

Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales.

(Régimen y naturaleza)

Primera parte

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES: A. *Introducción*. B. *Breve referencia a la evolución del Derecho francés en materia de atribuciones preferentes*: a) La reforma francesa de 1938: a') El marco económico y social. b') El contenido jurídico de estas normas. b) La Ley francesa de 19 de diciembre de 1961: a') Cuestiones que se suscitan. b') Cuestiones de contenido. c) La introducción de la atribución preferente en el régimen económico-matrimonial de comunidad legal por Ley de 13 de julio de 1965. d) Últimas ampliaciones subjetivas en las atribuciones preferentes. C. *Breve referencia a las atribuciones preferentes en el Derecho belga*: a) El interés protegido por las atribuciones. b) El conflicto jurídico-material de las atribuciones preferentes belgas. D) *Referencia sucinta a las diferentes manifestaciones de las atribuciones preferentes en España*: a) La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967. b) La primera Ley de Reforma del Derecho de Familia de 13 de mayo de 1981. c) Las atribuciones preferentes en el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes de 24 de diciembre de 1981.—II. LOS SUJETOS EN LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES: A. *Aspectos generales*. B. *La condición de atributario*. C. *Pluralidad de atributarios sobre un mismo bien*: a) Situación de concurrencia excluyente. b) Situaciones de petición conjunta. D. *Personalismo en la posición del atributario*.—III. BIENES SUSCEPTIBLES DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE: CARACTERÍSTICAS Y TIPOS: A. *Aspectos generales*. B. *Los supuestos concretos del artículo 1.406 del Código Civil*: a) Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346: 1.ª La construcción residual del precepto. 2.ª El cambio de la referencia inicial del precepto. 3.ª La restricción interpretativa: a') Planteamiento general. b') Bienes gananciales de uso personal: su atribución: 1. Distinción entre bienes privativos y gananciales conforme al doble criterio económico y social. 2. Dificultades que plantea este criterio de valoración. c') Extensión de la atribución a los bienes cuasi-personales adquiridos como gananciales. d') Bienes de uso personal no incluidos en el artículo 1.346, 7.º, del Código Civil. b) La explota-

ción agrícola, comercial o industrial: a') Explotación. b') «Llevado con su trabajo». c') Los párrafos tercero y cuarto del artículo 832 del Código Civil francés. C. *La explotación agrícola*: a) Configuración de la explotación agrícola. b) Condiciones subjetivas de la atribución de una explotación agraria. D. *Las explotaciones comerciales e industriales*. E. *El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión*: a) El local destinado. b) Local profesional arrendado. c) Instrumentos y otros bienes muebles destinados al ejercicio de la profesión u oficio. F. *La vivienda*.—IV. LA PETICIÓN DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE: FORMA Y TIEMPO: A. *Aspectos generales*. B. *La forma*. C. *Tiempo oportuno para formular la solicitud*: a) Petición anterior o coetánea a la formación del plan. b) Petición al tiempo de la partición. c) La solicitud extemporánea. D. *La renuncia al derecho de atribución y la renuncia a la atribución solicitada*.

I. EVOLUCION HISTORICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

A. Introducción

El estudio de las atribuciones preferentes, dentro del especial contexto del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales surgido de la reforma del Derecho de familia de 1981, que me propongo acometer, requiere *velim nolim* de una indagación de los antecedentes históricos de esta figura en los ordenamientos en que nace y se desarrolla, pues es a todas luces patente que las atribuciones preferentes llegan a la reforma de nuestro ordenamiento como una figura ya acuñada tras una serie de vicisitudes. Bien es cierto que casi todas estas vicisitudes nos son en gran medida extrañas a nuestra peculiar problemática y bastante alejadas en el tiempo, pero no lo es menos que sólo a través de ellas podemos llegar al conocimiento de su estructura y naturaleza jurídicas, y, en definitiva, a tener noticia de su razón de ser, por lo que creo que no puede obviarse el tratamiento del Derecho comparado, aunque sea con la mayor brevedad y ahorrando el entrar, en la medida de lo posible, en las cuestiones de detalle, aunque éstas sean muchas veces muy aleccionadoras.

El estudio de estos antecedentes extranjeros se hace tanto más necesario cuanto nuestro sistema de atribuciones preferentes, importado sin duda, no se construye exclusivamente sobre un único modelo de los ofrecidos por el Derecho comparado, sino sobre los dos más acabados: el francés y el belga, y, además, se hace con sutiles variantes sobre estos modelos, con lo que sólo puede llegar a comprenderse el sistema (cuestión diferente resulta el llegar a convencerse de su utilidad y necesidad) estudiando ambos antecedentes y teniendo siempre muy presentes las especiales circunstancias sociopolíticas que se viven en nuestra transición

política al tiempo de la reforma y con el peso determinante de una Constitución recién aprobada.

Cabe, por último, interrogarse por qué se tarda prácticamente medio siglo en la recepción de la figura y por qué precisamente en sede de sociedad de gananciales y no en el área propia del Derecho de sucesiones.

La primera de las cuestiones creo que es fácil de contestar, poniendo de manifiesto que las atribuciones preferentes son un instrumento adecuado —no sin discusiones en este punto por parte de la doctrina francesa— para una política agraria fundamentalmente de conservación de las estructuras recibidas e impedir la fragmentación continuada que imponía el sistema hereditario del Código Napoleón, empeñado con éxito en la erradicación de las vinculaciones consideradas propias de un orden feudal, en tanto que las orientaciones de nuestra política agraria, en los años treinta e incluso en la actualidad, se dirigen, si de la derecha se trata, hacia la transformación de los tipos de cultivo y a la extensión a ultranza de los regadíos, y, si de la izquierda, hacia la reforma agraria que cambie unas veces a los titulares de las tierras, otras las formas jurídicas de tal tenencia; es decir, a nuestra sociedad, tal vez resulte más adecuado decir a nuestros dirigentes históricos y actuales, no les interesaba y no les interesa adoptar medidas jurídicas de conservación de las estructuras agrarias y, consecuentemente, no tenía sentido importar una institución jurídica que sólo podía ofrecer interés tras la colonización o la implantación de una reforma agraria y para las tierras en las que ya se hubiera efectuado.

La segunda de las cuestiones es mucho más difícil de contestar racionalmente, sobre todo ante la presencia de la Ley de 24 de diciembre de 1981, y sólo puede decirse aquí y ahora que nos encontramos ante una de las más acabadas muestras de descoordinación legislativa y ante una manifestación no menos esclarecedora de la falta de experiencia en las tareas legislativas de nuestro Parlamento en aquellas fechas, por lo que es un tema al que tendremos que volver a referirnos más adelante.

B. Breve referencia a la evolución del Derecho francés en materia de atribuciones preferentes

a) LA REFORMA FRANCESA DE 1938

a') El marco económico y social

A lo largo de todo el siglo XIX, sobre todo desde el proyecto de PEYRONNET de 1926, no dejaron de escucharse en Francia las más duras

críticas contra el sistema acogido por el Código Napoleón para la división de la comunidad hereditaria, y, en particular, cuando ésta tiene por objeto una propiedad agraria de carácter familiar, considerándose a estas normas que conducían, las más de las veces, a la división material de las propiedades de dimensión media, en frase de LE PLAY, «*une véritable machine à hacher le sol*». Pero estas críticas encontraron muy poco eco en las esferas detentadoras del poder político, por varios tipos de razones, entre las que caben destacar dos: una, el respeto que inspiraban a las comunidades intelectual, política y financiera francesas las ideas en que se asentaban las normas explícitas de su Código Civil de 1804, paradigma del programa político y cabal expresión del liberalismo social y económico que, junto a la esperanza puesta en un progreso económico indefinido, constituyen lo mejor del credo político y único vínculo de unión de las clases dominantes en Francia; y otra, en cierto modo correlativa de la anterior, el poco peso específico que en la sociedad francesa de la época tiene el campesinado, incluyendo en él a la gran masa de pequeños propietarios agrícolas, que aportan constantemente nuevas remesas de mano de obra barata a los complejos industriales que acaban de fundarse y nutren la emigración hacia los territorios franceses de África del Norte recién conquistados y con los que se sueña sean una prolongación de la Francia metropolitana, aspiración que parece imposible pueda ser llevada a cabo en los restantes dominios franceses del África negra, las pequeñas colonias americanas o en las de Asia y Oceanía. Así, en tanto disminuye la superpoblación del medio rural, se consolidan a un tiempo la joven industria y el nuevo Imperio colonial.

Esta situación se va modificando paulatinamente hacia los años fin de siglo, con un resurgimiento de las ideas familiaristas patentes en la literatura crítica de la época, y con la formación de una mala conciencia respecto del desarraigo que se provoca entre los inmigrantes que pueblan los nuevos distritos que empiezan a cercar las grandes ciudades francesas. A esta orientación meramente moralizante obedecen la Ley de 12 de abril de 1894, institucionalizadora de nuevo de los denominados «*biens de famille*», y la de 12 de julio de 1909, sobre «*habitations à bon marché*». Como pondrá de manifiesto CHEVALLIER (1): «Estos textos más deseosos de prevenir la dispersión de la familia a la muerte de su cabeza que de evitar la atomización de los bienes con vistas a salvaguardar su productividad, resultaron de poca aplicación»; con ellos, evidentemente, no se trataba de detener o aminorar el movimiento de la población a que hace referencia la exposición de motivos de la segunda

(1) J. CHEVALLIER: «La Loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle», en *JCP*, 1962, I, 1687.

de las leyes citadas, sino que lo que se intentaba era tan sólo dulcificar lo pernicioso de sus efectos inmediatos.

La crisis económica general de los años treinta de este siglo y la crisis política y social de la III República francesa están muy presentes en la Ley de 7 de febrero de 1938 y en el Decreto-ley de 17 de junio de 1938. Si la Primera Guerra Mundial había traído a Francia, con la victoria, el desquite sobre Alemania, con la recuperación de Alsacia y Lorena, había traído también el paro en proporciones crecientes y un enfrentamiento social hasta entonces desconocido; la crisis financiera norteamericana del 28 incrementó tales problemas e hizo de la vida política centro de todas las contradicciones y desacuerdos de la vida nacional. El voto rural es ahora no sólo tenido en consideración, sino buscado con ahínco, y para ello se pretende que el marco rural y sus bases económicas no se degraden a la misma velocidad que lo ha hecho el complejo urbano-industrial-comercial; por ello la legislación de 1938 ya no tenía una orientación moralizante, sino una finalidad conservadora de los medios de producción agraria intactos, de forma tal que sirviese para que el número de los propietarios agrícolas se mantuviera y con ello decreciesen los movimientos de población en dirección hacia los suburbios urbanos.

b') *El contenido jurídico de estas normas*

La Ley de 7 de febrero de 1938, que fue juzgada muy severamente (2), introducía en Francia una relativa libertad de testar, para que con ello el padre de familia pudiera atribuir la explotación agraria familiar en favor de aquel de sus hijos que, a juicio del padre-testador, estuviese más capacitado para la continuación de la explotación. Esta ley venía propiciada por la buena acogida que tuvo entre gran parte de la doctrina francesa las disposiciones que en este sentido figuraban en los recientes Códigos Civiles alemán (parág. 1515) y suizo (art. 620) y por los comentarios a estos textos efectuados por BOUTANT (3) y SALEILLES (4), respectivamente.

La ley, como ya he dicho, fue recibida por la doctrina muy críticamente en dos aspectos; por una parte, se entendía que esta norma introducía elementos ajenos al sistema jurídico francés, sin tan siquiera acomodarlos, como ponía de manifiesto VOIRIN (5); de otra, manifes-

(2) P. VOIRIN: «Les lois nouvelles», en *RTCD*, 1938, 1, págs. 28 y sigs.

(3) BOUTANT: «Les domaines héréditaires en Allemagne», en *BSLC*, 1935.

(4) SALEILLES: «Le partage et la succession intégrale dans le Code Civil suisse», en *RTDC*, 1909, pág. 837.

(5) P. VOIRIN: *La transmission intégrale de l'exploitation familiale depuis la Loi du 7 février 1938 sur le partage d'ascendants*, Dalloz Hebdomadaire, 1938, chronique 29.

tando la insuficiencia del medio legislativo empleado para los fines económico-sociales enunciados, como destacara BOULANGER (6).

Estas críticas forzaron de alguna forma la ampliación de la ley antes citada por el Decreto-ley de 17 de junio de 1938. Esta última regulación permitía que se mantuviese la indivisión de la explotación agrícola a la muerte del ascendiente cuando su valor fuere inferior a 200.000 francos de la época e incluso con material, utillaje o capital hasta un límite total de 250.000 francos, siempre que se solicitase tal indivisión por el cónyuge supérstite, si era copropietario, o el cónyuge supérstite igualmente o cualquier heredero si el difunto dejaba hijos menores, con lo que quedaba modificado el artículo 815 del Código Civil francés. La modificación también alcanzó al artículo 832 del mismo texto legal, por el cual se introdujo la atribución preferente para los mismos sujetos, objeto y límite económico.

