Código Civil, se trata de una obligación recíproca de indemnización en la que participa el propio eviccionado; consiste, en definitiva, en una reducción proporcional de los haberes satisfechos a todos los partíciparios, porque se contó como propio de la masa dividenda un bien que pertenecía a un tercero.

El saneamiento por vicios ocultos, obviado el supuesto de mala fe de uno de los partíciparios, que daría lugar a la nulidad de la partición, entiendo que puede actuar de forma diferente según se produzca en un bien sobre el que se ha ejercido la atribución preferente o en otro tipo de bien, como consecuencia del nexo que se exige exista entre el atributario y el bien atribuido, pero no en todo caso, puesto que gestión u ocupación no tienen por qué equivaler a conocimiento profesional exigible en el atributario, salvo, claro está, en los útiles de la profesión y en los supuestos de atribución de una explotación, es decir, cuando la atribución se fundamenta en el interés profesional del atributario, en cuyo caso se debe presumir que nos encontramos en el supuesto del inciso último del artículo 1.484 del Código Civil.

En todo caso, y como apuntara BELTRÁN DE HEREDIA, las dos indemnizaciones, en la venta y en la partición, responden a muy distintas finalidades, y en el caso de esta última, a la de mantener el equilibrio cuantitativo de las hijuelas, por lo que debe considerarse como un error

o defecto de la valoración que debe corregirse, bien por la vía de la indemnización, conforme al artículo 1.071 del Código Civil, bien por la de proceder a una nueva partición si se dan las circunstancias específicas de la rescisión por lesión del artículo 1.074 del Código Civil.

Parece evidente que los datos objetivos de la indemnización o de la rescisión por lesión deben ser medidos con referencia al tiempo de la partición y no al de la pérdida total o parcial de la cosa por evicción o de manifestación de vicio oculto, pues no nos encontramos en un supuesto de responsabilidad, sino de reconstrucción del equilibrio cuantitativo de las hijuelas. Por ello, el artículo 1.478 del Código Civil no es de aplicación analógica al saneamiento en la partición; el *quantum* de la indemnización tiene que ser calculado según los mismos criterios que han servido para el avalúo de los bienes de la masa dividenda y para la formación de las respectivas hijuelas, conforme a la finalidad estricta de mantener el equilibrio cuantitativo entre aquéllas.

La conservación, en cuanto sea posible, de la división practicada es, evidentemente, una de las aspiraciones del legislador, conforme a lo previsto en el artículo 1.071 del Código Civil, configurando la obligación recíproca de saneamiento como un derecho a ser indemnizado hasta la reconstrucción de la igualdad cuantitativa desequilibrada por el mejor derecho de un tercero sobre la cosa adjudicada o por sobrevaloración, habida cuenta del vicio oculto que la hacía desmerecer. El término indemnización sólo puede emplearse en un sentido laxo, pues el copartícipe perjudicado debe ser tenido también en cuenta en el momento de la fijación de *quantum* en forma proporcional a los respectivos haberes en el consorcio, por lo que nos encontramos más bien en presencia de un sistema de garantía recíproca de la consistencia de las diferentes hijuelas resultantes de la partición, que ante un verdadero sistema de saneamiento. Lo que ocurre es que el legislador ha tomado en consideración los supuestos fácticos que dan lugar al saneamiento en los contratos onerosos. Ello pone de manifiesto que la técnica de remisión a la institución elegida como vehículo para la garantía recíproca no es excesivamente acertada y da lugar a desajustes no siempre fáciles de cubrir con el sistema analógico; la interpretación teleológica de los preceptos se presenta así como único remedio útil para mantener esta prudente garantía dentro de sus justos límites.

Como medio de conservación de la partición parece que resultará adecuado, en los casos en que haya lugar al saneamiento y se haya dado la atribución preferente con saldo, operar sobre éste reduciéndolo en la cuantía que sea preciso para el mantenimiento tanto de la partición, como de la atribución preferentemente efectuada.

I. El periculum en la atribución preferente

El riesgo en materia de partición y, en particular, tras el ejercicio del derecho de atribución preferente, se sitúa en una de estas dos posiciones antagónicas: una, en la que tal riesgo pesaría sobre el atributario, siguiendo un criterio clásico de que «la cosa debe perecer para quien está llamado a adquirirla», como señala BETTI (87); otra, concordante con los principios del artículo 1.070, 3.º, del Código Civil, a contrario: si se pierde la cosa antes de la ejecución material de la partición y sin culpa del atributario, aunque se encuentre bajo su poder, la pérdida pesa sobre el consorcio dividiendo al que pertenece.

PUIG BRUTAU (88) ha puesto de manifiesto, entre nosotros, con ocasión del estudio de los riesgos en la compraventa, que no se puede resolver el problema a base de dos reglas generales y opuestas: *res perit domino*; *periculum est emptoris*; que lo único que tiene sentido es averiguar cómo ha de repercutir la pérdida. El argumento eminentemente práctico de PUIG BRUTAU tiene razón de ser en la compraventa, en la que la norma con mayor o menor precisión resuelve, aunque se discuta el fundamento de la solución legal, su justicia y oportunidad; pero éste no es el caso de la partición, en el que el acuerdo entre los partícipes o la declaración de ejercicio del derecho de atribución no transfieren titularidades, quedando vacío completamente el conjunto patrimonial que se divide, aquí el consorcio conyugal neto. El atributario no está llamado a adquirir nada, sólo recibe lo que es suyo tras un proceso de concreción o determinación de derechos extendidos sobre toda la masa a objetos concretos de la misma. Aquí sólo puede decirse que la cosa perece para su dueño, pero sí cabe preguntarse cuándo el atributario es dueño exclusivo de la cosa atribuida o hasta cuándo sobrevive la comunidad posmatrimonial.

La notificación de ejercicio de la atribución preferente, aun hecha al tiempo de la partición propiamente dicha, no hace propias exclusivamente del atributario las cosas atribuibles, porque no es título suficiente para materializar la partición, sí para que un bien entre a formar parte de la hijuela del atributario; tal declaración unilateral no puede cambiar por sí sola la disciplina de los riesgos en la partición. Tampoco el hecho de la posesión por el atributario de la cosa atribuible, porque el atributario posee a título de condueño, de comunero, y posee para el consorcio.

(87) BETTI: «Teoría general de las obligaciones», vol. I, pág. 173, edición española por J. L. DE LOS MOZOS, en *Rev. D. P.*, 1969.

(88) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, 1982, páginas 175 y sigs.

aunque lo haga con exclusión de hecho de todo otro copartícipe; aunque sea cierto que los límites entre *usus* y *possessio* tienden a borrarse en el Derecho moderno, como expone DE LOS MOZOS (89), no va más allá tal desdibujación de límites que en la defensa del seguir teniendo, pero no sirve para transferir el riesgo del consorcio al atributario.

El lenguaje usual de los tratadistas cuando describen el ejercicio de la atribución, como «tomar para sí», «incluir en su lote» y otras semejantes rebasa los justos límites del contenido del derecho de atribución, que, como dice el inciso primero del artículo 1.406 del Código Civil, se limita a que se incluya con preferencia en su haber un determinado bien consorcial, y este ropaje literario tampoco es suficiente para que se opere una transferencia del riesgo.

Por ello, en tanto no haya adjudicación, la cosa atribuible que se pierda sin culpa imputable del atributario, se pierde para la comunidad, que deberá dividirse sin la presencia de la cosa y sin derecho de atribución, aunque en su lugar ingrese un derecho de crédito, bien sea por indemnización debida por un acto doloso, bien por ser la cosa objeto de un contrato de seguro, porque el derecho de atribución se configura para un objeto determinado y no para un subrogado del mismo.

El riesgo es aquí inseparable de la propiedad, y en tanto la cosa atribuible no sea de la propiedad exclusiva del atributario, no se produce la exclusividad, valga la redundancia, en el *periculum*; es decir, en esta materia el derecho de atribución preferente no modifica la disciplina general de la partición.

VII. NATURALEZA JURIDICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

A. Introducción

Parece oportuno, en primer lugar, dar razón del porqué de la ordenación sistemática del estudio de la naturaleza jurídica de las atribuciones preferentes precisamente al cierre del trabajo dedicado a las mismas, al no ser ello usual en la presentación de este género de estudios específicos, sin que por eso sea necesariamente heterodoxo. Se trata de no alterar en la presentación del resultado escrito de esta indagación con voluntad científica, el orden del discurso y mostrarlo en la misma forma en que se ha producido, siguiendo el mismo método de trabajo en un desarrollo que sólo podía, al menos para mí, conducir de lo particular a lo general, de la manifestación individualizada de las virtualidades jurídico-prácticas

(89) DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil*, vol. XVIII, 2, pág. 506.

presentes en el planteamiento descriptivo y problemático al apunte o esbozo de una caracterización jurídico-teórica del instituto.

Entiendo que esto debía ser así por cuanto la reflexión sobre los nuevos artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no se puede apoyar en una constatación jurisprudencial de las circunstancias en que deben y pueden hacerse valer las atribuciones preferentes, ni del alcance formal y material de las mismas. Al mismo tiempo, no puede decirse todavía que el tratamiento por la doctrina española vaya mucho más allá del análisis de urgencia, sin que esto suponga que por mi parte me atreva a poner en cuestión la validez y certeza de lo hasta ahora expuesto por ella sobre el tema. Por último, esta presunción es necesaria cuando se intenta trabajar una institución de la que no puede decirse con propiedad que haya sido importada de otro ordenamiento foráneo tal y como en él se encontrase, sino que el legislador español la ha construido por sí inspirándose, sin duda, en los modelos de los ordenamientos francés y belga, pero sin que pueda hablarse de una traducción o traslación, sino de un auténtico intento de creación a partir de elementos foráneos. Aquí entonces las experiencias extranjeras nos sirven como panorama general: si se quiere, como proposición apriorística de una hipotética casuística práctica, pero en modo alguno como guía segura que nos marque el camino a seguir y nos adelante conclusiones inmediatamente válidas. Es por ello por lo que, en un trabajo que no tiene que amoldarse a los cánones funcionales que señalan el modo de hacer pedagógico, el análisis de la naturaleza requiere contar previamente con los datos esenciales o, al menos, suficientes, y exponerse como proyección fiel del *iter* de la indagación, como conjunto de conclusiones de orden teórico o como pura recapitulación con vocación de construcción dogmática.