Es este último aspecto el que fue criticado inmediatamente por encontrarse en aquellos momentos Francia en plena dialéctica inflación-deflación, que produjo una grave inestabilidad a los ministerios que por aquellos años se formaron, por lo que VOIRIN estimaba que el límite económico debió haberse fijado en francos-oro y no con referencia a la moneda de curso legal. Es este aspecto el que se tomará en consideración en las diferentes reformas del artículo 832 del Código Civil francés por las Leyes de 20 de julio de 1940, 15 de enero de 1943 y 28 de octubre de 1955. De todas formas, como pone de manifiesto CHEVALLIER (7): «La institución, no obstante, daba lugar a un amplio contencioso. En el aspecto que le daba la jurisprudencia, un rasgo sobresalía siempre. Tal como se venía practicando, la atribución preferente estaba ordenada no con miras a reafirmar la cohesión de la familia rural, tampoco precisamente para evitar la fragmentación de la propiedad rústica, sino en el exclusivo interés del coparticipario llamado a aprovecharse. Se preocupaba de asegurar al que venía cultivando la tierra la estabilidad en su actividad profesional. El heredero cultivador del dominio indiviso tiene, en la conservación del mismo, un interés que los otros coparticiparios no tienen. La atribución del fundo le interesa de la misma manera que la renovación del arriendo interesa al arrendatario rústico o al comerciante. Se trata de preservar su instrumento de trabajo.»

Esta crítica de la atribución introducida en 1938 resulta, a mi personal juicio, excesivamente apasionada y poco concorde con la realidad agraria de la época y, sobre todo, con la estructura familiar dominante

(6) BOULANGER: *La réforme du partage d'ascendant par la Loi du 7 février 1938*, Dalloz Hébd., 1938, chronique 41.

(7) J. CHEVALLIER: *Partage*, en *J. Cl. Civil*, fasc. X, págs. 3 y 4.

en el medio rural de la primera mitad de este siglo en Francia, e incluso en toda Europa. No puede dudarse del éxito de la medida, al menos por cuanto hace referencia a la finalidad explícita de estabilizar la propiedad rústica en Francia y coadyuvar al mantenimiento de unas explotaciones agrarias con la extensión y rendimientos adecuados para el sostén económico de una familia, frutos éstos que ha cosechado el conjunto de la sociedad francesa, que ha venido gozando durante todo el siglo de una envidiable estabilidad, tan sólo perturbada por fenómenos prácticamente externos a la misma (Segunda Guerra Mundial y las dramáticas descolonizaciones de Indochina y Argelia, que tanto han influido en la vida política francesa), pero que hubiese conducido a una etapa revolucionaria si no hubiesen contado con el amortiguador de la Francia rural.

Es preciso reconocer, de todos modos, que CHEVALLIER tiene razón en lo que afirma, sobre todo si se toma como principal fuente de información la jurisprudencia generada por las reformas en la sucesión agraria de 1938 a que venimos refiriéndonos; en los hechos probados de casi todas las sentencias se constatan o traslucen graves tensiones y profundos desacuerdos familiares ante la atribución en favor de uno solo de los herederos o del cónyuge supérstite —el derecho a la legítima *in natura* había alcanzado carta de naturaleza en todos los estratos de la sociedad francesa, sin excluir al medio rural—. Al no combinarse esta reforma con un adecuado sistema de créditos oficiales con los que se pudiese abonar al contado los saldos a metálico que correspondiesen a los herederos no atributarios, se hizo de éstos, además de unos desposeídos de los bienes familiares, unos financiadores forzosos de una finalidad social que a ellos directamente en nada beneficiaba, más bien perjudicaba, y en un tiempo en que la inflación se asienta como permanente mal de las economías europeas.

Este defecto capital de las atribuciones preferentes de derecho agrícola en Francia ha tendido desgraciadamente a generalizarse. Repercutió, en primer lugar, en Suiza, donde la denominada *Ley de desendeudamiento de las propiedades agrícolas* de 12 de diciembre de 1940, con su reforma de los artículos 620 y siguientes de su Código Civil, si bien introdujo un sistema mucho más perfecto de aplazamiento del crédito resultante de la atribución con garantía real —*lettres de rente sucesorales*—, no por ello dejó de convertir a los herederos excluidos en banqueros obligados del atributario, con lo que el Estado cargaba sobre ellos funciones que debería, en todo caso, haber asumido él directamente. La repercusión en España ha supuesto la constatación de una flagrante contradicción legislativa: en tanto que los artículos 1.406 y 1.407 del Có-

digo Civil evitan cuidadosamente la posibilidad de aplazamiento, hasta el extremo de poder entorpecer el mecanismo de la propia atribución, en la Ley de 24 de diciembre de 1982, en materia agraria (arts. 27 y 29), se lleva este efecto al extremo contrario, introduciendo una atribución desmesurada en sus efectos económicos, como tendremos ocasión de ver más adelante.

No obstante, la constatación de esos defectos de carácter eminentemente económico, con connotaciones que hacen en alguna forma anti-social las atribuciones preferentes surgidas del Decreto-ley de 17 de junio de 1938, su modificación en Francia no ha seguido una vía consecuente respecto de estos planteamientos críticos, se ha dirigido más bien hacia una extensión objetiva del mecanismo en el que adquiere cada vez mayor relieve la cosa atribuible en relación con la posición profesional del atributario, y, consecuentemente, la dimensión económica de la atribución preferente se agranda en detrimento de los aspectos social y familiar que, indudablemente, eran los motores reales de su institucionalización, aunque siempre se hayan presentado con perfiles muy desdibujados en las normas positivas francesas.

b) LA LEY FRANCESA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1961

La Comisión de reforma del Código Civil destacó, en sus trabajos correspondientes al curso 1954-55 (8), que el interés en evitar la atomización de los patrimonios por la vía de la partición debería reconocerse como protegible en la sucesión en empresas industriales, comerciales o artesanales de carácter y dimensión familiar y para la propiedad o el arrendamiento del local que sirve de vivienda familiar, propugnando una extensión de la atribución preferente para este tipo de objetos.

Este proceso de objetivación finalística de la atribución preferente tiene su punto culminante, pese a que se ampliará posteriormente, en la Ley de 19 de diciembre de 1961, en la que esta institución se extiende a los objetos propuestos por la Comisión de reforma, a los instrumentos profesionales y al local en que se ejerce, y se amplía el ámbito de la atribución preferente agrícola a los inmuebles destinados a actividades complementarias (almacenaje, transformación, etc.) y a los arrendamientos rústicos.

(8) Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1954-55, páginas 264 y sigs.

a') *Cuestiones que se suscitan*

Dos concepciones de las atribuciones preferentes se han venido configurando en el seno de la doctrina francesa: la de los que propugnan que esta institución está primordialmente al servicio de la continuidad profesional del heredero atributario o del cónyuge y la de los que pretenden que sirva con preferencia al mantenimiento de la indivisión de unidades de producción que se consideran, por lo general, excesivamente exiguas y con poca capacidad de autofinanciación, por lo que anteponen los criterios de productividad al valor moral de los restantes intereses en liza. Las fricciones surgidas entre ambas tendencias han servido para que, por reacción contraria, sean más cada día los partidarios de un reforzamiento de los criterios de igualdad en la partición, si no en la forma originaria prevista en el Código de 1804, sí al menos por encima de los privilegios que se han generado en favor de los agricultores autónomos.

Esta confrontación de intereses, que ha desbordado el marco de lo puramente doctrinal, llevó a PATARIN a afirmar que «los fines de la Ley de 19 de diciembre de 1961 no son ni simples ni evidentes, pues ella misma presenta una completa ilustración de los conflictos de intereses, de los compromisos, de las contradicciones y de las ambivalencias que presiden de ordinario la elaboración de las leyes» (9). Todo ello se hace patente con el radicalmente desigual tratamiento de los diferentes tipos de atribución que se contemplan en el texto: se mantiene y amplía la atribución agrícola *de derecho*, en tanto que las de nueva creación —incluida aquí la agrícola por encima de los módulos de derecho— se construyen como *meramente facultativas*.

Esta diferenciación (derecho subjetivo-mera facultad) carece, en cuanto al fondo y a los fines, de justificación teórica y práctica. Como pondrá de manifiesto críticamente CHEVALIER (10), sólo una demagogia a medias conservadora puede explicar la consolidación de las situaciones adquiridas por los agricultores; la protección se dirige más directamente en favor del explotador que en pro de la continuidad de las explotaciones agrarias en sí mismas, porque ello no conduce normalmente a una mayor adecuación de éstas a las exigencias económicas de formación de capital y rentabilidad. Es evidente que en la Francia de 1961 los agricultores autónomos (pequeños y medios propietarios) han devenido en un importantísimo grupo de presión político-económico, que su voto resulta determinante en las elecciones —dado el gran número de distritos elec-

(9) J. PATARIN: «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la Loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction», en *RTDC*, 1962, págs. 421 y sigs.

(10) J. CHEVALLIER, *op. cit.*, nota 1, pár. 15.

torales en los que son mayoría— y, lo que es más importante, su voto no se encuentra cautivo respecto de una ideología claramente determinada o de un partido político; fluctúa conforme lo requieren sus propios intereses, y la ley a que nos venimos refiriendo traduce fielmente esta situación.

b') *Cuestiones de contenido*

La atribución de derecho, que se mantiene en la Ley de 1961, impide la valoración por el Juez de instancia del interés individual protegido por la norma dentro del contexto que le es más propio a la institución, cual es el interés general de la familia en función de su propia estructura funcional y social y el no menos importante de la composición del patrimonio familiar dividiendo y las ocupaciones profesionales de los llamados, ya que el derecho subjetivo del atributario de derecho no está condicionado; siempre que se cumplan en el titular los requisitos subjetivos y objetivos que se contemplan en el artículo 832 del Código Civil francés, tendrá derecho a la atribución y consecuentemente tendrá que ser protegido en el mismo con independencia de cualquier otro tipo de consideración de orden familiar o patrimonial que en los otros supuestos de atribución sí debe tener presente el Juez que conozca del asunto y debe resolver soberanamente. Es en esta línea, mucho más que desde la perspectiva que ofrece la quiebra del liberal principio de igualdad, donde tiene verdadero sentido el hablar de un deslizamiento de las bases sociales y teóricas del Derecho de sucesiones hacia nuevas concepciones, del empleo del mismo para fines de conformación o conservación de estructuras económicas que le son relativamente extrañas y para las que no es el más idóneo de los instrumentos jurídicos empleables, pues, pese a las tesis abusivamente denominadas objetivas de CHEVALIER y de un gran número de agraristas contemporáneos —para los que la propiedad agraria se sitúa por encima de las consideraciones familiares e individuales y que quieren hacer del agricultor un nuevo tipo de siervo de la gleba tan vinculado a la tierra como su antecesor histórico, si bien de un modo mucho más sutil, más formalmente libre—, la defensa de los criterios personalistas y familiaristas adquiere cada día nuevos partidarios que denuncian tales posicionamientos propiciados a la vez por los socializantes y los conservadores tecnócratas de formación dirigista y de cultura enteramente urbana.

Las nuevas proyecciones de las atribuciones preferentes (las de contenido no agrario) se configuran de forma más abierta que en 1938, como un sistema cuya finalidad es la de preservar la estructura económica y familiar de determinados bienes, tomando ambos elementos como expre-

sión de una relación compleja e interdependiente que se proyecta en el fenómeno sucesorio o más concretamente particional, y es por ello por lo que han sido objeto de muy diversas críticas, singularmente de aquellos que, como IRTI, propendían hacia un tratamiento del objeto atribuible como pura estructura organizativa que sirve de marco-referencia para el ejercicio de una determinada profesión (11).

La defensa de la introducción y ampliación de las atribuciones preferentes en el ordenamiento francés frente a los partidarios del mantenimiento de la igualdad cuantitativa y cualitativa en las particiones hereditaria y del consorcio conyugal se ha montado sobre una afirmación que, a mi personal juicio, resulta muchas veces falsa o simplemente banal, cual es la de considerar que es contrario al interés general y a la equidad atribuir una explotación agraria, mercantil, industrial o artesanal a un heredero menos cualificado profesionalmente para su gestión (OURLIAC, DE JUGLART, COSNARD, VITU, VOIRIN, etc.). Con ello, se manifiesta, como afirma PATARIN (12), «una tendencia a hacer predominar la finalidad de los derechos sobre su pertenencia», para concluir que «esta no es la primera vez que la propiedad es tratada como una función social y esta concepción amenaza con propagarse a los derechos hereditarios». En el fondo de todas las argumentaciones subyace un alto grado de incertidumbre sobre los diferentes papeles que deben desempeñar los pequeños y medianos propietarios, en general, las clases medias. La apelación a «lo social» y a «la equidad» tiene la misma función que el *Deus et machina* en el teatro anterior a la adopción de la preceptiva de BOILEAU; es el recurso a lo inapelable cuando falta el argumento racional, que como tal puede ser cierto o falso, pero, en todo caso, irremediable. Las clases medias tienen asignadas en esta época de posmodernidad dos funciones sociales: una, servir de contención a un proceso que se preveía acelerado de proletarización de la sociedad; y otra, nutrir por selección natural las vacantes que se produzcan en los cuadros aristocratizantes a los que se reservan las funciones directivas de esa sociedad. Las atribuciones preferentes en esa perspectiva no se diferencian mucho, por lo que a su fundamentación sociológica se refiere, a la de los abolidos mayorazgos, y la propiedad debe servir entonces al mantenimiento de una estructura de equilibrio social, al mantenimiento del *ordo societatis* y como primer basamento de una sociedad neomedieval que ya han intuido un gran número de escritores de ficción y a la que dedican su atención un importante número de sociólogos. La envoltura formal economicista

(11) N. IRTI: «Dal Diritto civile al Diritto agrario», en *RDDA*, 1961, págs. 227 y sigs.

(12) J. PATARIN, *op. et loc. cit.*, nota 9, pág. 425.