La averiguación formal de la naturaleza jurídica de una institución tuvo en el pasado una importancia sistemática capital, sobre todo en dos aspectos: como afirmación de que el Derecho surgido de la Ilustración y de la Revolución francesa participaba, si bien de forma evolucionada, en las constantes históricas de la tradición romano-cristiana formando un cuerpo inmanente en su coherencia lógica interna, y como elemento básico del proceso de elaboración científica del Derecho, pues sobre el estudio de la naturaleza jurídica de las diversas instituciones se cimenta el concepto mismo de sistema jurídico. Esta importancia sigue, en cierto modo, vigente, pero con una visión mucho menos formalista —tal vez podríamos decir más operativa—, ya que el estudio de la «naturaleza» interesa además por otra razón más empírica y a la vez más jurídica, a saber, por cuanto a través de ella se facilita el entronque de la institución de que se trate con el resto del ordenamiento y la labor de com-

pletar su régimen permitiendo, en su caso, la aplicación de directrices analíticas e incluso de otras normas cuando resultan insuficientes las explicitaciones normativas del legislador. Es decir, permite que la doctrina y el juzgador, en última instancia, puedan desenvolver la totalidad de las potencialidades institucionales en el contexto global del sistema, tanto por la vía de la diferenciación excluyente como por la de la asimilación conceptual que sirva de fundamento para la aplicación analógica de normas propias de otra institución con la que la nueva o la que es objeto de estudio se manifieste técnicamente emparentada, a la luz que sobre tales cuestiones aporte el estudio de su naturaleza. Es este último aspecto, sin minusvalorar los otros expuestos, el que más interesa en el estudio de la esencia de las atribuciones preferentes, en las que, por su específica novedad en el ordenamiento y por lo escueto de sus normas, se requiere un tratamiento teórico que cierre su estudio.

B. El interés jurídicamente protegido en las atribuciones preferentes y su proyección institucional

En la casi totalidad de la literatura francesa dedicada a las atribuciones preferentes, llama poderosamente la atención su inicio con una amplia justificación de la introducción de la institución en su ordenamiento, fundada en la protección de una serie de intereses sociales, económicos, profesionales, personales o familiares que se ven ignorados cuando no perjudicados por la existencia y persistencia de los principios ilustrados de igualdad cualitativa y cuantitativa en las particiones de la comunidad hereditaria y del consorcio conyugal surgido de un régimen económico-matrimonial comunitario. La impresión que estos trabajos transmiten al lector, incluso los más ecuanímenes en la presentación de la problemática, como es el caso de J. PATARIN con su artículo «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction» (90), es el de una cierta desconfianza acerca de tales fundamentos éticos y sociales, que a la postre se acaban refiriendo casi exclusivamente a las explotaciones agrícolas, para las que se añora, sin que pueda valorarse como reivindicación, la vieja y tradicional disciplina de los mayorazgos y las vinculaciones, en tanto que para las restantes actividades productivas que se contemplan el análisis no pasa de ser meramente comparativo respecto del modelo agrícola. Tal desconfianza se refuerza cuando se constata, con los hechos recogidos en las sentencias de los Tribunales franceses, la gran resistencia que han

(90) *RTDC*, 1962, I.

ofrecido los agricultores a tales medidas legislativas, evidenciándose en muchos supuestos que los intereses económicos y sociales coincidentes con favorecer a uno de los partíciparios han primado sobre los intereses de orden familiar, lo que añade frecuentemente tensiones a la vida de la familia.

En el contexto de casi todas las justificaciones doctrinales subyace una contraposición, cuando no una flagrante contradicción, entre la búsqueda de la máxima rentabilidad o utilidad de los bienes que se declaran atribuibles y la posición teórica de igualdad de los coherederos o partíciparios del consorcio conyugal, para, por último, inclinarse decididamente en favor de la primera opción, pero revistiéndola moralizantemente como si se tratase de una subespecie de *derecho de la personalidad*, si bien a su vez midiendo las expresiones para que este concepto quede sobreentendido sin llegar a aflorar expresamente en el texto, lo que nos deja ayunos respecto de cuál sea el fundamento que aquéllos predicen para la institucionalización y creciente expansión de las atribuciones preferentes. Puede mencionarse como excepción la posición teórica de J. VIATTE, que, recogiendo las ideas que sirvieron para la reforma de 1938, reivindica la unidad de la explotación sobre los intereses subjetivos del atributario y de la familia campesina (91).

La profundización en esta vía de exploración de cuál sea la voluntad del legislador, a mi juicio, no puede conducirnos al conocimiento del fundamento institucional que tratamos de desentrañar, porque el derecho o la facultad de atribución preferente muestra en forma paradigmática las tensiones de la dialéctica social-personal con la que se enfrenta en nuestra sociedad actual el Derecho y de forma particularmente importante el Derecho de familia. De una parte, se quiere derribar cualquier obstáculo que se interponga para alcanzar la más completa y radical igualdad entre los cónyuges, para lo cual no se duda en hacer de la economía matrimonial un conjunto sujeto a la dirección dual y equiparada de ambos cónyuges. De la misma forma, se quiere que los frutos de la gestión alcancen también por igual a los cónyuges, con independencia de cuáles sean los esfuerzos y el éxito que acompañe a su actuación, para lo que renacen, como el ave fénix de sus anunciadas cenizas, los regímenes comunitarios que parecían casi incompatibles, y en el fondo lo son, con la extensión, facilidades y ausencia de culpabilidad con que se regula en los últimos años el divorcio. A su vez, y de otra parte, se quiere destacar la dimensión individual de cada uno de los cónyuges e incluso se admite un vago e hipotético derecho a la felicidad e intimidad per-

(91) J. VIATTE: «Nouvelles extensions de l'attribution préférentielle», en *Journal des Notaires et des Avocats*, 1979.

sonales que deben quedar por encima de las limitaciones que impone el tradicional concepto de bien común familiar, para lo cual se devalúa en cierta forma la actuación en interés de la familia y se hacen disponibles determinados derechos que venían siendo caracterizados como funciones y, como tales, indisponibles.

Es dentro de esta tensión dialéctica donde puede encontrarse la razón de ser de las atribuciones preferentes concretadas en su función de modo o modalidad de la partición del consorcio conyugal (no en el de la partición de la comunidad hereditaria): la de hacer compatible una comunidad conyugal, que se fomenta por el legislador, con una continuidad personal y profesional amenazadas por las crecientes facilidades de disolución de aquélla; es decir, para evitar que en la medida de lo posible la quiebra matrimonial dé lugar a una quiebra personal y profesional por privación o desviación de los elementos materiales que requiere tal continuidad. A ello, entiendo, atiende la generalización de las atribuciones preferentes en la partición de los regímenes comunitarios.

Es en este sentido en el que se manifiesta enteramente válida la afirmación de GARCÍA CANTERO de que la atribución preferente de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil «puede considerarse como una última proyección patrimonial de los derechos de la personalidad» (92), y la de Díez-PICAZO señalando que «tiene por finalidad satisfacer intereses personales o de afección que podrían verse gravemente vulnerados con una partición formalmente igualitaria» (93), pues éstos son de una u otra forma los elementos de base de los que el legislador ha partido para la introducción de las atribuciones preferentes en la partición del consorcio matrimonial. Pero cabe preguntar: ¿esta *ratio* general debe encontrarse presente en el ejercicio individual del derecho? O, si se quiere profundizar en la materia, ¿debe investigarse la finalidad tomada en consideración por el legislador a la hora de reconocer o negar el derecho subjetivo a la atribución preferente?

a) PROYECCIÓN DEL INTERÉS PROTEGIDO POR LA NORMA

Parece evidente que el legislador ha tenido muy presente a la hora de introducir las atribuciones preferentes en la partición del consorcio conyugal que la defensa en abstracto de determinados intereses profesionales o personales de uno de los partícipes debía anteponerse a la igualdad en la partición, al menos en su acepción cualitativa, no así en su sentido cuantitativo, por lo que el interés que se protege no puede,

(92) G. GARCÍA CANTERO: *Derecho civil...*, de CASTÁN, t. V, vol. 1, pág. 475.

(93) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, IV, pág. 280.

en modo alguno, ser llevado hasta extremos que den lugar a una desigualación radical entre los coparticionarios, sean éstos los propios cónyuges o uno de ellos y los herederos del otro. En este punto la reforma del Código Civil español debida a la Ley de 13 de mayo de 1981 ha sido mucho más radical que el resto de las legislaciones que conocen el instituto, y al negar en unos casos la posibilidad de igualar los lotes mediante compensación en dinero, y en otros —los menos— en los que se admite —artículo 1.407—, al exigir que esta compensación dé lugar al nacimiento de créditos aplazados, ha evitado el que la atribución preferente llegue a ser una vía indirecta de desigualación también cuantitativa, por corresponder al atributario bienes que de ordinario se revalorizan y ser el no atributario titular de un crédito pecuniario sujeto a los efectos de la inflación, pero ello al precio de impedir precisamente el objetivo propuesto.

Esta configuración finalística de las normas de la atribución preferente no siempre condiciona su interpretación y la aplicación práctica de las mismas al caso concreto. Las más de las veces la estructura finalística no es un elemento determinante del ejercicio del derecho de atribución, aunque su proyección y su *veste* de derecho excepcional o privilegiado hagan que tal elemento se encuentre siempre en la mente del intérprete de la norma, al menos para dar, como ha sido el caso de los Tribunales franceses, una interpretación claramente restrictiva: impidiendo su expansión más allá de los postulados y supuestos recogidos por la norma, frustrando, hasta el presente, todo intento de aplicación analógica, y marcando la titularidad del derecho con signos de eminente carácter personalista. La funcionalidad del elemento teleológico, claramente presente en la configuración legislativa de la institución en cuanto tal, se proyecta con fuerza desigual en dos manifestaciones concretas: la de su caracterización como derecho subjetivo o como mera facultad y su capacidad por el titular de hacerlo valer, de una parte; y de otra, en la exigibilidad del nexo que debe mediar entre el atributario y la cosa atribuible.