—mejora de la capitalización de las pequeñas y medianas explotaciones y mejora de la productividad—, por lo que a la agricultura se refiere, es evidentemente falsa, como lo demuestra la práctica de la agricultura norteamericana, y probablemente lo sea también, para la industria y el comercio, y la persistencia de estas estructuras económicas es un factor más que coadyuva al constante encarecimiento de los bienes y servicios. Por el contrario, es también evidente que resisten mejor que las grandes corporaciones o las grandes explotaciones individuales a las crisis económicas y a las conmociones sociales y, por supuesto, a los grandes errores de las planificaciones estatales; sirven también en su aspecto económico de amortiguador de las crisis económicas, y de ahí el interés de los poderes fácticos en su conservación, aunque sean un lastre en las épocas de crecimiento y de aceleración económica. Son, en definitiva, un arma de perpetuación de lo pequeñoburgués y de su proyección conservadora del orden establecido en lo económico y lo social.

Estas funciones finalistas se cumplen de forma más equitativa, y por ello menos conflictiva, con las atribuciones de carácter facultativo, porque en ellas el más complejo interés de la familia —institucionalmente considerada— queda teórica y prácticamente bajo la protección y salvaguarda del Poder judicial, con lo que es posible su extensión objetiva a otras actividades profesionales distintas de la agrícola y ha propiciado su constante ampliación, como iremos viendo.

c) LA INTRODUCCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN EL RÉGIMEN
ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE COMUNIDAD LEGAL
POR LEY DE 13 DE JULIO DE 1965

Desde su introducción en 1938, las atribuciones preferentes han estado presentes en la partición del consorcio conyugal, pero reservadas al supuesto único de disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, es decir, como derecho o facultad del cónyuge sobreviviente sobre los bienes comunes que a su vez tenían el carácter de una mera ampliación, conservando su naturaleza de instituto sucesorio. La disolución de la comunidad por divorcio o por cualquier otra causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges abría un procedimiento ordinario de partición sin especialidad alguna.

La Ley de 13 de julio de 1965, que no elabora un sistema de atribuciones preferentes propio de la partición consorcial y, en consecuencia, distinto del establecido en sede de partición hereditaria, hasta el punto que remite directamente a tales normas (art. 1.476, 1, CC francés), lo extiende a todo tipo de partición consorcial, cualquiera que sea la causa de la disolución de la comunidad.

No obstante, al extender este régimen a toda partición consorcial, se introducen por el legislador dos normas de eminente sentido cautelar: una, contenida en el artículo 1.476, 2, del Código Civil francés, por la que se matiza que las atribuciones preferentes en las particiones debidas a divorcio, separación de cuerpos o de bienes serán meramente facultativas, lo que se declara con singular contundencia verbal —«*n'est jamais de droit*»—, y, adicionalmente, se prevé que podrá ordenarse el pago al contado del saldo de diferencia que, en su caso, corresponda al cónyuge no atributario. Esta previsión ya se había introducido en la Ley de 1961 (art. 13), pero de forma claramente insuficiente.

La otra, a la que se refiere el artículo 1.471, 1, inciso segundo; del Código Civil francés, se orienta a la armonización de las atribuciones preferentes con la liquidación del consorcio, y para ello obliga al cónyuge que ejerza el derecho de predetracción (*prélèvements*) en cobro de sus créditos por recompensa sobre la masa común a respetar aquellos objetos sobre los que puede recaer la atribución preferente ejercida por el otro cónyuge —«*Il ne saurait, cependant, préjudicier par son choix aux droits que son conjoint peut tenir des articles 815...*»—, sin que ello quiera decir que la atribución deba anteponerse al abono de los reintegros y reembolsos, sino simplemente que en la medida de lo posible el abono de éstos no debe perjudicar la atribución en favor del otro cónyuge.

No es éste el lugar ni momento oportunos para el estudio y análisis de estos preceptos, por cuanto tendrán que ser tratados reiteradamente a lo largo del estudio del objeto propio de este trabajo —los arts. 1.406 y 1.407 de nuestro CC—, pero sí cabe decir de ellos que obedecen a las necesidades de armonización que venía demandando la jurisprudencia en las atribuciones del cónyuge supérstite, y que en gran medida ya había elaborado ella misma; y a la igualmente necesaria neutralidad que debe de imponerse en los casos de divorcio y separación, en los que la atribución podría jugar un papel perturbador adicional al conflicto o fracaso matrimonial del que trae causa la disolución del consorcio.

La introducción de las atribuciones preferentes en sede de partición del consorcio conyugal no hubiera suscitado críticas por parte de la doctrina si se hubiese limitado a lo hasta aquí expuesto, pero la moda de permanente extensión de esta institución ha llevado al legislador a concebir un nuevo supuesto, cual es el de la atribuibilidad de un inmueble ganancial anejo o contiguo de otro privativo del atributario, sin descender la norma (art. 1.475, 2, CC francés) a mayores precisiones, lo que se ha juzgado por la doctrina unánimemente como un factor perturbador

de la gestión constante la comunidad y un ejemplo de desigualación injustificada en la partición del consorcio (13).

Para PATARIN y MORIN (14) la interpretación correcta de este artículo 1.475, 2, consistiría en exigir que para que el inmueble sea atribuible se dé la doble circunstancia objetiva de ser contiguo a otro privativo y complementario funcional o económicamente de éste, y no atribuible cuando se dé una sola de las condiciones referidas, en especial, la de ser colindantes; tal y como afirmara con anterioridad a la reforma que nos ocupa el TC de Amiens, en su Sentencia de 9 de febrero de 1960 (15). No obstante la racionalidad del argumento, parece evidente que conforme a la letra del precepto, y como apuntó la generalidad de la doctrina, pese a mostrarse sumamente crítica con el precepto, es suficiente para ser objeto de atribución preferente que en el inmueble se dé una de las dos circunstancias.

d) ULTIMAS AMPLIACIONES SUBJETIVAS EN LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

La cerrada defensa de la interpretación restrictiva de las normas introductoras de las atribuciones preferentes que venía realizando la *Court de Cassation* (16), manteniéndose fiel a su doctrina de considerar como principio general la igualdad cuantitativa y cualitativa de las particiones y como excepción, cuando no como privilegio, la desigualación cualitativa por atribución preferente, y reprochándosele «que se mostraba excesivamente atado a la regla de la igualdad en las particiones y de desconocer el interés económico de la atribución preferente» (17), por lo que los grupos de presión agrarios forzaron una iniciativa parlamentaria (Proposición de Ley 67/70), que se convirtió en Ley de 23 de diciembre de 1970.

(13) P. RAYNAUD: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 304; PONSARD, en AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. VIII, págs. 488 y sigs.; CORNU, *op. cit.*, pág. 517, entre muchos otros.

(14) PATARIN y MORIN: *Le réforme des régimes matrimoniaux*, vol. 1, núm. 333.

(15) Rep. Not. Defrénois, 1961, art. 28.019.

(16) Cass. civil 30 abril 1965, D. 1965, pág. 817; 13 enero 1969, *Journal des Notaires et des Avocats*, nota de J. VIATTE, entre otras, casi todas anotadas por J. VIATTE.

(17) J. VIATTE: «Nouvelles extensions de l'attribution préférentielle», en *JNA*, 1979, art. 49.939, págs. 302 y sigs. Cuando VIATTE se refiere a la crítica de la doctrina por esta postura de la Court de Cassation, debe entenderse que primordialmente se refiere a sí mismo, que es el mayor impulsor entre los publicistas franceses de la extensión subjetiva y objetiva de las atribuciones preferentes, como lo prueban sus artículos «L'attribution du domicile conjugal», en *RGLJ*, 1970, páginas 74 y sigs., y «Le droit à bail et le régime de communauté», *Gaz. Pal.*, 1975, D. 721.

Fundamentalmente la Ley de 23 de diciembre de 1970, introduciendo el nuevo artículo 832, 3, del Código Civil francés, amplía el derecho o facultad de atribución a los nudos propietarios y a los legatarios a título universal. Esta ampliación aparentemente carece de importancia, pero no es así si se desciende a su íntima significación: de una parte, dando acceso a los nudos propietarios a la atribución preferente, el nuevo artículo 832, 3, del Código Civil francés rompe el necesario nexo funcional —profesional o finalístico entre la cosa atribuible y la persona del atributario—; de otra, con la ampliación a los legatarios a título universal en virtud de testamento o por institución contractual «se retira a la institución su fundamento familiar, considerado hasta este momento como preponderante» (18).

Este triunfo del interés económico sobre los de tipo y caracterización personal y familiar sí resulta una verdadera amenaza para la integridad del sistema sucesorio francés y sus más importantes fundamentos sociales y consagra la atribución preferente como un instrumento en manos del legislador para una demagógica utilización de los mecanismos sucesorios, sirviéndose de ellos para configurar subrepticamente y por medios indirectos la sociedad francesa. Las atribuciones preferentes se manifiestan así como un peligro larvado, pero presente para las más importantes conquistas del Derecho como instrumento de libertad y convertirlo en una forma de vinculación de la que el Código Napoleón fue instrumento precioso de superación.

C. Breve referencia a las atribuciones preferentes en el Derecho belga

a) EL INTERÉS PROTEGIDO POR LAS ATRIBUCIONES

Aunque Bélgica haya sido, en el plano puramente formal y estrictamente cronológico, la nación pionera en materia de atribuciones preferentes, ya que su introducción data de la Ley de 16 de mayo de 1900 (19), por la que se establecen modificaciones al régimen sucesorio de las pequeñas herencias (20), la doctrina y los legisladores de este país han entendido siempre que la técnica de las atribuciones preferentes tan sólo resulta eficaz socialmente para impedir la licitación y partición material

(18) J. VIATTE: *Nouvelle...*, pág. 305.

(19) *Moniteur*, 21 y 22 de mayo de 1900.

(20) El límite máximo de atribuibilidad de un inmueble se sitúa en la fijación de una renta catastral de 24.000 francos belgas anuales, según la última actualización por Real Decreto de 21 de agosto de 1962.

de las pequeñas, mejor diríamos, pequeñísimas, propiedades inmuebles, y que no es el instrumento adecuado para influir indirectamente sobre la configuración estructural de la propiedad belga, sus rendimientos económicos y su función social (21).

El profundo y severo análisis que sobre las atribuciones preferentes se llevó a cabo por la Subcomisión parlamentaria encargada de la reforma del Derecho de familia (22), dentro del contexto del régimen económico-matrimonial legal belga, condujo a la conclusión, no exenta de dudas, de que no resultaría prudente adoptar formalmente el ámbito material señalado para las atribuciones preferentes en Francia, pues entendían que éste era excesivo, «desmesurado», y conducía a una compleja casuística no siempre justificada, sobre todo en razón del sinnúmero de problemas y conflictos familiares que se generaban, a todas luces desproporcionados, respecto de los resultados sociales cosechados. Por ello, en Bélgica con las atribuciones preferentes los legisladores pretendían alcanzar objetivos mucho más concretos y menos ambiciosos que los explicitados por sus homólogos franceses; y, sobre todo, estos objetivos tuvieron una marcada significación familiar, concretando su ámbito formal a la partición del consorcio conyugal, porque entendían que es en esta *sedes materiae* donde alcanza su expresión de forma más práctica y patente el sentido teleológico que se considera propio de las atribuciones preferentes, ya que sirven directamente para garantizar la forma de vida del cónyuge sobreviviente frente a los herederos del otro fallecido o para mantener la estabilidad profesional, al menos de uno de ellos, ante el fracaso y quiebra del matrimonio.

b) EL CONFLICTO JURÍDICO-MATERIAL DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES BELGAS

Los artículos 1.446 y 1.447 del Código Civil belga, introducidos por la reforma de 14 de julio de 1976, estructuran las atribuciones preferentes como una operación particional del consorcio conyugal a la extinción del mismo con suma sencillez y concisión.

Se ordenan en dos caracterizaciones jurídicas netamente diferenciadas, una como derecho subjetivo del que sólo puede ser titular el cónyuge supérstite, es decir, requiere que el consorcio concluya por muerte de uno de los cónyuges (art. 1.446), y otra, como mera facultad, en vir-

(21) Rapport HAMBYE: *Documents parlementaires Sénat*, núm. 683 (SE 1974), número 2, 25 noviembre 1975.

(22) Annexe au rapport fait au nom de la Sous-Commission de la Justice, par MM BAERT, CALEWAERT, HAMBYE et VAN LAEYS: *Doc. parl. Sénat*, núm. 683 (SE 1974), núm. 2 annexe, 25 noviembre 1975.

tud de la cual puede pretender, por vía judicial, la atribución cualquier cónyuge en los demás supuestos ordinarios de conclusión de la sociedad legal (art. 1.447).

Se señalan como objetos de la atribución preferente, para ambos supuestos, una de las viviendas destinadas al alojamiento familiar y los inmuebles que sirvan para el ejercicio de la profesión del atributario; no se hace especificación aquí sobre la naturaleza del inmueble, con lo que las distintas posibilidades no son objeto de tratamiento, diferencia u ostensiblemente privilegiado, como es el caso del patrimonio agrícola en Francia, ni se hace hincapié en el necesario nexo de unión entre cosa atribuible y función profesional desempeñada por el atributario en él, por entender que este extremo era obvio y consustancial con el diseño de la propia norma, era un presupuesto absolutamente necesario (23).

Se admite, por último, como consecuencia potencialmente lógica, la posibilidad de abono en metálico del saldo de diferencia a que puede dar lugar el ejercicio del derecho o de la facultad de atribución preferente, para mantener ésta al tiempo que se respeta el equilibrio cuantitativo en la partición.

La atribución confiere al atributario siempre la plena propiedad de la cosa atribuible, pues el legislador decidió, tras larga y compleja deliberación, con valoración de los efectos producidos por la atribución en usufructo regulado por el artículo 767, II, 6, del Código Civil belga, que esta última presentaba en la práctica más inconvenientes que ventajas (24), pero que, en todo caso, el derecho reconocido al cónyuge superviviente por el citado artículo 1.446 debe armonizarse con los derechos reconocidos al mismo por el artículo 766 y siguientes del Código Civil belga, y con las previsiones de la Ley de las pequeñas herencias de 16 de mayo de 1900, con sus posteriores reformas de 23 de abril de 1935, 20 de diciembre de 1961 y 21 de agosto de 1962.

Pese a lo equilibrado del criterio sobre el que se han construido las atribuciones preferentes en Bélgica, el propio legislador ha anunciado que estas normas serán objeto de nuevo estudio y, eventualmente, de revisión, tras la valoración que periódicamente efectuará la Comisión de Justicia del Senado belga sobre su efectividad, problemática y aceptación social (25).

En dos aspectos, aparentemente secundarios, se hace patente el buen sentido y la atención que ha prestado el legislador belga en la institucionalización de las atribuciones preferentes. Por el primero de ellos, re-

(23) Rapport HAMBYE, pág. 76.

(24) CASMAN, HÉLÈNE y VAN LOOK, MONI: *Régimes matrimoniaux*, 111/20, 4, partage.

(25) Rapport HAMBYE, pág. 76.

cogido en el artículo 1.442, 2, del Código Civil belga, las atribuciones preferentes se armonizan y se imbrican con las predetracciones *in natura* que puede ejercer el cónyuge acreedor de recompensas, de forma tal que éstas, que tienen una función puramente extintiva de un crédito, no pueden, en principio, imposibilitar el ejercicio de la atribución por el otro, por tener ésta un marcado carácter finalístico social y familiar. El segundo aspecto a considerar tiene un extraordinario valor orientador, por cuanto a mí se me alcanza, de toda la disciplina de las atribuciones preferentes, no sólo para el Derecho belga, en el que es norma, sino para la comprensión institucional de todo el *iter* particional observado desde la perspectiva propia de la atribución preferente, obstáculo claro para una división radicalmente igualitaria; al respecto dispone el artículo 1.447, 2, del Código Civil belga, que como sabemos ya se refiere de forma específica a la atribución facultativa, «*el Tribunal la acordará en consideración a los intereses sociales y familiares del caso y de los derechos de recompensa o de crédito que correspondan al otro cónyuge*». Es, pues, evidente que fuera de estos parámetros las atribuciones preferentes pueden constituir, constituyen en muchos casos, un privilegio insuficientemente fundado en cuanto al interés económico general que, se dice, protegen, frente al criterio y principio de la igualdad cuantitativa y cualitativa en la partición consorcial, que preside y fundamenta cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales comunitarios establecidos hasta el momento presente.

D. Referencia sucinta a las diferentes manifestaciones de las atribuciones preferentes en España

a) LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN DE 1967

Los redactores de la Compilación aragonesa fueron los primeros en introducir en nuestra Patria la institución de las atribuciones preferentes, y lo hicieron en sede de liquidación y división del régimen económico matrimonial legal, disponiendo al respecto el artículo 58, 2, de la misma que «*el cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan*».

El sistema aragonés de atribuciones preferentes se caracteriza, en primer lugar, por ser un modo de partición del consorcio conyugal a la disolución de éste por muerte de uno de los cónyuges, excluyendo corre-

lativamente toda otra causa de disolución de la comunidad; en segundo lugar, por explicitar una finalidad netamente de protección de la continuidad profesional del cónyuge supérstite, debe tenerse en cuenta que la finalidad de orden de intimidad personal y familiar quedan protegidas en el Derecho aragonés tradicional y actual por otras instituciones de gran arraigo; en tercer lugar, y según entiendo personalmente, por su perfecta adaptación al régimen económico-matrimonial en que se inscriben las atribuciones preferentes funcionalmente, que se pone de manifiesto en su proyección hacia una comunidad de muebles no declarados expresamente privativos en el artículo 38 de la Compilación y en la previsión del inciso último del número 3.º del artículo 56 del mismo texto, por el que en la liquidación del consorcio se obliga a respetar este derecho de atribución preferente, pero sin mengua de la primacía que debe acordarse en favor de la reconstrucción del equilibrio entre las masas patrimoniales y el pago a los acreedores del consorcio por deudas vencidas y aseguramiento de las pendientes; y, en cuarto y último lugar, por ser siempre las atribuciones dentro del marco objetivo y subjetivo fijado por el citado artículo 58, 2, *de derecho*, y dar lugar si procede a compensación, sin prejuzgar si ésta debe ser necesariamente en metálico, por entrega de otros bienes en dación en pago, al contado o como operación de crédito, con lo que se respeta al máximo la libertad de los partíciparios según sea la composición material del patrimonio dividendo.

Inspirada sin duda en los antecedentes del Derecho francés en la materia, los simplifica y los supera y ofrece un régimen de las atribuciones coherente y ajustado a la finalidad, de forma muy parecida a la que ofrecería la reforma belga del régimen económico-matrimonial legal de 1976. Ello hasta tal punto que puede pensarse que influyó en aquella reforma, aunque no haya constancia alguna para poder sostener tal afirmación en la documentación parlamentaria belga examinada. La orientación aragonesa dada a las atribuciones preferentes, que merece ser preservada en la proyectada reforma de la Compilación, a pesar de carecer de antecedentes propios en el Derecho aragonés histórico, tiene como máxima virtud la de no aparecer como un añadido, como una novedad normativa, porque su proyección eminentemente práctica se ajusta a las orientaciones sociales, personales y familiares que inspiran el propio régimen económico-matrimonial en el que se inserta, sin necesidad además de ser extendida al régimen sucesorio, porque en él la unidad patrimonial, la libertad de testar y el usufructo vidual juegan un papel social y económico mucho más eficaz y por tradicional menos traumático que el que supondría la introducción en el mismo de las atribuciones preferentes.

b) LA PRIMERA LEY DE REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA
DE 13 DE MAYO DE 1981

La Constitución española de 1978 imponía una reforma profunda en la disciplina jurídica del matrimonio y, en menor medida, en el régimen matrimonial legal, en el que había que equiparar con plenitud de derecho a marido y mujer. La reforma adoptada por Ley de 13 de mayo de 1981 ha sido muy positiva en materia de regímenes económicos-matrimoniales, si bien de laboriosa elaboración y de un *iter* parlamentario sumamente complejo y abierto a la intervención de un excesivo número de participantes no especialistas en la materia (lo que se deja sentir en los aspectos más técnicos de la ley, aunque la valoración del título III del libro IV del Código Civil, dedicado a los regímenes económicos matrimoniales, puede considerarse en términos muy positivos). De todos modos, las enmiendas introducidas por las Cortes Generales al texto de la Comisión de Codificación no sirvieron para mejorarlo en ningún caso.

Es en este contexto en el que, por iniciativa de la Comisión de Codificación y para el régimen de sociedad de gananciales, se introducen las atribuciones preferentes, dedicando a su regulación los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, que, por ser objeto específico de este estudio, entiendo no deben tratarse en estas líneas dedicadas al origen y la evolución de las atribuciones preferentes.

c) LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES EN EL ESTATUTO
DE LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR AGRARIA Y DE LOS AGRICULTORES
JÓVENES DE 24 DE DICIEMBRE DE 1981

Cuantas veces concluyo la lectura de la Ley de 24 de diciembre de 1981 tengo la impresión de encontrarme con un texto que se refiere a una realidad agrícola muy diferente de las nuestras (nuestra peculiar geografía nos depara un número de agriculturas —objetivamente consideradas— mayor al de Comunidades Autónomas) y que se trata más bien de un ensayo legislativo sin vocación de norma positiva. Estas ideas se han visto confirmadas por las opiniones que en diversas ocasiones han expresado los profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, cuya reputación como los mejores especialistas en Derecho agrario no ofrece la menor sombra de duda, y para estos profesores la ley, como mínimo, es una precipitación legislativa.

La ley se caracteriza, querámoslo o no, por sus aspectos claramente negativos: no objetiva en modo alguno qué deba entenderse por «explotación familiar», pues el contenido material de su artículo 2.º es clara-

mente contradictorio; las explotaciones familiares se encuentran en la realidad muy distantes de ser concebidas como «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado», y el elemento subjetivo tomado como pauta para la dimensión —«que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas»— es sinceramente sorprendente, pues para una misma área geográfica puede ser una finca de 200 Ha., en virtud de la composición familiar y del grado de mecanización, explotación familiar, y no serlo para otra familia una de 50 Ha.; describe en el artículo 3.º una forma de vida agrícola —vivienda e inmuebles destinados contruidos sobre la propia explotación— cercana a la aspiración francesa y propia de la realidad de los Estados Unidos, pero no de nuestra agricultura no latifundista, es decir, de más de dos tercios del país; desconoce ampliamente la realidad fáctica y la jurídica de los regímenes económico-matrimoniales del Código Civil, pese a su coetaneidad y los de los Derechos forales, desconociendo la autónoma administración y gestión de los bienes privativos; choca frontalmente con el Código Civil, introduciendo derechos de usufructo vidual sobre la totalidad del patrimonio, pactos sucesorios, contratos sobre la herencia futura, testamento mancomunado y otros elementos ajenos a la mayor parte de los Derechos civiles españoles, y trastoca indebidamente a aquellos otros que conocen tales instituciones; atenta contra la seguridad jurídica, dando acceso al Registro de la Propiedad a actos administrativos del Ministerio de Agricultura, vinculando tierras como si se tratase de la investidura sobre nuevos feudos, siendo el otorgante el Ministerio citado; por último, intenta administrativizar la actividad agrícola sin más dispendio por parte de la Administración que el de recibir «las ayudas y exenciones que reglamentariamente se establezcan».

En este contexto, a mi personal juicio, claramente negativo, se pretende institucionalizar una atribución preferente de derecho para la explotación agrícola familiar en los siguientes términos: artículo 27, 1.º: *«A falta de pacto sucesorio o de disposición testamentaria al respecto, la explotación familiar agraria se atribuirá íntegramente al heredero legítimo más próximo que ostente la cualidad de colaborador de la misma. Concurriendo tales circunstancias en varios herederos, la explotación se atribuirá al que hubiera permanecido más tiempo colaborando en la explotación.»* 2.º *«De no existir herederos legítimos que sean colaboradores en la explotación, sucederá en la titularidad de la misma el heredero legítimo que se comprometa a continuarla, y en caso de ser varios, se*

estará al acuerdo de la mayoría. De no existir ninguno que se comprometa a continuarla o de no llegarse a un acuerdo en el plazo de tres meses desde que se abra la sucesión, se entenderá que desean anular las obligaciones impuestas por esta ley.» Es decir, otorga una clara preferencia sucesoria en favor del legitimario colaborador (la referencia al heredero legítimo muestra una desviación terminológica que hace a esta ley poco concorde con la reforma del Derecho de familia promulgada el mismo año 1981) sobre los demás e incluso discrimina entre los colaboradores para primar al más antiguo. En este segundo supuesto la ley sitúa como interés social superior la unidad de la explotación por encima de la continuidad profesional de los restantes legitimarios agricultores, a los que condena a la situación de empleados, pues se quedarán sin tierras propias, al menos, provenientes de la herencia de sus padres, y por supuesto, pues esto es propio de la atribución preferente, muy por encima del interés de antiguo objeto de protección que se encierra en la integridad cualitativa de la legítima.

Por si esto no fuera ya suficiente, además, en atentado directo a la integridad cuantitativa de la legítima, se dispone en el artículo 29, 1.º: *«El sucesor en la titularidad de la explotación deberá efectuar el pago del haber hereditario correspondiente a los demás coherederos en la explotación, en el plazo máximo de diez años, contados desde la apertura de la sucesión, debiendo abonar, al menos, el sesenta por ciento del haber durante los primeros cinco años. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal.»* Es decir, los legitimarios no atributarios preferentes en la mente del legislador debían ser expoliados en beneficio del atributario, pues recibirán en dinero su legítima a lo largo de diez años, recibiendo como compensación de este préstamo forzoso —que no realiza el órgano administrativo inspirador y administrador de la ley— el interés legal, fijado en el momento de promulgación de la ley en el 6 por 100 (26), cuando la inflación en la misma fecha era de más del 16 por 100. Por ello podemos afirmar que nos encontramos ante un supuesto de privación de bienes que puede ser contrario a lo dispuesto en el artículo 33, 2, de la Constitución, y sin que en la ley se establezcan las razones de utilidad pública o interés social en que puedan fundarse tales limitaciones al derecho que le asiste al legitimario respecto de la integridad, como mínimo, cuantitativa de su legítima, y sin que pueda hablarse de limitaciones inspiradas en la función social de la propiedad, ya que desconoce el derecho de quienes son agricultores colaboradores en la hacienda de

(26) La nueva fijación del tipo de interés legal por Ley de 29 de junio de 1984 aminora estos efectos, pero todavía el interés legal es mucho menor que la inflación que padecemos.

su padre a seguir siéndolo en favor de uno de ellos. Además, la división no necesariamente tiene el inconveniente de fomentar el minifundismo, pues puede ser explotación familiar un latifundio siempre que los brazos familiares más baratos o sin retribución presten más jornadas que los asalariados no familiares a lo largo de un año.

El sentido común de los agricultores, cautos con aquellas medidas extremas que puedan romper la unidad y convivencia familiares, hacen que estas utopías, a medias importadas, a medias seudoforalistas, sólo aparezcan en el *Boletín Oficial del Estado*; la realidad marcha por otros cauces muy distintos, para bien de las familias e incluso de los patrimonios agrícolas. Por los datos que he podido recabar sobre la aplicación de la ley, ésta es ampliamente desconocida por el mundo agrario.