Es preciso tener en cuenta, no obstante, que la proyección del interés protegido por la norma se muestra con intensidad desigual en el tratamiento práctico de las atribuciones preferentes y que incluso puede llegar a desdibujarse totalmente, sin que por ello claudique el derecho de atribución legalmente reconocido.

**b) CARACTERIZACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO
O COMO MERA FACULTAD**

Una de las consecuencias más inmediatas producto de la forma en que se proyecta sobre los supuestos reales la protección normativa del

interés o intereses en juego en la atribución preferente es la de la propia caracterización de la misma, bien como auténtico derecho subjetivo, bien como mera facultad. En tan importante diferenciación caracteriológica influyen múltiples factores subjetivos y objetivos, como ya hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, pero el que resulta determinante en sede de partición del consorcio conyugal es el de la causa de extinción de la comunidad, cuestión de la que nos ocuparemos más adelante. Baste ahora decir que en los Derechos francés y belga sólo la extinción por muerte de uno de los cónyuges abre para el otro la posición de titular del derecho subjetivo de atribución preferente; también es así para el Derecho aragonés, pero éste no es el caso de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, aunque también dé lugar esta causa a un tratamiento diferencial del que nos hemos ocupado ya.

La diferenciación, en los ordenamientos que la conocen, entre atribución por mera manifestación de partícipe atributario (denominada de derecho) y atribución controlada judicialmente (denominada meramente facultativa) radica en que, en la primera, su titular puede hacer valer directamente su posición dominante en la partición, en tanto que en la segunda se requiere, en todo caso, la aprobación judicial, para lo cual el Juez debe investigar no sólo la posición en el consorcio del pretendido atributario y su relación (nexo) respecto de la cosa atribuible —aspectos éstos comunes para ambas configuraciones de la atribución preferente y en los que debe entrarse cuando cualquier interesado niegue tal posibilidad—, sino también si en la atribución que se solicita se cumple el fin que el ordenamiento se propone dar satisfacción de forma directa con este instituto. Es decir, se requiere que el Juez, a través de una interpretación teleológica, verifique la concordancia de intereses, como dispone el artículo 1.447, 2, del Código Civil belga: *el Tribunal la declarará tomando en consideración los intereses sociales y familiares subyacentes...*, o, lo que es lo mismo, la atribución denominada meramente facultativa sólo puede ser declarada procedente cuando de la inclusión del bien en la hijuela de particionario solicitante se derivan para él las ventajas de carácter profesional o personal consideradas por el legislador como dignas de protección y de tal atribución no se deriva perjuicio para los intereses de la familia en su conjunto, es decir, el otro particionario o los herederos de éste.

La formulación de la norma belga puede parecernos un tanto grandilocuente por su referencia a *los intereses sociales*, pero qué duda cabe de que tras cincuenta años de literatura jurídica francesa de justificación del instituto por referencia a tales intereses y ante la dificultad, también crónica, de explicitarlos, ésta era una fórmula de valor convenido que no

han dejado de entender claramente los destinatarios de la norma y, en especial, la doctrina belga (94); el examen judicial se extiende así a todos y cada uno de los elementos que integran la atribución y son vistos a través de una interpretación teleológica. Este es el sentido que en Francia ha tenido la declaración de una atribución preferente como meramente facultativa y más aún en materia de partición del consorcio conyugal. Baste al respecto recordar el énfasis con que el artículo 1.476, 2, del Código Civil francés dispone: «*Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant*». En todos estos casos la actuación judicial soberana —no puede modificarse el fallo de fondo— se funda no sólo en el análisis del nexo entre atributivo y cosa atribuible, sino también en la finalidad misma de la atribución, el interés personal a que sirve medido en función de los restantes intereses en juego.

Como ya conocemos, en los artículos 1.406 y 1.407 de nuestro Código Civil no se efectúa la diferenciación formal entre una atribución preferente de derecho —que, conforme a las pautas establecidas al respecto por el Derecho comparado, coincidiría con el ámbito subjetivo y objetivo a que hace referencia el artículo 1.407— y una atribución meramente facultativa para todos los demás supuestos, es decir, para el marco general de la atribución preferente tal y como se institucionaliza en el artículo 1.406, y aunque es evidente que nos encontramos en presencia de elementos que proceden precisamente del contexto en que se funda tal diferenciación en otros ordenamientos —especialmente en los artículos 1.446 y 1.447 del Código Civil belga—, es dudoso que pueda llegarse en nuestro ordenamiento a tal distinción.

Nuestras atribuciones preferentes, probablemente para evitar un tratamiento excesivamente diferenciado en el régimen de la partición del consorcio conyugal en función de la causa de la disolución de la sociedad de gananciales, son todas a voluntad del partícipe, aunque este derecho subjetivo sea evidentemente de diferente alcance según que el atributivo sea cónyuge supérstite o no lo sea. Y lo son porque no existe la posibilidad legal de transformar una mera facultad en una posición directiva en la partición ante la oposición de los restantes coparticionarios. El Juez no puede en nuestro sistema, a falta de norma expresa que lo autorice, valorar los beneficios que pueden derivarse de una atribución preferente y a la vista de los restantes intereses en juego declararla, ni lo contrario, es decir, impedirla cuando del ejercicio de la atribución se derivan lesio-

(94) H. CASMAN y M. VAN LOOK: *Régimen...*, III, 20, págs. 6 y 7.

nes no específicamente económicas para el conjunto familiar y los restantes coparticionarios. Su función queda limitada, en principio, a la verificación de los datos que ofrecen las propias normas: titularidad del derecho, comprobación de la existencia de nexo según cuál sea el bien cuya atribución se pretende y examen de aquellos otros problemas que, sin ser propios y específicos de la atribución preferente, la facilitan, dificultan o imposibilitan, como son los relativos al inventario, avalúo y demás operaciones liquidatorias propiamente dichas.

La configuración de todas las atribuciones preferentes como de derecho ha dado lugar a múltiples inconvenientes de orden funcional y de orden finalístico. Los primeros giran en torno a la exclusión en los supuestos del artículo 1.406 de la posibilidad de ejercer la atribución preferente cuando ésta excede del haber neto correspondiente al atributario (con las salvedades que ya hemos apuntado más atrás), al no preverse la posibilidad de abonar la correspondiente compensación dineraria recogida en todas las restantes legislaciones en que se postula la institución aquí en estudio, lo que hace muy problemática su aplicación a muchos patrimonios familiares de economía modesta o dedicados a una actividad económica predominante o especializada; de parecida forma las atribuciones preferentes pueden chocar con múltiples inconvenientes derivados de la ausencia de defensas frente a las necesidades de realización de bienes para el abono de deudas que penden sobre la masa ganancial.

Los inconvenientes finalísticos son, a mi modo de ver y entender la institución, los más graves; los que en la práctica pueden llegar a producir una repulsa social frente a las atribuciones preferentes tal y como se han concebido en nuestro Código. El Juez español no puede impedir, a diferencia de sus homólogos franceses y belgas, que el ejercicio de la atribución preferente por el titular de tal derecho, cumpliendo todos y cada uno de los requisitos, tenga como finalidad desviar —por ejemplo, la explotación industrial—, hacia sus hijos extramatrimoniales, explotación que se fundó y desarrolló bajo su dirección desde luego, pero contando con el respaldo crediticio que suponía la hacienda privativa de su cónyuge del que ahora se divorcia, desconociendo la finalidad social y familiar de la institución, lo que en las restantes regulaciones europeas sólo es posible en los reducidos y circunscritos supuestos en que la atribución preferente es de derecho, es decir, en aquéllas en que el titular es un cónyuge sobreviviente y para los específicos bienes a que hace referencia la norma. Algunas veces puede parecer que tan sólo quedan marginados los casos verdaderamente caricaturescos de la situación llevada hasta sus límites, que son los que afloran en los ejemplos, pero no es así; cuando en una partición del consorcio conyugal derivada de una previa

separación o divorcio no se llega a un acuerdo sobre la hijuela a la que deben atribuirse los bienes a que nos venimos refiriendo y los que en compensación deben situarse en la otra, puede afirmarse que ordinariamente ello se deberá a que en la partición están presentes los motivos y problemas que han provocado la quiebra matrimonial, y es que la atribución preferente concebida exclusivamente como de derecho puede convertirse en su ejercicio y en la oposición a su ejercicio en un arma más con la que dirimir desavenencias, que se desgaja por ello de su entronque natural y de su función social, incumpliendo radical y absolutamente su finalidad, su razón de ser, la que sirvió para destacarla como una excepción a la igualdad formal y material, cualitativa y cuantitativa que se predica como principio en el artículo 1.061 del Código Civil.

Entiendo que, al menos, como hipótesis de trabajo, no puede marginarse de antemano, por puro imperativo de la letra de la norma, la posibilidad de que como atribución meramente facultativa se contemple la ampliación finalística de los supuestos previstos en el artículo 1.406 del Código Civil a aquellos otros cuya extensión analógica es perfectamente conforme con los límites que para tal tipo de aplicación de la Ley exige el artículo 4.º, 1, del Código Civil, como ya he puesto de manifiesto en el capítulo de este trabajo dedicado al objeto de la atribución. De parecida forma, aunque con muchos y más graves inconvenientes de carácter formal e incluso de orden material, no parece conveniente marginar de raíz la posibilidad de ampliar la atribución preferente a los herederos del cónyuge premuerto, que hoy hay que entender en pura ortodoxia interpretativa limitada a los cónyuges, en razón de su configuración, en todo caso, como de derecho.