Esta crítica acerba no quiere decir que yo desconozca el interés social que puede desarrollarse por medio de la atribución preferente; todo lo contrario, como pondré de manifiesto en los capítulos que siguen, la crítica nace aquí del desprecio a las instituciones civiles y a la desproporción empleada entre medios y fines que entiendo proceden del procedimiento seguido: una ley cuyo contenido es eminentemente de Derecho civil fue tramitada por el Ministerio de Agricultura y Comisiones de Agricultura del Congreso de los Diputados y del Senado, sin que la conociesen la Comisión de Codificación y las Comisiones de Justicia de las Cámaras y tramitada cuando los parlamentarios se dedicaban preferentemente al examen y discusión de los Presupuestos Generales del Estado.

II. LOS SUJETOS EN LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

A. Aspectos generales

La determinación de quién pueda ser atributario preferente de bienes gananciales presenta una serie de problemas, de los cuales la mayor parte se encuentran más estrechamente ligados con la novedad y la falta de tradición de la institución que con las propias y específicas particularidades de la misma.

También influye en la problemática el hecho de que en España esta institución se haya introducido específicamente y con entidad propia en sede de partición de la masa consorcial en los regímenes matrimoniales de signo comunitario (régimen legal aragonés y nueva sociedad de gananciales), pues dota al aspecto de la determinación del atributario de unos específicos perfiles familiares que entiendo afectan al conjunto de la institución. Bien es cierto, no obstante, que la referencia a la familia no

sirve hoy precisamente para acantonar un concreto problema, pues el concepto «familia» es objeto en sí mismo de viva discusión, y puede decirse que se ha convertido en un concepto jurídico indeterminado, al confluír sobre él una realidad social en la que conviven varias y muy diferentes concepciones de familia que van desde la celular hasta la patriarcal, sin que pueda, con propiedad, decirse que una es propia del medio urbano y la otra se corresponda con el medio rural, ya que se encuentran indistintamente en ambos medios.

El primer interrogante es más de signo sociológico que jurídico, si bien con importantes repercusiones en este campo. Consiste en aclarar si la institución tiene en su fundamentación el servir a un interés personal o familiar. O trasladado el problema a otros términos, si el interés social jurídicamente protegido con las atribuciones preferentes puede realizarse atendiendo a las necesidades de uno de los miembros —el cónyuge— frente a los del otro o sus herederos y ha sido introducida sólo a este propósito, o si, por su dimensión familiar, el interés se realiza o puede realizarse en cualquiera de los interesados en tanto que miembros del núcleo familiar (27).

La solución al problema es tan compleja que basta decir al respecto que en Francia y Bélgica su planteamiento, sumamente realista, ha dado lugar a concebir las atribuciones preferentes unas veces como auténtico derecho subjetivo de un miembro del grupo familiar frente al resto y otras como mera facultad, en las que, en caso de discrepancia, resuelve el Juez, valorando las distintas circunstancias y el interés familiar; además, se otorga un tratamiento diferente según sea el objeto atribuible. Para nosotros los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil nos sitúan, creo que aparentemente, fuera de esta dialéctica formal al referirse expresamente a «cada cónyuge», pero como veremos más adelante no se ha simplificado el tratamiento subjetivo con la pura determinación literal del precepto.

Juegan aquí, como casi siempre, un papel importante, los orígenes de los que tan difícil es desprenderse y la evolución histórica de la institución. La atribución preferente nace en Francia frente al principio no menos francés de «integridad cualitativa de la legítima», para posibilitar la idea que podemos calificar de contrarrevolucionaria de mantener la unidad del patrimonio agrícola familiar, finalidad ésta mucho más rica en matices y consecuencias que la puramente economicista de servir de instrumento de lucha contra el minifundismo. La presencia, con carácter

(27) Sobre la problemática del interés familiar en general es ilustrativo el artículo de MAX HENRY: *L'intérêt réduit à l'intérêt des époux*, Recueil Dalloz-Sirey, 1979, chronique XXX, págs. 179 y sigs.

necesario, de la vivienda familiar, como ya sabemos, en la configuración de la inicial atribución preferente de inmuebles rústicos, en el Decreto-ley francés de 1938, nos da la dimensión germinal de la institución: que el patrimonio cumpla en una sola mano la misma función a la que servía antes de acaecer el evento que debería producir la partición y la división material. La *casa*, concepto caro a quienes somos sujetos de Derecho foral y desde luego no ajeno a quienes sin serlo tienen en la base de su personalidad una vinculación con el mundo rural, supone una concepción de la familia, si no patriarcal, sí al menos amplia y en la que el interés de la familia sólo muy excepcionalmente puede entenderse reducido al interés de los cónyuges o de uno de ellos, y, de suyo, nunca con dimensión individualista, nos encontramos en las antípodas del Derecho de obligaciones, pues aquí sobre el equilibrio de derecho *versus* deber prevalece la idea de continuidad, de estabilidad y de proyección del pasado sobre un conjunto socialmente organizado y no como suma de personas individuales.

La evolución de la atribución preferente en Francia, que, como sabemos, no ha desmentido en ningún momento su origen; su ampliación a otros objetos y con ella a otros medios sociales distintos del rural, es decir, más urbanos, no tiene, en el fondo, otro contexto que el de fomentar la colaboración familiar y, en último extremo, impedir unas veces, paliar otras, los efectos disolventes que en la familia, vista desde el ángulo patrimonial, proyectan las separaciones y los divorcios, cuanto más defender frente al egoísmo de los hijos —supuesto nada infrecuente— la continuidad de la forma de vida del cónyuge supérstite. Todos los demás efectos, que los hay, tienen ante éstos un claro aspecto secundario.

El segundo interrogante de puro signo jurídico gira en torno al alcance excepcional u ordinario que deba dársele a la desigualación cualitativa que en principio y de ordinario produce la atribución preferente.

En este punto es obligado reflexionar sobre un aspecto poco frecuente en el Derecho moderno, cual es el de las desventajas de la igualdad en el tratamiento jurídico de los problemas familiares y sucesorios, porque la realidad no conoce de una familia arquetípica ni de unos descendientes iguales. Sin embargo, desde la Revolución francesa, la legislación positiva vive de ordinario bajo la obsesión no sólo de la igualdad, sino en la actualidad bajo la presión del igualitarismo, olvidando la verdad que encierra la paradoja que propone frecuentemente LACRUZ, al decir que en el Derecho de familia «unos son más iguales que otros».

Debe entonces tenerse muy en cuenta que la institucionalización y posterior generalización de las atribuciones preferentes suponen una re-

visión respecto de la acostumbrada evolución del Derecho nacido bajo las ideas de igualdad propias de la Revolución francesa, y es obvio que no podrá entenderse y admitirse el fenómeno social que subyace en la institucionalización de la atribución preferente si no se es capaz de aceptar que la igualdad impuesta, en el seno del Derecho de familia y en el de sucesiones, ha llegado a dar lugar a situaciones claramente regresivas; es más, puede decirse que en esta materia el igualitarismo es una tendencia socialmente peligrosa, cuando no regresiva.

Por ello, hacer constante hincapié en la defensa de la igualdad cualitativa en la partición o de la reconstrucción de la misma equivale a reducir y condenar *a priori* a la atribución preferente a ser una institución marginal, de carácter siempre excepcional, destinada a tener una importancia relativa: de alguna utilidad para los patrimonios saneados y, en último término, a acomodar una institución que debería servir a los intereses de la familia al interés exclusivo de uno solo de sus componentes: el cónyuge atributario.

El alcance ordinario o extraordinario, es decir, la derogación o la excepción al principio de igualdad cualitativa que encierra toda atribución preferente, conduce y obliga a adoptar bien una interpretación amplia en su alcance y previsiones, o bien otra necesariamente estricta y fielmente apegada a la letra y a las exigencias formales de la ley. En mi personal opinión este planteamiento disyuntivo peca por exceso de formalismo, pues hace de la interpretación una especie más del ritualismo esencialmente nocivo para el Derecho, y conduce al asentamiento y construcción de la institución sobre unos cimientos insuficientes, amén de falsos.

Hay que admitir de grado que, de forma general, en toda partición —hereditaria o del consorcio conyugal— se debe propiciar la presencia en todas sus operaciones de la doble igualdad: cuantitativa y cualitativa. Y que sólo en determinados supuestos es admisible la presencia de una potencial desigualación cualitativa, siempre finalista, en la que el interés que se quiere proteger ha merecido el reconocimiento de la norma. Tal es el caso de las atribuciones preferentes.

Ahora bien, la excepcionalidad que se admite en esta última proposición no tiene por qué conducir, de forma necesaria, al entendimiento de que en la interpretación de tales normas, por su contenido formalmente exorbitante, debe imponerse el criterio de aplicación restrictiva en todas y cada una de sus manifestaciones y en todos los puntos que se someten al análisis jurídico. Es decir, no creo que el rigor que precisan consista en impedir toda ampliación sistemática referida a las personas y al objeto del derecho, acantonándolo, en su consecuencia, a la propia expresión literal del precepto en que se contenga.

Creo más bien; y trataré de demostrarlo, que el rigor restrictivo, que desde luego procede, no puede ni debe aplicarse ni a las personas reconocidas como potencialmente atributarias —salvo en muy determinados casos—, ni a las cosas señaladas por la norma como atribuibles; la rigidez debe operar en otro campo más determinante de la finalidad de la institución, cual es la necesidad de un nexo de afección entre atributario y objeto atribuible.

La propia funcionalidad de la institución de la atribución preferente demanda, siempre en mi personal opinión, de una parte, que pueda reconocerse la cualidad de atributarios a los herederos del cónyuge premuerto, en las condiciones y con las limitaciones que explicitaré más adelante, a pesar de que en la expresión formal del artículo 1.406 se predique tal cualidad sólo de «cada cónyuge»; de otra, que los bienes atribuibles no sólo sean los específicamente previstos con carácter general en los apartados 1.º a 4.º del citado artículo, sino también aquellos otros que por su naturaleza o por su función juegan el mismo papel que los enumerados taxativamente en el desarrollo de la personalidad en sus dimensiones de intimidad y de proyección profesional amenazadas en su continuidad por la partición del consorcio conyugal.

La excepcionalidad propia de la misma institución demanda igualmente que el rigor restrictivo en la interpretación opere en la exigencia de la necesaria existencia de un nexo entre atributario y cosa atribuible anterior y coetáneo a la partición, nexo que trasciende el aspecto puramente patrimonial en que la partición consiste y que supone la demostración de que se dan cada una de las exigencias implícitas en el artículo 1.406 del Código Civil, y que, en los supuestos de aplicación, de ellas depende la estabilidad del atributario, cumpliendo la finalidad institucional, sin daño ni mengua de la igualdad cuantitativa; sin la existencia de tal nexo debe negarse la atribución por ser atentatoria contra la igualdad y constituir una auténtica desviación del derecho a la desigualdad que tan sólo con tal fin se reconoce (28).

B. La condición de atributario

En el artículo 1.406 del Código Civil, como hemos advertido repetidamente, tan sólo se hace referencia a los cónyuges como potenciales titulares del derecho de atribución preferente, pero ¿ello quiere decir que este derecho tan sólo puede ser reconocido en favor de uno de ellos o de ambos con exclusión radical de cualquier otro partícipante?

(28) Ver, por lo que a la relación entre cosa y atributario, la exposición sobre N. J. de los derechos de atribución preferente, en *DE LOS MOZOS: Comentarios...*, págs. 507 y sigs.

Para la generalidad de la doctrina española la respuesta al interrogante planteado es decididamente afirmativa, pues en el planteamiento mismo de la institución se la contempla bien como «un derecho, que se atribuye al cónyuge y, por consiguiente, una *prerrogativa* frente a la igualdad» —como dirá Díez-PICAZO (29)—, bien como «una proyección de los derechos de la personalidad, por razones muy humanas o para mejor satisfacer las necesidades básicas del cónyuge» —como apunta GARCÍA-CANTERO (30)—, lo que quiere decir que es preciso sustentar en la aplicación del artículo 1.406 del Código Civil una interpretación restrictiva en cuanto a quién pueda ser titular del derecho de atribución, por ser la propia figura institucional un claro privilegio concedido por la norma a un cónyuge frente a otro o frente a los herederos del otro.

Esta posición doctrinal dominante, en mi personal opinión, parte de una posición teórica poco sólida: valora más allá de lo estrictamente necesario el denominado principio de igualdad cualitativa en las particiones, y, consecuentemente, con esta valoración, hace de lo que entiendo es una derogación parcial del artículo 1.061 del Código Civil una verdadera situación de privilegio en favor del cónyuge particionario.

El propio Díez-PICAZO, para quien, como hemos visto, la atribución preferente es una *prerrogativa*, afirma igualmente que «la figura de la atribución preferente tiene por finalidad satisfacer intereses personales o de afección que el ordenamiento jurídico considere dignos de tutela y que podrían verse gravemente lesionados con una partición que fuera formalmente igualitaria» (31), lo que nos sitúa en la línea argumental que me parece más correcta. La atribución preferente no tiene por qué ser necesariamente un instrumento de desigualdad, sino mucho más un instrumento legal de mantenimiento de la igualdad, respetando y tomando en consideración las lógicas y omnipresentes desigualdades personales.

La partición hasta ahora tenida por tradicional, nacida de la concepción propia de la igualdad política de la Revolución francesa, plasmada en el Código Napoleón y de éste transferida a nuestro Código Civil, presupone el hacer abstracción de las circunstancias personales de los sujetos, y así en la formación de lotes se procura «guardar la posible igualdad» cualitativa, pues es evidente que para alcanzarlo plenamente se requiere homogeneidad en las cosas en cantidad múltiple del número de sujetos llamados a repartirlas, con atribución de bienes en razón de su naturaleza, calidad o especie, y, por último, como principio de justicia

(29) Díez-PICAZO, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, pág. 1801. El subrayado es mío.

(30) G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. 5.º, vol. 1.º, página 475.

(31) Díez-PICAZO, *op. y loc. cit.*, nota 3.

se acude a que elija primero quien no confecciona o se pone esta justicia en manos del azar y se sortea. Pero con ello es evidente que no se logra la igualdad cualitativa, sino que se procura; y ello, al precio de que pueda corresponder la bicicleta al particionario cojo y la máquina de escribir al manco.

La atribución preterente supone una nueva forma, más bien habría que decir una forma diferente, de encarar el problema de la formación de lotes en la partición, tomando en consideración dos elementos básicos, que no tienen que suponer necesariamente derogación privilegiada del artículo 1.061 del Código Civil, sino subsunción de los principios de este precepto a las siempre especiales circunstancias del caso. El primer elemento consiste en incorporar a la partición a un sujeto de la vida real, no a un ser numérico ideal, del que cuentan su profesión habitual y circunstancias personales, si bien medidas a través de su relación con los bienes del consorcio conyugal a cuyo equitativo reparto debe procederse. El segundo elemento es de contenido puramente económico y tiene por fin evitar la fragmentación de los bienes y la división de las explotaciones (32), pero ello como efecto de una preocupación social de mayor alcance, aunque con enfoques muy discutibles, la de evitar el desarraigo del mundo rural, en un principio, y la de fomentar la cooperación familiar actualmente.

Se trata, pues, de la introducción, al menos como hipótesis, de un nuevo procedimiento formal y material de partición, en el que las circunstancias personales que se consideran de interés digno de tutela por la norma pasan a primer plano cuando guardan un verdadero nexo de dependencia con bienes que se encuentran en el consorcio de cuya división se trate, y ello sin desconocer o mermar el aspecto cuantitativo de la partición y evitando la desigualación cualitativa que sigue siendo el ideal inspirador de la partición, pues entiendo con LACRUZ que «en tanto sea posible se habrán de asignar al otro cónyuge o sus herederos bienes de semejante naturaleza o, en todo caso, bienes valorados con el mismo criterio» (33).

No creo, en modo alguno, que sea ajustado con el alcance formal y material de la atribución preferente el otorgarle el carácter de privilegio en favor de un sujeto particionario frente a otro, con las consecuencias jurídicas que se derivan de tal calificación, y, en su consecuencia, entiendo que la lectura e interpretación del 1.406 del Código Civil deben ha-

(32) Este segundo elemento se ha incorporado en Francia al Derecho positivo por el Decreto-ley de 17 de junio de 1938, que modificó, entre otros, el artículo 832, párrafo primero, de su Código Civil.

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

cerse conforme a la finalidad del precepto y con las ampliaciones subjetivas y objetivas que demanden la situación familiar protegible.

En la determinación de los sujetos atributarios, dadas las especiales circunstancias de la normativa española, no creo que podamos valernos de la experiencia francesa en la materia en toda su extensión, pues el tratamiento francés de los sujetos es puramente sucesorio, y trasladado desde esta sede a la partición del consorcio conyugal, por lo que los herederos del cónyuge premuerto, en su caso, pueden ser sujetos del derecho de atribución preferente a título propio de herederos, en absoluta igualdad de condiciones con la titularidad que puede ostentar el supérstite a título de cónyuge. No es este el caso del que parte nuestro Derecho positivo, excepción hecha de los específicos y un tanto surrealistas supuestos de la atribución agrícola de la Ley de 24 de diciembre de 1981, prácticamente desconocida en nuestra realista práctica rural, creo que afortunadamente para la paz social. No obstante, la experiencia francesa sí nos sirve para poner de manifiesto que en la atribución preferente el aspecto subjetivo no cobra un especialísimo relieve autónomo sino cuando el supuesto se construye como un claro y verdadero privilegio, como ocurre entre nosotros con la opción que se concede en el artículo 1.407 del Código Civil.

La construcción formal del artículo 1.406 del Código Civil no me parece, consecuentemente con todo lo anterior, un obstáculo para que en nuestro ordenamiento pueda llegarse al reconocimiento de atributario preferente al heredero o herederos del cónyuge premuerto frente al supérstite en los supuestos del 1.406, 2.º y 3.º, y análogos, cuando el nexo entre persona atributaria y cosa atribuible se configure conforme a las exigencias de coherencia y finalidad que en la norma están implícitas (34), y cuyo tratamiento, más propio del estudio del objeto, no puede ser aquí totalmente obviado.

Podrían ser, pues, en mi personal opinión, atributarios preferentes los cónyuges, por designación expresa de la norma, y los herederos del premuerto en los supuestos de ámbito puramente profesional que se contienen en los apartados 2.º y 3.º del 1.406, ya que el 1.º y 4.º tienen una proyección personalista que tan sólo pueden reunir quienes fueron partícipes del consorcio, asunto obvio por lo que hace a la atribución de bienes de uso personal que debieron ser ordinariamente privativos y para el caso de la vivienda de la que se hace reserva expresa en favor exclusivo del cónyuge supérstite. Pero ¿cuándo y cómo podrían llegar a ser atributarios los herederos?

Debemos dejar bien sentado, como cuestión previa, que entendemos

(34) R. BOUR: *Les bénéficiaires de l'attribution préférentielle*, París, 1967.

la atribución preferente como una pura operación particional y que en el mecanismo particional sólo cuentan y pueden ser sujetos de derechos los propios partíciparios y no los simplemente interesados en tales operaciones; así, si los que parten son ambos cónyuges o ex cónyuges en nada intervienen ni pueden intervenir los hijos, sean éstos comunes o de sólo uno de ellos, y sus intereses e incluso sus posiciones personales respecto de los bienes de la partición —resultan irrelevantes en términos de derechos— el que un hijo sea gestor de la empresa familiar. El nexo, al que repetidamente venimos refiriéndonos, que debe mediar entre atributario y el objeto de atribución se requiere en cabeza de un partícipario a título propio, pues se trata de una situación de hecho con proyección vital y profesional que desencadena el nacimiento del derecho de atribución en el momento mismo de la partición y para el partícipario, cuya estabilidad se trata de proteger por la norma, y no encarna, en modo alguno, la proyección protectora de una situación de *iura in re aliena* o en la dotación de título a una situación previa de precario en la que se encuentre alguno de los hijos.

Por ello, parece que los hijos y familiares sólo podrían llegar a ser titulares de un derecho de atribución preferente en el caso y en la medida en que ellos mismos fueran partíciparios, es decir, únicamente cuando la disolución de la sociedad de gananciales se hubiera producido por muerte de uno de los cónyuges y concurriesen a la liquidación y partición del consorcio a título de herederos del cónyuge premuerto.

Esta única y exclusiva forma de concurrencia a título de partícipario y la exigencia de que para que nazca el derecho de atribución preferente se requiere de igual forma la existencia de la relación de índole personal entre atributario y cosa atribuible anterior y coetánea al tiempo de las operaciones que se siguen a la extinción de la sociedad, excluye radicalmente la concepción de la atribución preferente como proyección de futuro, como sistema de planificación del futuro profesional de un hijo, y se materializa tan sólo como consolidación de una situación ya dada, lo que obliga a entender la pretendida posición del heredero atributario como una especie de representación atípica en la partición del consorcio.

El heredero partícipario, en nuestro Derecho, y en clara divergencia con lo que ocurre en el Derecho francés, no podría llegar a consolidar por el mecanismo de la atribución preferente una posición puramente personal con independencia y sin el concurso de la posición que tuviera el cónyuge a quien representa en la partición, ya que la atribución preferente no se concibe en absoluto como una institución sucesoria, sino tan sólo como mecanismo particional referido exclusivamente al consor-

cio conyugal; es decir, en el terreno de los puros principios puede rechazarse la pretensión de atribución por un heredero sobre un inmueble consorcial en el que viene ejerciendo la profesión y del que es arrendatario o titular de un derecho real limitado de uso, y su continuidad a la división del consorcio depende de la consistencia de estos derechos después de ejecutarse la partición; su posición respecto al inmueble no tiene que ver con la que se protege por medio de la atribución preferente, ya que su posesión lo es a título distinto a la derivada de formar parte el bien de la sociedad de gananciales y estar destinado al ejercicio profesional.

Del espíritu, de la finalidad e incluso, en último término, de la misma concepción formal de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, puede llegar a deducirse que el reconocimiento de la cualidad de atributario en la persona del heredero del cónyuge premuerto y en cuanto tal peticionario sólo podría llegar a darse en las siguientes circunstancias:

1. Cuando ha venido colaborando con el premuerto exclusivamente, es decir, sin colaboración con el supérstite, en la explotación y gestión de la explotación agrícola, comercial o industrial. 2. Cuando ha compartido con el premuerto el ejercicio de la profesión u oficio en inmueble ganancial; y 3. Cuando ha venido llevando la gestión autónoma de la empresa ganancial, pero en nombre y por cuenta del consorcio en el seno de una empresa o explotación familiar, es decir, sin tener la condición de asalariado o de titular de un derecho sobre cosa ajena, o lo que es lo mismo, ostentando la condición de colaborador, figura no bien delimitada jurídicamente, pero omnipresente en la realidad económica de la pequeña y mediana empresa agrícola, comercial o industrial.

La negación de la cualidad de atributario preferente a los herederos del cónyuge premuerto, cualesquiera que sean las circunstancias, por el mero hecho de que no se menciona tal posibilidad en el artículo 1.406 del Código Civil, norma a la que se suele calificar de excepcional, a mi juicio, con excesiva facilidad, conduce evidentemente a resultados poco concordes con el origen de la institución, de la que sabemos nació para posibilitar el mantenimiento de la función aglutinante de la familia, que, sin duda, tiene el patrimonio agrícola cuando alcanza y mantiene una dimensión verdaderamente familiar, y para favorecer la colaboración de los hijos mayores en el negocio o la hacienda consorcial; además, conduce también a situaciones aberrantes por lo radicalmente injustas: un sistema que no despliega sus reales potencialidades por temor a ir demasiado lejos en la lesión de la igualdad cualitativa; puede admitir, por una mera cuestión técnica, el que un particionario sea radicalmente distinto de otro, aunque cumpla cada uno de los requisitos que se exigen

al otro para ser titular del derecho, lo que es tanto como admitir que gracias a la interpretación restrictiva: una situación privilegiada queda corregida con una clara injusticia, con lo que el promedio queda a salvo.

La ampliación indiscriminada de la cualidad de atributario a todos los herederos, cualquiera que sea el nexo que los una a los bienes atribuibles, cuya atribución preferente reclamasen, desborda ampliamente el marco actual de la partición circunscrita en la sociedad de gananciales, y tal pretensión, que entiendo sería positiva, requeriría una reforma en tal sentido del Derecho de sucesiones.

Ahora bien, la referencia a «cada cónyuge» del artículo 1.406 del Código Civil no puede ignorarse sin más y arbitrariamente, pues nos encontramos en sede de partición del consorcio conyugal, y la posición de los herederos en ella viene así a desembocar en una especie de derecho de representación atípico e integral de su causante y no sólo por la cuota material que les corresponda, sino también como expresión que es de una institución familiar, y la actuación última deberá ser de interés de ésta y no en el exclusivo de uno de los cónyuges el que prevalezca, pues no se está disolviendo una sociedad nacida de un contrato, sino un consorcio que quiere ser expresión patrimonial de una *communio omnis vitae* que se ha extinguido, en el caso que nos ocupa, por muerte de uno de sus miembros.

C. Pluralidad de atributarios sobre un mismo bien

La doctrina mayoritaria española ha zanjado acertadamente el problema de la concurrencia de solicitudes de atribución preferente sobre un mismo bien cuando los solicitantes son los dos cónyuges, negando la propia existencia de un derecho de atribución preferente sobre el correspondiente bien, argumentando que las posiciones de relación idéntica se excluyen entre sí. Con referencia específica al 1.406, 2.º, DÍEZ-PICAZO afirma que el «llevado con su trabajo» supone el excluir «las empresas que hubieran sido llevadas conjuntamente por los dos esposos», y aplica el mismo razonamiento para la concurrencia profesional en el supuesto del 1.406, 3.º, del Código Civil (35).

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de atribución en favor de los herederos del cónyuge premuerto, en las condiciones antes apuntadas, abre la posibilidad de que varios de ellos, o uno de ellos y el cónyuge supérstite, soliciten la atribución del mismo bien, creándose con ello distintas situaciones de las que no se ha hecho eco la doctrina patria y que creo conveniente sistematizar y analizar.

(35) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, pág. 1802.

a) SITUACIÓN DE CONCURRENCIA EXCLUYENTE

1. Solicitud de atribución de un heredero y el cónyuge supérstite sobre el mismo bien.

En esta circunstancia, y sobre el plano puramente teórico, entiendo son posibles tres soluciones: primera, aplicación extensiva a esta concurrencia de la doctrina sentada y pacífica para la concurrencia entre cónyuges y denegar para ambos solicitantes la atribución; segunda, reconocerla en favor de quien tenga mayores aptitudes para su gestión en el supuesto concreto del 1.406, 2.º, y para el más antiguo en la ocupación para el 1.406, 3.º; y tercera, preferir el derecho del cónyuge respecto del heredero.