En una y otra posibles ampliaciones, especialmente en la segunda, se está en presencia de la verdadera proyección práctica del interés que la atribución preferente viene a proteger por la vía de excepción a la radical igualdad para los lotes que se predica como regla, puesto que si para la primera hipótesis la realidad de nuestro cada vez más complejo mundo productivo no puede quedar encerrada en las previsiones del artículo 1.406, que puede a su excepcionalidad yo entiendo redactado *ad exemplum* —no así los supuestos del 1.407 del Código Civil—, para la segunda se daría cabida a una proyección realista de la figura del colaborador en la explotación y no en la forma antisocial en que lo hace la Ley de 24 de diciembre de 1981, figura ésta que se halla en la misma fundamentación de las atribuciones preferentes como institución de Derecho de familia, bien se desarrolle ésta en sede de Sucesiones, bien en sede de regímenes matrimoniales comunitarios.

La continuidad profesional e intimidad personal no pueden arbitra-

riamente desconectarse del contexto familiar que las inspira, como remedio en unos casos frente a las adversas consecuencias patrimoniales —únicas atendibles razonablemente por la vía del Derecho— que se suelen derivar de las crisis matrimoniales que se cierran con la separación o el divorcio y en otros frente a la disgregación de un patrimonio cuya razón de ser protegido en su integridad es, fundamentalmente, la de su dimensión familiar, de la que puede ser pieza maestra la figura de hijo-colaborador en la explotación y para cuya permanencia sería condición necesaria, no suficiente, la de reconocerle una expectativa de sucesión en la misma que podría muy bien encarnarse en una atribución preferente meramente facultativa, porque aquí con mayor razón el Juez estaría llamado a valorar, en caso de conflicto, que el interés privativo así protegido no se atienda en detrimento del conjunto familiar y en perjuicio directo de los restantes coparticionarios.

c) EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO Y EL NEXO EXIGIBLE

Ya hemos razonado y expuesto más atrás que con la atribución preferente el legislador quiere resolver o, como mínimo, mitigar los efectos que se derivan, en la esfera puramente patrimonial, de la obligada división de la masa ganancial a la conclusión del consorcio matrimonial, pero no orientando la construcción del derecho de atribución preferente como punto de partida para que uno de los cónyuges o ambos puedan cimentar un futuro profesional o personal, lo que sería bastante utópico y como tal poco realista.

Por el contrario, su finalidad con alcance más modesto, pero, a mi juicio, mucho más eficaz, se concreta en favorecer la continuidad profesional y la personal de uno o de ambos cónyuges, precisamente facilitando el que en el correspondiente lote o hijuela entren aquellos instrumentos profesionales que fueren gananciales por excepción, la explotación agrícola, comercial o industrial que dirija personalmente, o el local en el que viniese desempeñando su profesión, los bienes de uso personal que se reputen gananciales, igualmente por excepción, o la vivienda donde tuviese su residencia habitual para lo que es, pues, necesario que exista un nexo entre atributivo y bien atribuible anterior y coetáneo al tiempo de la conclusión de la sociedad de gananciales, y no proyectado o creado con vistas a la partición propiamente dicha.

Todo ello quiere decir, a mi personal modo de entender la institución, que la finalidad prevista y en cuanto tal protegida requiere que el nexo existente entre la personal del atributivo y el bien declarado atribuible por el artículo 1.406 del Código Civil sea real y comprobable,

anterior y coetáneamente al ejercicio del derecho de atribución, puesto que con la partición deberá convertirse ordinariamente en plena propiedad y, ocasionalmente, en un derecho de uso o habitación.

a') *Caracterización como un ius in re*

La caracterización jurídica de la atribución preferente partiendo del nexo, considerado éste como elemento determinante de la naturaleza de aquélla, ha sido esbozada por GARCÍA CANTERO al afirmar que «en cuanto a su configuración jurídica, este derecho podría incluirse entre los de adquisición preferente de carácter real que se ejercita con ocasión de la liquidación de una comunidad de bienes, mediante declaración unilateral de voluntad dirigida a la contraparte que recae sobre bienes concretos y determinados» (95). La propia expresión «podría incluirse» que utiliza GARCÍA CANTERO sugiere más una forma pedagógica de manifestar una idea de similitud, como apunta en cierto modo DE LOS MOZOS (96), que una afirmación explícita acerca de la que entiende sea su verdadera naturaleza jurídica.

No obstante, ello pone de manifiesto la conveniencia de cuestionarnos si la posición del atributario respecto del bien atribuible, en presencia del nexo exigido por la norma, constituye o no un verdadero *ius in re* sobre éste, configurando una especialidad más dentro de la categoría —constantemente creciente— de los llamados *derechos reales de adquisición*.

La divergencia teórica sobre la naturaleza de los derechos de adquisición como auténticos derechos reales favorece indudablemente la posibilidad de llegar a considerar a las atribuciones preferentes como un subtipo dentro de tal categoría. Ahora bien, entendemos con la doctrina dominante y con expresión de SANCHO REBULLIDA que la «inmediación, característica de los derechos reales, no consiste tanto en la actuación —posible— directa sobre la cosa, cuanto en la actuación sobre ella sin intermediación del propietario... el tanteo, el retracto y la opción pueden estructurarse sobre la posibilidad de ser actuados sin mediación del propietario, sin prestación. Por lo mismo, pueden ser ejercitados cualquiera que sea el propietario actual; pueden configurarse con indiferencia de quién sea el dueño de la cosa, a la cual siguen a través de todas las vicisitudes y cambios» (97). O, como expone de forma sucinta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que «implican un poder —sin mediación de un obli-

(95) G. GARCÍA CANTERO: *Derecho civil...*, de CASTÁN, t. V, vol. 1, pág. 476.

(96) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, XVIII, 2.º, págs. 507 y 508.

(97) F. SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ, vol. 2, parágrafo 51, págs. 237 y 238.

gado— sobre la cosa, protegido frente a todos» (98), lo que supone el contenido mínimo de cualquier derecho real.

Ello nos conduce a la constatación de que las atribuciones preferentes no pueden ser calificadas como un derecho real de adquisición, puesto que en ellas no se da ese grado de inmediación sobre la cosa, el atributario no puede ejercer su derecho sobre el bien fuera del marco patrimonial estricto del consorcio dividendo. La función de la atribución preferente es pura y absolutamente particional; carece de eficacia traslativa frente a los coparticionarios o frente a terceros; su incidencia sobre la masa dividenda es de carácter totalmente determinativo de la atribución—como pone de manifiesto el artículo 1.068 del Código Civil—, es de la propiedad exclusiva o del uso o habitación (en el art. 1.407) de los bienes adjudicados; no se adquiere nada, pues lo que figura en cada hijuela ya era propio de cada particionario, si bien de forma indiferenciada. El derecho de atribución no incide directamente sobre las cosas atribuibles, sino sobre la *mecánica* de la partición propiamente dicha, en virtud de unos supuestos de hecho generadores de determinados intereses a los que la ley les presta una especial protección, y que permite que con esos bienes en los que se dan las situaciones de hecho determinantes del reconocimiento del derecho, se encabece la hijuela del atributario.

La posición del coparticionario no atributario, aunque en términos figurados generalmente admitidos, puede considerarse un *pati*, no se corresponde tampoco con el deber pasivo que es propio de los derechos reales, sino con la posición propia de un coparticionario al que la Ley impone una preferencia en la elección de la que es titular otro particionario. Se trata, a mi juicio, de un deber de cooperación, que como ponen de relieve LARENZ y VON THUR, consiste en la participación en producción de efectos en la esfera de otro sujeto que es titular de un derecho potestativo o de configuración jurídica, como de alguna manera, a su vez, se deduce de los términos del artículo 56, 3.º, *in fine*, de la Compilación aragonesa; su posición de cooperación en nada limita sus acciones en defensa de la integridad cuantitativa de su hijuela y, en la reconstrucción, de ser ello posible, de la igualdad cualitativa.

La configuración sugerida por GARCÍA CANTERO tiene un claro sentido práctico en el ámbito de las atribuciones preferentes del artículo 832 del Código Civil francés, en las que el atributario puede optar por el mantenimiento de la indivisión, o en nuestra Ley de 24 de diciembre de 1981 con muy parecidas consecuencias, pues en éstas hay una verda-

(98) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 344.

dera expropiación forzosa *ex lege* de partes indiferenciadas de las que son titulares los otros partíciparios no atributarios, pero en nuestro caso, incluso en los supuestos del 1.407 del Código Civil, la finalidad sigue siendo la de partir una masa consorcial, si bien por una vía específica en la que se reconoce un derecho de preferencia a una de las partes.

El nexu no llega, pues, a configurar la atribución preferente como un *ius in re* dentro de la categoría de los derechos de adquisición, tan sólo supone un *prius* fáctico necesario, que junto a otros elementos personales condiciona el nacimiento del derecho para un partícipario concreto y para un objeto concreto del haber consorcial neto dividiendo.

b') *Caracterización como un supuesto de ius ad rem*

La *affectio ad res* —de las que nos habla CÍCERÓN (99) para destacar el personalismo que llegan a adquirir determinadas cosas para determinadas personas—, que está presente tanto en el nexu requerido como en la finalidad misma de la atribución preferente, podría dar lugar a la caracterización de este derecho como un *ius ad rem*, como supuesto que «constituye un estadio en el proceso de adquisición» (100), por lo que creo merece la pena detenerse en su consideración.

Los puntos de partida históricos de construcción de la figura, como ponen de relieve JERÓNIMO GONZÁLEZ, VALLET DE GOYTISOLO, PUIG BRUTAU, FONCILLAS y DíEZ-PICAZO (101), giran en torno a la protección frente a terceros que se concede al feudatario o al beneficiario eclesiástico en el tiempo que media entre la *designatio* o *electio* (*tenue ius*) y la prestación de *pleito homenaje* o *investidura* (*plenum ius*) por la que nacía un verdadero *ius in re* sobre el feudo o monasterio o diócesis; entre uno y otro momentos se entiende que hay un derecho a la cosa (*ius ad rem*) o un derecho real potencial (*werdendes sachenrecht*). Como puntualiza VALLET DE GOYTISOLO, la función de este *ius ad rem* consistía en que «concedía al *electus* la facultad de pedir *erga omnes* el beneficio y éste le era *affectum*, tanto que algunos no dudaron en otorgarle la *actio in re*, si bien por el carácter administrativo de la demanda se optó en definitiva por conceder la *imploratio officii iudicis*, pero con efecto absoluto y, sin embargo, el *ius ad rem* fue contrapuesto al *ius in re*».

El Derecho civil moderno, por influencia de WOLFF y de éste sobre

(99) CÍCERÓN: *De senectute*, III, 2.

(100) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales...*, pág. 17.

(101) J. M.^a FONCILLAS LOSCERTALES: «El *ius ad rem* en el Derecho civil moderno», en *Estudios jurídicos*, Madrid, 1974, págs. 125 a 126; L. DíEZ-PICAZO: *Elementos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1972, págs. 56 y sigs.; J. B. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, pág. 125; J. PUIG BRUTAU: voz *ius ad rem*, en *NEJ*, Seix.

el Derecho prusiano codificado, en 1874 (*Allgemeiner Preussischer Landrecht*), se aplica a la doctrina del título y el modo, como ha puesto de manifiesto JERÓNIMO GONZÁLEZ distinguiendo entre una causa remota (título) del derecho real que genera un *ius ad rem* o un *Recht zur Sache* y una causa próxima (modo) que da lugar a un pleno *ius in re* o a un *Recht auf die Sache*. Entre nosotros se quiere aplicar esta figura intermedia para la aplicación de la eficacia frente a terceros de determinados derechos personales, como son los supuestos del artículo 1.473 del Código Civil y del artículo 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria.

No parece que esta vía, de significación mucho más histórica y formal que de contenido real aplicable a nuestro Derecho positivo, sea la adecuada para la caracterización de la atribución preferente a partir del nexo de afección. La presencia del nexo exigible es un requisito esencial para el nacimiento del derecho de atribución en la mayor parte de supuestos que se contemplan en la norma y es posible admitir con DE LOS MOZOS que «existe, además, una vinculación previa y un estado posesorio o cuasiposesorio respecto de unos determinados bienes comunes en relación a uno de los cónyuges» (102), lo que le sirve al autor para destacar la desmesura que supone el entender la atribución como una proyección patrimonial de los derechos de la personalidad, pero la *affectio* no sirve para fundamentar la atribución sobre el nexo o desviarla, como afirma DE LOS MOZOS, de una relación anterior respecto de los bienes de que se trate», lo que podría equivaler en cierta forma relativa a una especie de *ius ad rem*.

Pero creo que no puede entenderse así. Primero, y como apunta el propio DE LOS MOZOS, cada tipo de atribución tiene su fundamento «en razones singulares diversas» y origina una diferente exigencia en cuanto al nexo, su intensidad y forma, que puede llegar a ser una relación puramente espiritualizada en el caso de la vivienda, pues entiendo que para hacerse atribuir el hogar familiar el cónyuge sobreviviente sólo requiere que se haya mantenido el *honor matrimonii* aunque se haya encontrado ausente como emigrante durante largo tiempo, en tanto que para la explotación se exige nada menos que ser «gestor». Segundo, el nexo no puede dar lugar a una situación jurídica intermedia entre el derecho personal y el derecho real, o mejor como un derecho personal que tiene efectos reales, que es, en definitiva, el *ius ad rem*. No hay que olvidar que el cónyuge atributario es ya propietario del bien atribuible porque es titular aunque por cuota y, por tanto, en forma indeterminada, por lo que su relación con la cosa es muy superior a la que puede proporcionar un *ius ad rem*. La *affectio* versa no sobre titulari-

(102) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, XVIII, 2.º, págs. 505 y 506.

dad, sino sobre destinación y gestión en la administración de la sociedad conyugal por cumplir una función profesional, por gestión especializada o por destinación personal. El nexo destaca un dato de la historia de la sociedad de gananciales y no una proyección de futuro necesariamente, sino tan sólo cuando cabe el valor de lo atribuible en el haber del atributario. Tercero, tampoco puede entenderse así por la propia estructura del *ius ad rem*. No hay aquí procedencia de una relación obligatoria, no hay una actuación de un derecho potencial que tiende a perfeccionarse como *ius in re*, y finalmente, como destaca JERÓNIMO GONZÁLEZ, nunca históricamente se ha admitido como substrato de los juicios divisorios, cuya esencia es la misma que la de la partición, en cuya dimensión nos interesa aquí y ahora.

c') *Caracterización como derecho de crédito*

Las expresiones «pago del haber» (103) o «la adjudicación preferencial se paga con el crédito que el partícipe tiene por su haber» (104) no pueden tomarse como reflejo literario de la íntima naturaleza jurídica de las atribuciones preferentes, sino figuradamente como forma usual de manifestar la posición de cualquier titular de una cuota del haber, remanente positivo de la masa común dividenda; igual se paga al atributario que al no atributario.

Es cierto que un cónyuge cotitular en la comunidad posganancial puede ser respecto de éste acreedor o deudor por la cuenta de reembolsos y reintegros, y que con posterioridad a la liquidación puede mantener tal posición respecto del otro u otros en el momento mismo de la partición. Pero como ya hemos venido exponiendo a lo largo de este estudio, la atribución preferente de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no puede ser, en el plano teórico al menos, reconducida a la figura de la predetracción *in natura* en el cobro de los créditos de recompensas de los que un cónyuge es titular. Es más, hemos apuntado tal ausencia como uno de los defectos tradicionales de la sociedad de gananciales a los que no se ha puesto remedio con la reforma de 13 de mayo de 1981. Lo que puede dar lugar en la práctica —nada se opone a ello— a adjudicaciones mixtas en las que una parte del valor de lo adjudicado corresponda a satisfacción del crédito y otra parte del valor a una verdadera adjudicación preferente, pero sin que por ello se confundan las *causas* de atribución: una sería una *dación en pago* y la otra una *concreción o especificación* de toda o de parte de la cuota

(103) J. L. DE LOS MOZOS, *id.* nota anterior.

(104) L. Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, pág. 1801.

que el atributario preferente tiene en la comunidad posconyugal divida.

La atribución preferente no da lugar a una reproducción del esquema jurídico formal de las relaciones crediticias; el atributario no es un acreedor, de la misma forma que el cónyuge no atributario o, en su caso, los coparticionarios herederos de éste no son deudores. El deber de estos últimos se limita a no imposibilitar el derecho del primero a configurar la composición de la hijuela con uno o varios de los bienes para los que la ley le otorga preferencia, por la vía de determinar no siempre todo el contenido de la partición, sino la modalidad mecánica a seguir, lo que no es suficiente para caracterizar esta posición como *vínculo*. Ni siquiera es de esencia en la atribución preferente la desigualación cualitativa, es decir, la existencia de un derecho a trato diferente, sino que ello es una consecuencia que de ordinario se produce con el ejercicio de tal derecho, pues en la medida de lo humanamente posible y en función de la composición del patrimonio debe ser evitada por la vía de elegir el no atributario, en segundo turno, bienes valorados con el mismo criterio hasta igualar en valor la elección de quien es titular del derecho a la preferencia.

Esta relación derecho-deber no tiene la configuración propia de un derecho de crédito, y buena prueba de ello es que no se manifiesta con fuerza suficiente para incidir en las operaciones liquidatorias previas a la partición propiamente dicha, en donde los no atributarios sólo vienen obligados a un respeto en la medida de lo posible, es decir, el mismo que merece cualquier expectativa de derecho, y no más.

El que en nuestro Derecho los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil no tengan una perfecta correspondencia con las reglas de la liquidación (arts. 1.399 a 1.403) —a diferencia de lo que ocurre con el derecho de atribución belga y en menor medida, pero con suficiente base operativa, en el Derecho francés—, no quiere decir que no puedan calificarse en él nuestras atribuciones preferentes como un derecho de crédito y en los otros ordenamientos sí, sino que con nuestras reglas, por insuficientes, no puede llegarse al grado de realización o de materialización del interés protegido que con aquellas otras podría alcanzarse, sin que ello suponga un cambio de caracterización jurídica, pues en estos ordenamientos la atribución preferente tampoco adquiere la *veste* de derecho de crédito.

d) LA CONDICIÓN DE ATRIBUTARIO Y EL INTERÉS JURÍDICAMENTE PROTEGIDO

La proyección del interés protegido con la atribución preferente sobre la persona del atributario es, como ya hemos advertido, muy diferente cuando ésta se configura como atribución por mera declaración del atributario o petición homologada judicialmente (denominada esta última meramente facultativa), ya que en tanto en esta última se requiere para su reconocimiento una valoración al menos sobre la congruencia del interés personal con el fin social en que se asienta la institución y con el interés de la familia, en la atribución por mera declaración unilateral del atributario (denominada de derecho) tales condicionamientos sólo pueden encontrarse en la norma misma y quedan como elementos presuntos *iuris et de iure* en el sujeto titular; es decir, no ha lugar a la comprobación de oficio de estos aspectos por el Juez, ni siquiera, entiendo, puede hacerse valer la incongruencia de interés por los coparticionarios no atributarios como motivo de oposición al ejercicio del derecho de atribución.

La titularidad de este derecho se discierne, cualquiera que sea el sistema de atribución preferente, por la doble circunstancia de ser partícipario —en una interpretación rigurosa del texto, por ser cónyuge partícipario— y por el nexo de afección que para cada tipo de bien exige la norma. La primera circunstancia no requiere verificación alguna, pero sí la segunda que necesita, ante la oposición de la otra parte, ser probada, recayendo la carga de la prueba en uno u otro partícipe según sea el tipo de bien de que se trate, en función de las presunciones y reglas propias del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales. Es decir, en los bienes contemplados en el apartado 1.º del artículo 1.406, dada la presunción de ser privativos del cónyuge usuario, la carga de la prueba de la ganancialidad primero y de la falta de destino al uso personal después deberá recaer en el no atributario, mientras que en los supuestos de los apartados 2.º y 3.º **deberá ser el atributario** quien pruebe que gestiona personalmente la explotación de que se trate o ejerce en exclusiva la profesión en el inmueble atribuible, puesto que como regla de principio la gestión se presume compartida.