Las opciones primera y segunda no parecen adecuadas para el posicionamiento de que parte nuestro propio ordenamiento. Puesto que su propio planteamiento supone que en la gestión anterior a la disolución del consorcio ocupaban los coparticionarios un plano de igualdad absoluta respecto de los bienes consorciales que sólo puede darse entre los cónyuges, cuando la relación del hijo en la gestión de un bien ganancial, o bien es delegada, o bien subordinada, y en este caso tiene que ser necesariamente subordinada, pues sólo el cónyuge es titular respecto de la masa ganancial. La posición de los artículos 832, 7; 832, 1, 1.º, y 832, 2, 4.º, del Código Civil francés, que reconocen a los Jueces la potestad de elegir entre los diferentes peticionarios, teniendo en cuenta la especial aptitud del que se declara atributario para mantener y gestionar la empresa familiar atribuible, no es extensible al supuesto del artículo 1.406, pues en aquél sólo se contempla una concurrencia de coherederos en la herencia de un mismo causante, y entiendo es sumamente difícil trasladar el supuesto a la partición de la masa consorcial; la estabilidad de la economía familiar y de la familia misma que la doctrina francesa —PONSARD, CORNU, DE JOUGLART, etc.— entiende es la base de esta ampliación de los poderes discrecionales de los Jueces en la materia, introducida por la Ley de 19 de diciembre de 1961, no es aplicable al consorcio conyugal, en el que el plano de igualdad no se alcanza sino entre los cónyuges.

Es la tercera posibilidad la que resulta más adecuada a la letra y el espíritu del artículo 1.406 del Código Civil, pues parece evidente que la norma persigue en primer lugar el garantizar la estabilidad de los cónyuges, y aunque entendamos que llegado el caso tal estabilidad podría extenderse a los herederos del otro, ello no quiere decir que la norma postule una general igualdad de tratamiento, sino tan sólo que en deter-

minadas circunstancias su literalidad no debe ser un obstáculo para impedir determinadas atribuciones preferentes en favor de los herederos.

2. Solicitudes concurrentes de los herederos sobre un mismo bien.

Cuando varios coherederos pretenden ejercer la atribución preferente sobre un mismo bien de forma excluyente unos a otros, entiendo que entre nosotros en defecto de norma no puede recurrirse a un poder arbitral del Juez que no se le reconoce en este campo, aunque entiendo que ello sería muy conveniente para la estabilidad de los patrimonios familiares, por lo que aquí es preciso reconocer que deberá aplicarse la misma doctrina sentada para la concurrencia de cónyuges y no reconocer para ninguno de ellos el derecho de atribución.

b) SITUACIONES DE PETICIÓN CONJUNTA

La admisión de tal posibilidad tuvo dividida a una parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas, pues en tanto la primera minoritaria, encabezada por R. SAVATIER, sostenía que parece deseable dar satisfacción a la demanda conjunta de atribución de una explotación agrícola, comercial, industrial o artesanal, sobre todo cuando la explotación constituye una parte considerable del activo y su atribución, en tales condiciones el único medio de conservarla en el seno de la familia (36); la segunda, y la doctrina mayoritaria —PLIN, BARTIN, etc.—, han rechazado tal posibilidad por entender que la atribución preferente es una modalidad de la partición, y la finalidad de ésta es poner fin a la indivisión. La Corte de casación declaró, en Sentencia de 18 de enero de 1954 (37), que «permitir a varios tener conjuntamente la atribución preferente de una explotación conducía, de hecho, a que la indivisión sucesoria fuera sustituida por una nueva indivisión, de carácter esencialmente precario, pudiendo poner fin a tal situación en todo momento y a petición de uno solo de los indivisarios; por lo que tal tipo de solución es incompatible con la finalidad perseguida por el legislador». No obstante, la discusión ha sido cerrada en favor de la primera tesis minoritaria por la Ley de 19 de diciembre de 1961, pues en la redacción del artículo 832, 6.º, del Código Civil, debida a esta reforma, se dispone: «La atribución preferente puede ser pedida conjuntamente por varios sucesores.»

En nuestro ordenamiento nada impide el admitir una solución semejante a la del artículo 832, 6.º, del Código Civil francés, sobre todo si entendemos que la atribución preferente no es sólo una forma de protección

(36) R. SAVATIER: «Comentarios jurisprudenciales», en *RTDC*, 1954, pág. 334.

(37) Dalloz, 1954, 325, con comentario en contra de su doctrina por PONSARD; JCP, 1854, II, 7962, con comentario favorable a la tesis mantenida por PLIN.

de los intereses de los cónyuges amenazados por una partición de la masa consorcial, sino que también debe proyectarse en interés de la familia a los efectos de impedir soluciones siempre parciales y por ello frecuentemente contrarias a los intereses comunes del grupo familiar.

D. Personalismo en la posición del atributario

Parece claro que en la fundamentación originaria de la atribución preferente la preservación de la unidad de determinados conjuntos patrimoniales —inicialmente el patrimonio agrícola (38)— se orienta mucho más hacia el aspecto de preservación de la identidad familiar, en vías de desintegración por la acumulación de divisiones, que al puro efecto económico que tal medida produce. Se intenta mantener intacto el marco económico que permite a la familia rural proyectarse como tal y no como candidata a la absorción por el medio urbano. Ello hasta tal punto que la introducción de la atribución preferente en Francia en 1938 no es sino consecuencia de un proceso que se inicia con el reconocimiento para ciertos bienes del *status* de bien de familia, por Ley de 12 de julio de 1909, y se cierra con la introducción de la atribución preferente en la disolución de la sociedad conyugal en 1965 (39). En todas sus fases es fácil advertir que el interés protegido es el reforzamiento de la familia como núcleo, más que el de evitar un fraccionamiento de los medios de producción explotados bajo regímenes de economía familiar. Es por ello por lo que la condición de atributario tan sólo se reconoce en quienes se dan las condiciones de ostentar la cualidad de particionario a título personal, de una parte, y de otra, la de tener una efectiva vinculación vital o profesional para con el bien del que se predica la condición de atribuible.

El derecho de atribución, en estas circunstancias y por su origen, no puede ser objeto de tráfico: así, si un particionario potencial atributario preferente cede a un tercero su cuota en la masa dividenda a título oneroso no podrá entenderse, en modo alguno, que en la mencionada cuota que se transmite va incluida la posición de atributario, aunque para el bien de que se trate el cesionario pudiera demostrar cumplidamente que se dan en él las notas requeridas de afección que se piden para los cónyuges, no podrá solicitar atribución alguna, ni podrá oponerse, porque

(38) Al sistema particional del Código Civil francés de 1804 —en lo esencial idéntico al nuestro— lo denominó LE PLAY: «La máquina de astillar el suelo».

(39) Ver el estudio del 68.º Congreso del Notariado Francés sobre «la atribución preferente», en el contexto de la ponencia *De certaines difficultés du partage successoral*, 1971, vol. 4.º, págs. 13 y sigs.

ello sea contrario a sus intereses, a las atribuciones de las que sean titulares otros coparticionarios que lo sean a título originario.

No cabe, pues, desconocer que lo que se protege es un interés moral y familiar que no puede darse en la persona del cesionario de cuota y que tal interés dota al ejercicio de la atribución preferente de un acusado personalismo.

Este último aspecto ha sido tratado por la jurisprudencia francesa, si bien de modo sumamente tangencial, aunque no por ello de forma menos incuestionable, en cuanto ha reconocido tal derecho en favor de un comerciante, en situación concursal y sometido a administración judicial, a ejercerlo sin la asistencia y la autorización del administrador judicial y aun en contra de su criterio —STC Rouen, 26 de enero de 1968 (40).

De igual forma, los acreedores del potencial atributario no tienen título suficiente ni para obligarle a ejercer su derecho, ni para impedirlo, ni mucho menos para ejercerlo ellos mismos, subrogándose en la posición de su deudor; su derecho de intervención se limita a velar por el mantenimiento de la integridad cuantitativa del lote de su deudor, y sólo con la mira puesta en esta dimensión puramente material de la partición pueden oponerse al ejercicio del derecho de atribución por un partícipario, sea su deudor u otro, cuando puedan alegar y probar que la valoración del bien atribuible se ha efectuado con daño para sus intereses o que el desplazamiento patrimonial en que la atribución se materializa tiene como finalidad inmediata el convertir el lote de su deudor en irrealizable en el mercado, con daño evidente para su posición acreedora.

De cara a esta visión personalista de la atribución preferente se echa en falta en la regulación de su ejercicio la exigencia de que los bienes obtenidos por este medio especial de partición deban permanecer en el patrimonio del atributario durante un tiempo prudencial, pero suficientemente dilatado, de forma que cumpla la función social que se le atribuye por el ordenamiento, durante el cual los otros partíciparios podrían ser titulares de un derecho de tanteo y retracto, siempre que en ellos se cumpliese la finalidad predicada.

De todos modos parece obligado reconocer que la regulación que ofrece el artículo 1.406 del Código Civil resulta claramente insuficiente como para ser la única referencia normativa de una institución que nos presenta perfiles sociales, económicos y, sobre todo, jurídicos tan complejos y tan delicados, siempre en la línea que separa lo conveniente de lo puramente arbitrario, y que la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales tampoco favorece la construcción desde el ámbito puramente doc-

(40) Dalloz, 1968, 520, nota R. SAVATIER.

trinal de los datos y elementos que no pueden encontrarse en la norma. Por lo que cualquier pronunciamiento que tenga como resultado el propugnar una ampliación subjetiva u objetiva del esquemático artículo 1.406 del Código Civil no puede tomarse como doctrina segura.

III. BIENES SUSCEPTIBLES DE ATRIBUCION PREFERENTE: CARACTERISTICAS Y TIPOS

A. Aspectos generales

Las atribuciones preferentes se configuran, en su aspecto formal y material, como contenido de un derecho *excepcional* frente a la regla de igualdad absoluta entre los cónyuges en la división de la masa común o ganancial; es decir, se construyen como un privilegio cuyo ejercicio altera por sí mismo la igualdad cualitativa de los lotes en que debe dividirse la masa ganancial neta que, en principio, deberían estar constituidos por elementos individuales de la misma naturaleza, calidad y especie. Si bien el ejercicio de tal derecho privilegiado no puede alterar, en modo alguno, la igualdad cuantitativa de los mencionados lotes en valor, pues ése es el contenido esencial inderogable de los artículos 1.344 y 1.405 del Código Civil (41). Por ello, parece *prima facie* obligado sustentar que en la aplicación material de este derecho ha de mantenerse un criterio de interpretación restrictivo en cuanto se refiere a qué clase de bienes pueden ser objeto de atribución preferente.

Cabría, pues, entender que sólo puede ejercerse el derecho de atribución preferente por uno de los cónyuges cuando en la masa ganancial neta se encuentren bienes que responden a los supuestos específicos contemplados expresamente en los apartados 1.º a 4.º del artículo 1.406 del Código Civil, con exclusión absoluta de cualquier otro. Esta línea rígida de las manifestaciones del pensamiento se encuentra subyacente en todas y cada una de las manifestaciones del pensamiento jurídico francés en la materia, pues, como expondrá PATARIN, comentando la evolución francesa desde el Decreto-ley de 17 de junio de 1938 hasta la Ley de 19 de diciembre de 1961, «la atribución preferente desencadena una lucha dialéctica entre dos tendencias opuestas: una lleva al legislador a sacrificar la igualdad entre los herederos y la reserva y a multiplicar las situaciones de atribución preferente por razones de política económica y social, en

(41) Ver, en este punto, la opinión de Díez-PICAZO en su comentario al artículo 1.406, en *Comentarios a las reformas...*, vol. II, pág. 1801, en el que se sostiene que la atribución constituye una excepción también a la regla de la igualdad cuantitativa.

tanto que la otra incita a la jurisprudencia a restablecer en valor la igualdad así comprometida y a guardarse de una interpretación demasiado extensiva de las disposiciones legales» (42).

Este criterio analítico del fondo del sistema expuesto por PATARIN, a la vista de las importantes ampliaciones que del objeto de este derecho efectúa la Ley de 19 de diciembre de 1961, resulta sumamente esclarecedor de la construcción y evolución en el seno del Derecho francés de las atribuciones preferentes, ya sean éstas configuradas como derecho subjetivo o como mera facultad. Resalta en ellas que su origen, desenvolvimiento y regulación es la propia de una institución entroncada en el Derecho sucesorio, y aun cuando se extiende a la partición de la masa consorcial, en el régimen económico matrimonial legal, mantiene sus específicas y propias características, pues, como se prevé en el artículo 1.471 del Código Civil francés, se remite su disciplina a la del Derecho de sucesiones. Ello quiere decir que, con las ineludibles matizaciones que le presta el marco institucional, los fundamentos y objetivos sociales que sirvieron para la introducción de la atribución preferente en la sucesión sobre determinados objetos —impedir fraccionamientos de haciendas familiares, mantenimiento de la unidad productiva y subsistencia de determinadas empresas— siguen siendo los que justifican al legislador para introducirla en la disolución y partición de la comunidad económico-matrimonial legal.

Sin embargo, para el análisis de la institución en el Derecho español, tan sólo presente en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, el valor de la dialéctica presentada por PATARIN no va más allá de ser el marco de referencia de donde se recibe la institución, pues falta el correlativo sucesorio, y el fundamento finalístico de la institución surgida en la reforma del Derecho de familia de 1981 es indudablemente de dimensión más personal que material. Sin duda, también aquí interesa facilitar la continuación económica de determinados elementos productivos, pero como objetivo secundario; el fin principal es de puro carácter personal.