Si ambas circunstancias son necesarias para conferir a un cónyuge la condición del titular del derecho, quiere decirse que éste es personalísimo, que sólo nace para quien reúne en su persona las dos circunstancias y precisamente, como finalidad de la norma, para que el titular pueda seguir en su posición después de que se materialice la partición. Por ello se echan en falta reglas que obliguen a la continuación de tal

explotación o ejercicio profesional después de la partición, pues parece fuera de lugar que una norma finalística se construya dejando al arbitrio del atributario la destinación posterior de los bienes atribuidos.

Si el derecho de atribución es personalísimo para el cónyuge atributario y como tal insusceptible de transmisión a terceros adquirentes de la cuota en el consorcio conyugal o para los acreedores subrogados en su posición de partícipario, también lo es —naturalmente, si se admite la posibilidad— para los herederos del otro cónyuge en cuanto puedan ser atributarios en su condición, igualmente doble, de partíciparios y de colaboradores en la gestión de la explotación o de gestores-delegados propiamente dichos, y, por tanto, la hipotética titularidad del derecho de atribución de estos últimos requeriría de las mismas circunstancias específicas que se deben dar en el cónyuge, y la condición de atributario resultará asimismo intransmisible por personalísima.

Todo ello debe entenderse así, a mi personal juicio, no por tratarse de un derecho excepcional y privilegiado, como ha entendido una buena parte de la doctrina y la primera jurisprudencia francesas (pues creo que aunque se trata evidentemente de una excepción al modo general de partir establecido en los artículos 1.061 y siguientes del Código Civil no se configura con un contenido excepcional y privilegiado), sino por su misma esencia y función. Es decir, el interés protegido por la norma se proyecta no en la función socioeconómica de los bienes objeto del derecho de atribución, sino en la persona misma del atributario, como ha puesto de manifiesto reiteradamente VIATTE en todos sus trabajos sobre atribuciones (105). Si la protección se manifestase fuera del estricto marco familiar, como pretende de *lege ferenda* el prestigioso magistrado francés, sería absurdo defender la condición de personalísimo del derecho de atribución, ya que habría que reconocerlo también en favor del adquirente de cuota ajeno a la familia, siempre que se comprometiese a no dividir la explotación y la gestionase personalmente.

En el fondo, las contradicciones que muestra una parte de la doctrina francesa no son sino manifestaciones, como señala PATARIN (106), de los excesos producidos en la regulación de las atribuciones preferentes por las constantes presiones de determinadas asociaciones de agricultores franceses sobre los poderes ejecutivo y legislativo de aquel país, en las que la unidad de la explotación se lleva a tales extremos que conducen al desconocimiento de los propios fines de la institución y, lo que es más grave, al desprecio más absoluto por los valores de coope-

(105) VIATTE, *op. cit.*, nota 2; para este autor, el objeto debería ser la unidad de la explotación, y por ello podría ser el atributario cualquier titular.

(106) Ver, al respecto, el trabajo a que se hace referencia en la nota 1.^a de este capítulo.

ración y unidad familiar que se tratan de favorecer. En este sentido la Ley francesa de 23 de diciembre de 1970 abandona los principios de la atribución preferente y abre el camino de la amortización de las explotaciones agrícolas, aunque no a la medida todavía de los deseos de VIATTE, para quien sería deseable el regreso al sistema de propiedad agrícola anterior a 1804 (107).

En tanto no se llegue al indeseado e indeseable sistema de vinculaciones, primer paso atrás camino de la recreación de la servidumbre, el interés protegido sólo tiene verdadera significación social entendido en el contexto familiar, y por ello considero desacertado el no haber perfilado nuestro Código una atribución meramente facultativa en la que el Juez, a falta de acuerdo entre los particionarios, examine la compatibilidad entre el interés personal del atributario y el interés más general de la familia, que a mi juicio es el que debe prevalecer en todo caso, por proceder el bien de un consorcio conyugal cuya primera función era la de sostener económicamente a la familia.

C. Configuración formal del derecho de atribución preferente

Las doctrinas francesa y belga han evitado efectuar un tratamiento dogmático de las atribuciones preferentes y se han centrado en el examen casuístico en toda la extensión de sus posibilidades y de sus límites. Tal vez sería lo prudente imitarles en este punto y prescindir aquí de cualquier tipo de especulación teórica, que poco puede añadir a lo ya expuesto, pero las marcadas diferencias que el sistema español presenta respecto de lo que podemos considerar sus más próximos antecedentes aconsejan, a mi juicio, no rehuir tal tratamiento.

Ya hemos hecho constar repetidas veces que la no diferenciación entre la atribución meramente facultativa y la derivada de la manifestación unilateral del atributario, denominada de derecho, la limitación de la posibilidad de abono de la diferencia en metálico y la ausencia de conexión entre el ejercicio de la atribución y las operaciones inmediatamente antecedentes a la propia partición, en especial la de liquidación de los créditos por recompensas entre la comunidad y las masas privativas (pues éstas son en síntesis las más salientes diferencias), traerán como consecuencias difícilmente evitables no sólo una mucho menor operatividad para nuestras atribuciones preferentes, sino también una menos acusada proyección social que se dejará sentir fundamentalmente

(107) Ver el artículo a que se hace referencia en la nota 2.ª de este capítulo.

(108) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 479.

sobre la continuidad y la estabilidad en el ejercicio profesional o desempeño de la actividad empresarial de los cónyuges de economía modesta. Sin embargo, estas notables divergencias no nos sitúan ante fenómenos jurídicos diferentes, sino ante formas y desarrollos normativos claramente diferenciados de una misma institución.

a) EL DERECHO POTESTATIVO DE CONFIGURACIÓN JURÍDICA
DE LA PARTICIÓN

Nuestro sistema de atribuciones preferentes, como también hemos hecho constar ya, circunscribe este derecho, mucho más que cualquier otro sistema, a la partición propiamente dicha, en forma tal que la declaración unilateral y recepticia del ejercicio de tal derecho efectuada en el momento más lógico considerado en abstracto, cual es el de la formación del plan *liquidatorio-particional*, no crea, en la fase de liquidación, más obligación para el cónyuge no atributario o para los restantes coparticionarios que la de no impedir abusivamente la atribución solicitada en el ejercicio de sus propios derechos liquidatorios.

Y es que la conformación de la partición que se actúa mediante la declaración unilateral de atribución no afecta a todo el sistema liquidatorio-particional, como hubiera sido deseable, sino tan sólo a la división material propiamente dicha, es decir, a la formación de lotes y entrega de los mismos.

La afirmación de la doctrina francesa referida al Decreto-ley de 1938, por la que se calificaba a la atribución preferente como un modo legal de partición, conviene hoy más al sistema español que al propio sistema francés actual, puesto que en éste se da una interrelación entre las distintas fases del proceso liquidatorio, entendido este término en el sentido usual amplio, a partir de la declaración formal del atributario, que no encontramos en nuestro sistema y cuya hipotética reconstrucción sólo puede alcanzarse por la vía de un árido discurso interpretativo no exento de riesgos y de posibilidades de incurrir en error, haciendo decir a los textos más de lo que dicen.

Las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil presuponen, literalmente contempladas, que el atributario hace valer su derecho en presencia de una comunidad liquidada, libre de toda relación crediticia o habiendo previsto la forma de satisfacción de las pendientes en las que resulte deudora tanto respecto de terceros acreedo-

(109) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, XVIII, 2.º, págs. 442 y 443.

(110) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1784.

(111) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1784.

(112) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 479.

res como respecto de las masas privativas de los cónyuges, en la que como remanente neto figuren bienes atribuibles. Es en este marco en el que un cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber tales bienes.

Ya sabemos que esto no es exactamente así; que existen posibilidades más ricas de actuación del derecho de atribución preferente, que hemos intentado aclarar y destacar, pero es innegable que éste es el contenido esencial y caracterizador de tal derecho.

El derecho de atribución preferente se perfila como un derecho potestativo, entendido con MESSINA como «un derecho subjetivo concreto que confiere el poder de *conformar* relaciones jurídicas concretas a través de un negocio jurídico unilateral» (113), que se otorga a un cónyuge con ocasión de la partición de la comunidad posganancial, bajo determinadas circunstancias personales y objetivas que determina la norma, por cuya virtud puede un titular configurar un modo de partición que permita de forma directa la inclusión en su hijuela de un determinado bien con preferencia sobre el otro cónyuge o sobre los otros coparticionarios. Se trata del derecho subjetivo secundario sin pretensión propiamente dicha que confiere *ex lege* al titular la potestad de determinar un efecto jurídico previsto en la norma, como pone de manifiesto FERRARA (114); aquí el atributario tiene por su señorío la voluntad reconocida por la ley, manifestada recepticiamente por la contraparte en la división, de determinar la modalidad mecánica de división conocida como atribución preferente, es decir, una forma específica de división que se configura en atención a un *ius praelationis* nacido para un sujeto y referido a unos concretos objetos y, en nuestro ordenamiento como supuesto ordinario, limitado a un *quantum* específico, el que alcance su haber neto en el consorcio. Como pone de manifiesto VON THUR, frente al titular no se sitúa a un auténtico obligado, sino «un adversario», que tiene que soportar los efectos producidos (115), por lo que, como indica FERRARA, «la singularidad de estos poderes se encuentra en que son derechos sin obligación y sin pretensión». Para el profesor DE CASTRO es dudosa la figura como configuración autónoma, y, en todo caso, puede aceptarse como un derecho subjetivo secundario (116), lo que evidentemente admitimos, puesto que la titularidad de este derecho sólo puede

(113) G. MESSINA: «Sui cosiddetti Diritti potestativi», en *Scritti Giuridici*, volumen V, pág. 3, Milán, 1948.

(114) F. FERRARA: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, «Dottrine generali», parte I, págs. 341 y sigs.

(115) VON THUR: *Derecho civil*, I, 1, págs. 203 y sigs.

(116) F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, t. I, libro preliminar, pág. 676.

reputarse de quien tiene el derecho subjetivo de instar y obligar a la liquidación —en sentido amplio— de la comunidad posconyugal.

Esta posición jurídica viene, pues, determinada por unas circunstancias personales, materiales y de relación entre ambas que sirven de presupuesto necesario para el derecho subjetivo secundario de origen legal que denominamos de atribución preferente, pero, como sabemos, no configuran al derecho mismo, sino que son un *prius* para su propio nacimiento. Circunstancias que varían en función de cuál sea el objeto atribuible en cada caso, y por ello no pueden ser incorporadas a la estructura interna del derecho; son, en todo caso, elementos necesarios pero externos y en cuanto tales deben ser calificados como circunstancias condicionantes. Esto es perfectamente claro en el nexo que debe mediar entre el atributario y la cosa atribuible; esta afección —que debe darse de ordinario— ha sido e incluso es el motivo que ha impulsado al legislador a regular las atribuciones preferentes. Sin embargo, puede presentarse en múltiples formas que van desde una ocupación exclusiva y excluyente necesaria para la atribución de explotaciones hasta una relación con la cosa que puede ser incluso compartida con otros coparticiparios con diferente intensidad, diversos fines o mejor título, como acontece con el local profesional, e incluso la afección puede ser totalmente espiritualizada a través del *honor matrimonii* como ocurre con la vivienda familiar; pero entiendo podría darse con la personalidad con que se interviene en la partición, pues si bien la norma habla exclusivamente del cónyuge, es decir, del particionario que concurre a la partición con tal condición, no puede, a mi juicio, desdeñarse como posibilidad el que sean atributarios otros particionarios. Como tampoco cabe predicar, por la vía de considerar la atribución como derecho excepcional o como privilegio legal, que este derecho sólo puede ejercerse respecto de los objetos taxativamente enumerados en el artículo 1.406 del Código Civil, pues, como hemos expuesto, la relación de objetos debe entenderse *ad exemplum*, y, en consecuencia, deben comprenderse todos aquellos otros que cumplen una función idéntica a los enumerados en el precepto.

La presencia de estos elementos de carácter personal y objetivo, en la forma y grado que requiera cada tipo de atribución, constituye un *prius* necesario para el nacimiento del derecho, es decir, para que nos encontremos en presencia de un potencial atributario, pero la suma y reunión de estos requisitos circunstanciales no provocan automáticamente la atribución: el atributario, en función de la posición que ocupa, no puede «adquirir la propiedad de determinados bienes» —de la que nos habla GARCÍA CANTERO (117) en sentido figurado—, sino que está en

(117) G. GARCÍA CANTERO: *Derecho civil...*, de CASTÁN, t. V, vol. 1, pág. 476.

posición de emitir una declaración de voluntad dirigida a la otra parte, es decir, recepticia, por la que esos determinados objetos, para los que reúne las condiciones legales exigidas, deberán incluirse en la partición en su lote o hijuela. Es, pues, la declaración por quien está en condiciones de hacerla la que da lugar al nacimiento y a la actuación del derecho. Sin tal declaración efectuada en tiempo y forma, la división material deberá efectuarse conforme a los principios del artículo 1.061, es decir, conforme a la más estricta igualdad cualitativa y cuantitativa y a un sistema aleatorio de adjudicación de lotes.

La manifestación de voluntad, como corresponde a la categoría todavía hoy poco estudiada de los derechos potestativos o de configuración jurídica, excluye la aplicación de la modalidad de partición ordinaria propia de la comunidad hereditaria y abre otra específica del consorcio matrimonial en presencia del derecho de atribución preferente.

b) MODALIDAD ESPECÍFICA DE PARTICIÓN

El derecho de atribución preferente se concreta en el hacerse incluir un bien con carácter atribuible en la hijuela del atributario como parte o totalidad de su cuota en la comunidad, ordinariamente sin que pueda sobrepasarla, o, en el caso específico del cónyuge supérstite, pudiéndola sobrepasar, pero abonando al contado la diferencia en dinero. Ahora bien, esta concreción no supone que el atributario se convierta en partidor exclusivo o simplemente dominante frente al otro u otros coparticionarios a quienes corresponde una posición pasiva consistente en dejar hacer o en un mero tolerar. Es decir, a estar y pasar por la aplicación de una modalidad de partición configurada por la declaración de voluntad del atributario, para la que el no atributario tiene un deber específico de cooperación del que nos habla LARENZ como correspondiente posición del derecho de configuración jurídica (118). Esta visión negativa se corresponde con la exagerada presentación francesa de la atribución preferente como privilegio y al haber destacado ésta una consecuencia estadísticamente comprobable, cual es la de la desigualación cualitativa, convirtiéndola en un efecto directo de la atribución, cuando ello no tiene por qué ser así de forma necesaria.

La atribución preferente no cambia el sentido, ni la posición de las partes en la división material, sino que lo que cambia necesariamente es el método tradicional por otro adecuado a sus fines de mantenimiento de determinados *status* que podrían verse gravemente comprometidos o

(118) K. LARENZ: *Tratado de Derecho civil alemán*, parte general, págs. 280 y sigs.

directamente perjudicados como consecuencia de una división que obligue al fraccionamiento de determinados bienes o los atribuya sin consideración alguna para con las necesidades, bien humanas, bien profesionales, y por ello esa división se abre colocando un bien concreto en una hijuela concreta, es decir, aplicando para un sujeto y unos objetos predeterminados *ex lege* la técnica que se esboza para la partición de la comunidad hereditaria en el artículo 1.062 del Código Civil, si bien de forma que no pueda ser impedida por uno de los coparticionarios y que no pueda dar lugar al abono del exceso en dinero (salvo, claro está, que se trate de un cónyuge sobreviviente).

Esta modalidad tradicional, como ya hemos puesto de manifiesto, no puede entenderse de forma que cuando la suma en valor de los bienes atribuidos no alcanza para cubrir el haber del atributario se deba abrir una modalidad de división con arreglo al criterio aleatorio tradicional, lo que resultaría sumamente abusivo, sino que debe integrarse la hijuela o hijuelas de los copartícipes con arreglo a un criterio similar, ya que no idéntico, al de la atribución preferente.

D. Elementos para la elaboración de un concepto unitario del derecho de atribución preferente

El casuismo analítico que se impone en el estudio de las atribuciones preferentes, en razón de su propia novedad institucional en el seno de la sociedad de gananciales, de sus dificultades en la caracterización del objeto, de su conexión o desconexión con la dinámica general del *iter* liquidatorio-particional y sus diferenciadas operaciones, entre otras muchas cuestiones de interés, favorece una dispersión de los resultados obtenidos, o, simplemente, sugeridos o esbozados y conduce hacia una constante multiplicación de la problemática surgida de las diferentes interacciones. Todo ello, consecuentemente, hace mucho más difícil llegar a una decantación esquemática en la que pueda afirmarse qué elementos mínimos deben ser considerados esenciales para la integración unitaria de la figura, si es que puede predicarse una unidad institucional para ella.

La unidad institucional, por lo que se refiere a nuestra atribución preferente, a diferencia de lo que ocurre en Francia desde 1961 y en Bélgica, parece venir configurada por el propio texto del artículo 1.406 del Código Civil, de clara vocación conformadora de efectos y supuestos, reforzada si cabe por la redacción del 1.407 que destaca su carácter de excepción a la que se pretende regla general, y confirmada esta orientación por el tratamiento unitario que para la misma da nuestra mejor

doctrina —ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO, GARCÍA CANTERO, LACRUZ, DE LOS MOZOS, etc.—.

Hay que dejar aquí constancia de que la unidad institucional no puede encontrarse por el camino hasta el presente más explorado, el del análisis de la relación «exigible» entre atributario y cosa atribuida *versus* finalidad, al que he venido denominando con más o menos fortuna técnica «nexo», pues como hemos podido comprobar al tratar del objeto es el camino que garantiza la dispersión a que antes me refería. El que sea el más estudiado de todos los aspectos resulta enteramente lógico porque es a través de él, de forma más significativa, al menos, como podemos llegar al conocimiento de la virtualidad jurídica de la institución y la verificación de su eficacia finalista, pero no, repito, a la idea de síntesis omnicomprendensiva que interesa en los elementos de definición.

Las líneas de síntesis, en mi personal opinión, corren parejas con las que ya hemos destacado como determinantes de la caracterización jurídica del instituto y no muy lejanas de las de la doctrina francesa anterior a las ampliaciones objetivas, subjetivas y de caracterización que se multiplican desde la promulgación de la Ley de 19 de diciembre de 1961, cuando BOULANGER la definía escuetamente como «una modalidad de la partición que constituye un verdadero derecho para aquel de los coparticionarios que reúne las condiciones exigidas por la Ley» (119), y por ello esta síntesis sólo se puede obtener de los elementos realmente comunes a todos los tipos y supuestos: *a)* el ser el derecho de atribución un auténtico derecho subjetivo secundario, de carácter potestativo o de caracterización jurídica, del que es titular un particionario de la comunidad posconyugal; *b)* mediante el cual se actúa una modalidad específica de partición que permite que un bien ganancial de características determinadas por la norma o por extensión de la misma, que se mantiene en el remanente consorcial neto, debe ser incluido con preferencia en la hijuela o lote de aquel coparticionario que reúne, a su vez, las condiciones específicas requeridas para cada tipo de bien declarado atribuible, y *c)* en todo caso, deberá respetarse la igualdad cuantitativa dentro del montante en valor del total del consorcio, por lo que sólo excepcionalmente podrá alcanzarse la igualdad mediante abono de compensación en metálico; en estos casos excepcionales el atributario, que deberá ser cónyuge superviviente, podrá optar, para el restringido ámbito material previsto en el artículo 1.407, entre la atribución en propiedad o por un derecho real limitado de uso o habitación.

Reunir estos varios elementos en una definición formal y académica es desde luego posible, pero entiendo que en nada ayuda al tratamiento

(119) RIPERT y BOULANGER, t. 4, núm. 3.093.

de una institución poco elaborada en todos los aspectos y que no debe ni puede ser limitada y acotada por su reducción a moldes rigurosos antes de que llegue a desarrollar sus verdaderas y en gran parte ocultas potencialidades.

JOAQUÍN J. RAMS ALBESA

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Curso de Derecho civil*, IV Derecho de familia, Barcelona, 1982.
- AUBRY-RAU: «Droit civil», t. X, en *Successions*, por P. ESMEIN, París, 1954.
- «Droit civil français», t. VIII, en *Régimes matrimoniaux*, por A. PONSARD, París, 1973.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel: «Comentario al artículo 1.076 del Código Civil», en *Código Civil*, de Q. MUCIUS SCAEVOLA, t. XXV, vol. 2.º, Madrid, 1948, págs. 177 y sigs.
- BOULANGER, Jean: *La réforme du partage d'ascendant par la Loi du 7 février 1938*, Dalloz Hebd., 1938, chr. 41.
- BOUR, René: «L'extension du bénéfice de l'attribution préférentielle: privilège ou spoliation?», en *Gaz. Pal.*, 1971, 1, 225.
- *Les bénéficiaires de l'attribution préférentielle*, París, 1967.
- BOUTANT: «Les domaines héréditaires en Allemagne», en *BSLC*, 1935.
- CANO TELLO, Celestino A.: *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.
- CARBONNIER, Jean: «Le statut des bijoux dans le Droit matrimonial», en *Rep. Prat. Not.*, 1950, págs. 303 y sigs.
- CASMAN, Hélène, y VAN LOOK, Moni: *Régimes matrimoniaux*, Bruselas, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, V, «Derecho de familia», 1, en *Relaciones conyugales*, por G. GARCÍA CANTERO, Madrid, 1983.
- CLAVERÍA GONSÁLBEZ, Luis Humberto: «Las pertenencias en Derecho privado español», en *ADC*, 1976, págs. 3 y sigs.
- COLOMER, André: *Le statut des conjoints d'artisans et des commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, R. N. Defrénois, 1982, págs. 1393 y sigs.
- *Régimes matrimoniaux*, UTEC, París, 1982.
- 68.º Congreso del Notariado Francés, «L'attribution préférentielle», cap. I de la ponencia *De certaines difficultés du partage successoral*, vol. IV, 1971.
- CONTIN, Raphaël: «Les réglemens en nature dans les partages matrimoniaux», en *RTDC*, 1977, págs. 435 y sigs.
- CORNU, Gérard: *Les régimes matrimoniaux*, 3.ª edición, PUF, París, 1981.
- CORSI, Francesco: «Il regime patrimoniale della famiglia», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, vol. VI, t. I, Milán, 1979, y t. 2, Milán, 1984.
- CHEVALLIER, Jean: «La Loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle», en *JCP*, 1962, I, 1687 y sigs.
- DEKKERS, René: *Précis de Droit civil belge*, vol. III, págs. 472 y sigs., Bruselas, 1965.
- DELNOY, Paul: «L'exploitation agricole familiale et les régimes matrimoniaux», en *RNB*, 1977, págs. 572 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, «Derecho de familia. Derecho de sucesiones», Madrid, 1982.

- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Comentarios a los artículos 1.375 a 1.410», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- ESMEIN, Paul: «Successions», en *Droit civil*, X, de AUBRY-RAU.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, IV, «Familia», Madrid, 1981.
- FONCILLAS LOSCERTALES, José M.: «El *ius ad rem* en el Derecho civil moderno», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Derecho de familia*, I, «Relaciones conyugales», en *Derecho civil, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1983.
- GIRÓN TENA, José: *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: «La teoría del título y el modo», en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, 1948, págs. 300 y sigs.
- HAMBYE: «Rapport Hambye», en *Documents Parlamentaires. Sénat*, núm. 683 (SE, 1974), núm. 2, 25 noviembre 1975.
- HENRY, Max: *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, Recueil Dalloz-Sirey, 1979, ch. XXX, págs. 179 y sigs.
- IRTI, Natalino: «Del Diritto civile al Diritto agrario», en *R. Diritto Agrario*, 1961, páginas 227 y sigs.
- JUGLART, Michel de: «Régimes matrimoniaux», t. IV, vol. I, de *Leçons de Droit civil*, de MAZEAUD, París, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961.
- «Derecho de familia», en *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981, págs. 123 y sigs.
- *Elementos de Derecho civil*, IV, «Derecho de familia», Barcelona, 1982.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Miguel Angel: «La empresa mercantil y la sociedad de ganancias tras la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Revista Jurídica de Cataluña*, páginas 585 y sigs.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *El nuevo Derecho de familia*, t. II, «Régimen sobre filiación y sociedad de ganancias», Madrid, 1981.
- MARTY, Gabriel: «Les réformes récentes du droit successoral en vue de lutter contre le morcellement de certaines biens et spécialement des exploitations rurales à caractère familial», en *JCP*, 1941, I, 182.
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean: «Leçons de Droit civil», t. IV, vol. 1, en *Régimes matrimoniaux*, por M. DE JUGLART, París, 1982.
- MESSINA, Giuseppe: «Sui cosiddetti diritti potestativi», en *Scritti Giuridice*, vol. V, Milán, 1948.
- MEUNIER, Robert: «Liquidation d'une communauté déficitaire: Ordre de liquidation», en *RNB*, 1981, págs. 6 y sigs.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Comentarios al artículo 1.432 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, págs. 1896 y sigs.
- MOZOS, José Luis de los: «Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código Civil, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)», en *ADC*, 1974, págs. 523 y sigs.
- *La reforma del Derecho de familia*, en *España hoy*, Valladolid, 1981.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XVIII, vol. 2, arts. 1.344 a 1.410 del Código Civil, Madrid, 1984.
- PAOLA, V. de, y MACRI, A.: *El nuevo regime patrimoniale della famiglia*, Milán, 1978.

- PATARIN, Jean: «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la Loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction», en *RTDC*, 1961, págs. 27 y sigs.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1982.
- «La herencia y las deudas del causante», en *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, t. LXI, vol. I, IEJ, Madrid, 1967.
- PONSARD, André: «Régimes matrimoniaux», t. VIII, en *Droit civil français*, de AUBRY et RAU, París, 1973.
- *Comentaire de la Loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1966, L, págs. 158 y sigs.
- POTHIER, Robert Joseph: «Traité de la communauté», en *Oeuvres complètes*, t. VII, París.
- PUIG BRUTAU, José: «El testamento del empresario», en *RDP*, 1960, págs. 345 y sigs.
- RAUCENT, Léon: «Droit patrimonial de la famille», en *Les régimes matrimoniaux (Loi du 14 juillet 1976) et formules d'application*, 2.^a édition, Fac. de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruselas, 1978.
- RAYMOND, Guy: «L'attribution préférentielle des biens non ruraux en vertu de l'article 832 du Code Civil», en *RTDC*, 1966, págs. 427 y sigs.
- RAYNAUD, Pierre: «Les régimes matrimoniaux», en *Droit civil*, por G. MARTY y P. RAYNAUD, París, 1978.
- ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR: «El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria», en *RCDI*, 1947, págs. 585 y sigs.
- ROBERT, A.: «Le divorce et l'exploitation familiale», en *RTDC*, 1957, págs. 246 y sigs.
- SALÉILLES: «Le partage et la succession intégrale dans le Code Civil suisse», en *RTDC*, 1909, págs. 537 y sigs.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco: «Derechos reales de adquisición», en *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2.^o, en *Derechos reales*, de LACRUZ, Barcelona, 1970, páginas 237 y sigs.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho civil. Teoría y práctica*, V, «Derecho de familia», Madrid, 1982.
- SAUJOT, Colette: «Le fondement des récompenses», en *RDC*, LXVIII, págs. 684 y sigs.
- SAVATIER, René: *Reflexions sur l'attribution préférentielle de l'exploitation familiale agricole dans la Loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980*, R. Dalloz-Sirey, 1981, ch. XXV, págs. 187 y sigs.
- *Le régime des récompenses au regard de l'indivision post-communautaire*, R. Dalloz-Sirey, 1975, ch. XXX, págs. 175 y sigs.
- *La communauté conjugale nouvelle en Droit français*, Dalloz, París, 1970.
- SCHLESINGER, Piero: «Della Comunione legale», en *Comentario alla riforma del Diritto di famiglia*, dirigido por CARRARO, OPPO y TRABUCHI, t. vol. I, Padua, 1977, págs. 361 y sigs.
- SIMON, Charles: «Le régime légal: liquidation et partage du patrimoine commun», en *Ann. Dr.*, 1977, págs. 227 y sigs.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: «Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria», en *RCDI*, 1971, págs. 558 y sigs.
- «Comentarios a los artículos 1.344 a 1.374», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- VALKENEER, René de: «Evolution des droits de survie du conjoint», en *RNB*, 1978, páginas 66 y sigs.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962.

- VIATTE, Jean: «L'attribution du domicile conjugal», en *RGLJ*, 1970, págs. 73 y sigs.
— «Nouvelles extensions de l'attribution préférentielle», en *Journal des Notaires et des Avocats*, 1979, art. 49.939.
— «Le Droit au bail et le régime de communauté», en *Gaz. Pal.*, 1975, D, 721.
- VOIRIN, Pierre: *La transmission intégrale de l'exploitation familiale depuis la Loi du 7 février 1938 sur le partage d'ascendants*, Dalloz, Hebd., 1938, chr. 29.
— *La technique du phénix (commentaire de l'article 832-2 ajouté au Code Civil par la Loi du 19 décembre 1961)*, Dalloz, 1962, chr. 143.
- WATELER, Pierre: «Le régime légal: dissolution et liquidation», en *Sep leçons sur la réforme des régimes matrimoniaux*, Fac. de Droit, Econ. et Sciences Sociales, Lieja, 1976.
- WIEDERKEHR, Georges: «Le régime matrimonial légal, l'égalité des époux et la protection de l'homme marié contre la femme», en *RTDC*, 1969, págs. 230 y sigs.