Nuestro sistema de atribuciones preferentes no sólo no tiene un origen sucesorio, sino que nace en, por y para el régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y en el contexto de una reforma del Derecho de familia que introduce el divorcio y facilita la separación. Es desde otra perspectiva y desde su propia motivación finalística como entiendo deben someterse a análisis los posibles supuestos de atribución preferente que pueden darse bajo nuestro ordenamiento, y no desde la

(42) J. PATARIN: «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la Loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction», en *RTDC*, 1962, pág. 27.

óptica que ofrecen los preceptos del Código Civil francés, destinados a este mismo objeto, pues si bien es patente la influencia del artículo 832 de aquel cuerpo legal sobre nuestros artículos 1.406 y 1.407, ya hemos hecho mérito de su distinta finalidad que trasciende la mera letra de los preceptos. Si allí estuvieron presentes como hemos visto las ideas tecnocráticas y tuitivas sobre la conservación de esa idea negativamente urbana de lo que se denomina «la Francia rural», mimetizadas entre nosotros por la Ley de título equívoco y contenido poco riguroso de 24 de diciembre de 1981, ya analizada en los aspectos que en este trabajo interesan, aquí la idea motriz de la introducción de la atribución preferente es la de preservación de la intimidad personal y la independencia y continuidad profesional de los cónyuges amenazadas en toda partición de la masa común, mucho más cuando se deriva de una separación o divorcio.

El examen de la doctrina y jurisprudencia francesas sobre atribuciones preferentes permite llegar a la conclusión de que el elemento determinante para el nacimiento del derecho subjetivo o de la mera facultad de atribución lo constituye la presencia de determinados bienes: los enumerados en el artículo 832 del Código Civil francés en la masa partible, pues es precisamente la función socioeconómica de estos bienes la que marca el interés que el legislador considera como digno de protección por la norma. En tanto que entre nosotros el aspecto determinante no es un puro contenido patrimonial, sino la proyección de éste sobre unas necesidades personales —salvaguarda de la intimidad y continuidad de la profesión—, las que dan lugar al nacimiento y reconocimiento de tal derecho subjetivo.

Aunque estas afirmaciones diferenciales pueden parecer un tanto retóricas e incluso poco prácticas, entiendo constituyen el único punto de partida posible para poder llegar a dilucidar, en el contexto de nuestra sociedad de ganancias, si debe entenderse que el artículo 1.406 del Código Civil establece unas posibilidades de atribución preferente absolutamente limitadas a los objetos señalados taxativamente por el legislador, en atención a su excepcionalidad y al carácter privilegiado del derecho que se reconoce, o si, por el contrario, se trata de un repertorio de casos: los más importantes y frecuentes, citados *ad exemplum*, que pueden ser ampliados siempre que la atribución preferente guarde una relación directa con el interés personal con significación social que se trata de proteger. O, a mayor abundamiento, así nos encontramos con una serie de supuestos para los que el legislador atribuye un verdadero derecho subjetivo de atribución preferente con limitación de *numerus clausus*, pero sin cerrar el camino a la existencia de otras posibilidades

de atribución preferente para las que sólo cabría reconocer la existencia de una mera facultad.

A la admisión de estas dos últimas posibilidades coadyuva el hecho de que en la redacción del artículo 1.406 del Código Civil se obvia toda referencia a la magnitud económica del bien o conjunto de bienes atribuibles preferentemente, a la estructura individual o social de la empresa o explotación y, por último, a la gradación entre derecho o mera facultad con la que se delimitan los supuestos sucesorios o que tienen por causa la muerte de uno de los cónyuges, de los derivados de separación y divorcio, matices todos ellos que configuran en gran modo la disciplina de las atribuciones preferentes en Francia y Bélgica.

La inexistencia de tales tipos de limitaciones en el sistema español de atribuciones preferentes no quiere decir que nos encontremos en presencia de un sistema sin restricción alguna para los supuestos 1.º a 4.º del artículo 1.406, sino más bien pone de manifiesto que la disciplina normativa de la atribución preferente no tiene origen sucesorio y no se orienta a la pervivencia de la unidad económica atribuible, sino que, casi a la inversa, la atribución responde a necesidades sociopersonales. No obstante, la indeterminación que tal construcción puede suponer obliga, en cierta forma, a no perder de vista el aspecto puramente material de la atribución, y si bien es cierto que la enumeración del 1.406 puede resultar claramente insuficiente en determinados supuestos, no se puede pasar por alto que es en ese tipo de relación *persona-cosa atribuible* la que debe estar siempre presente cuando se trate de ampliar el ámbito material de las atribuciones preferentes, condicionado, claro está, al mantenimiento del equilibrio económico de la partición y de los lotes que deberán formarse con exclusión del objeto de la atribución y de su correspondiente contraprestación monetaria.

A pesar de que nuestro sistema de atribución preferente se construye con una gran parquedad formal en torno al artículo 1.406 del Código Civil, con una ampliación muy circunstanciada en el artículo 1.407, la *ratio* del mismo nos pone de manifiesto que su funcionalidad virtual requiere el no quedar circunscrita a ese estrecho catálogo de supuestos y, además, que tampoco puede quedar reducida a la consideración de una pura y mera operación particional. Parece claro que su función sólo puede alcanzarse si su marco objetivo se extiende, amén de a los contenidos expresamente en la norma, a aquellos otros bienes que en las previsiones del artículo 1.346 hubieran debido entrar en una de las masas privativas de mediar en su adquisición una explicitación suficiente de voluntad; parecidamente sobre aquellos gananciales que lo son por pura determinación de la voluntad o sobre aquellos otros a los que es

factible una extensión analógica del artículo 1.406, siempre que entre el bien objeto potencial de atribución y el sujeto atribuyente se dé alguna de las circunstancias de orden personal que sirven de fundamento para la institucionalización de la atribución preferente.

De igual modo, y como trataremos de poner de manifiesto en el apartado correspondiente de este estudio, la limitación de la atribución preferente a una pura operación particional frustra, para la mayoría de las actuales economías familiares, su propia finalidad socio-económica, por lo que entiendo que puede o debe considerarse como una institución propia no sólo de la partición, sino inserta en el complejo íntegro de las operaciones liquidatorias de la masa común. Ello amplía considerablemente sus potencialidades fácticas, que no pueden estar reñidas con una interpretación rigurosa de los supuestos en que esta institución excepcional pueda tener perfecta cabida.

La novedad, entre nosotros, de la figura objeto de estudio, y su desvinculación, en cuanto al nacimiento, del contexto del Derecho sucesorio, nos imponen el deber de efectuar un tratamiento minucioso y tal vez excesivamente analítico de los bienes que son susceptibles de atribución preferente, tanto considerados en sí mismos, cuanto por la función económica que prestan en la economía familiar y en el entorno personal y familiar del cónyuge peticionario de la atribución preferente, para lo que será preciso estudiar, en primer lugar, los que se consideran atribuibles por el artículo 1.406, para a continuación extenderse a aquellos otros que podrían ser tomados, según hemos apuntado antes, como potencialmente atribuibles, valorando siempre la excepcionalidad de la institución en aquellos justos términos que imponen la dialéctica existente entre favorecimiento del mantenimiento de la personalidad, intimidad y desarrollo personal y profesional del atribuyente, de una parte, y la igualdad y vocación de reparto por mitad de los gananciales que son esenciales a este particular régimen económico-matrimonial, cuya distorsión individualista, primando la subjetividad por encima de la idea de comunidad, supondría la derogación del mismo por la vía inadecuada y parcial de la excepción.

B. Los supuestos concretos del artículo 1.406 del Código Civil

a) LOS BIENES DE USO PERSONAL NO INCLUIDOS EN EL NÚMERO 7 DEL ARTÍCULO 1.346

El apartado 1.º del artículo 1.406 nos presenta, a mi modo de ver, tres considerables dificultades de muy distinto orden y magnitud, para su

aplicación pacífica en la práctica, a saber: 1.^a, la derivada de la construcción en forma residual del precepto; 2.^a, el cambio del ámbito material del precepto al que se hacía la referencia en el proceso inicial de su elaboración, y, por último, 3.^a, las propias de la restricción interpretativa que corresponde a una norma excepcional y de privilegio, por lo que, a falta de las siempre importantes referencias jurisprudenciales, es necesario analizar separada y coordinadamente estas dificultades para poder aproximarnos al conocimiento del posible ámbito material de aplicación del precepto en su expresión legal actual.

1.^a *La construcción residual del precepto*

No es infrecuente que el ámbito material o formal de un precepto se establezca por referencia a lo no comprendido en otro u otros preceptos, y de igual manera es habitual que la doctrina critique tal *modus operandi* legislativo. Ahora bien, en la norma que nos ocupa, su construcción por la vía de la afirmación de un derecho de atribución preferente para aquellos bienes que, a pesar de tener una vinculación destinada al servicio de la persona de uno de los cónyuges, no reunían las condiciones exigidas para ser inicialmente privativos, sólo era posible haciendo que la atribución versase precisamente sobre los que, a pesar de su función, eran gananciales.

El apartado 1.º del artículo 1.406, que en su versión de Proyecto hacía referencia genérica a «los bienes de uso personal», fue restringido por la ponencia en el Congreso de los Diputados al adicionar «... no incluidos en el número 7 del artículo 1.346», y sin añadir con ello una referencia necesaria (43) —pues era evidente que la atribución preferente por definición sólo es ejercitada sobre bienes gananciales— forzó una orientación, en principio, restrictiva sobre qué deba entenderse por *uso personal*, que, como veremos más adelante, perturba la interpretación lógico-sistemática del precepto, añadiendo, además, una negación a otra negación.

La relación de ambas construcciones normativas en forma negativa confiere al Juez un amplísimo margen de discrecionalidad difícilmente controlable, no sólo por tratar de cuestiones de hecho que deben quedar fijadas por el órgano jurisdiccional de instancia, sino también porque la indagación del contenido material de ambas normas queda, en todo caso, circunscrito por parámetros de tiempo y lugar para la concreción de las normas sociales de valoración, que son en este caso determinantes, y por el más concreto de la economía familiar al que pertenece el bien, del

(43) Opinión contraria en Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 1802.

que se trata de fijar, en primer lugar, si es privativo o ganancial, para decidir, en segundo lugar, en caso de que resultare ganancial, si puede ser o no objeto de atribución preferente. Es decir, nos encontramos ante el ámbito material de un derecho que debe construirse sobre la base de otro que por estar construido con referencia a términos de valor económico según una escala de aplicación puramente social y de situación socio-económica, es esencialmente mudable en el tiempo, en el espacio y según las circunstancias particulares de los propios sujetos, por lo que sólo pueden aportarse en este supuesto medidas generales de orientación sobre cuáles sean los objetos de uso personal que a la postre podrán ser atribuidos preferentemente a un cónyuge.

2.^a *El cambio de la referencia inicial del precepto*

Para tener una comprensión plena de esta dificultad es necesario dar noticia de la evolución de los textos legales en el contexto del proceso legislativo de la reforma del Derecho de familia. Así, cuando se redacta el apartado primero del actual artículo 1.406 que nos ocupa, el proyectado artículo 1.346 se expresaba con los siguientes términos: «Son privativos de cada uno de los cónyuges: ... 7.º Las ropas y vestidos de uso personal y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio...», es decir, el ámbito propio del derecho de atribución preferente sobre los bienes de uso personal abarcaba a todos aquellos bienes personales que no estaban comprendidos en la tradicional expresión capitular francesa, hoy elevada a norma, de *les vêtements et linges* —artículo 1.404 del Código Civil francés— y a todos aquellos instrumentos profesionales que teniendo la consideración de convenientes no llegaban a alcanzar la de necesarios.

La separación en categorías de bienes personales y de bienes profesionales operada en el artículo 1.346, y la matización de versar el 1.406, 1.º, sobre los no incluidos precisamente en el artículo 1.346, 7.º, nos sitúa en una posición fuertemente dubitativa a la hora de intentar precisar el alcance de la atribución preferente sobre esta tipología de bienes. Duda de especial importancia por cuanto puede conducir a un vaciamiento parcial de los intereses sociales que la introducción de este singular derecho en nuestro ordenamiento trataba de proteger, y que deberá despejarse en la integración del precepto, que trataremos de realizar más adelante.

3.^a *La restricción interpretativa*

a') *Planteamiento general*

La concreción de la referencia hecha en el artículo 1.406, 1.º, respecto del artículo 1.346, 7.º, multiplica sus efectos restrictivos por ser el derecho de atribución preferente un claro privilegio del cónyuge atributario y una excepción a la regla de partición del caudal común. Un derecho que, en principio, sólo puede ejercitarse dentro de los límites estrictos que la norma determina.

Ahora bien, sin discutir estas reglas de principio, cabe preguntarse acerca de si la exclusión por concreción de aquellos instrumentos profesionales que no quepan en la limitación de «necesarios» del artículo 1.346, 8.º, reza exclusivamente para el apartado 1.º del artículo 1.406 o para todo el precepto. La solución a este interrogante admite en pura lógica jurídica dos soluciones diametralmente opuestas: una, la de su exclusión radical, por entender que el derecho de atribución sólo nace para aquellos gananciales que reúnen los requisitos exigidos por el artículo 1.406, y otra, la de entender que la atribución preferente es un derecho conferido a uno de los cónyuges con la finalidad de que la disolución y liquidación de la masa conyugal lesione en la menor forma posible sus vidas en sus dimensiones personal y profesional, por lo que la limitación no versa sobre tipos concretos de bienes, sino que se orienta sobre aquellos que tienen relación directa con la finalidad que se trata de salvaguardar.

Las dos soluciones parecen excesivas en cuanto a sus consecuencias, por restrictiva, la primera, y por laxa, la segunda, pues entiendo que la finalidad de la norma debe estar siempre presente en toda atribución, sin que sea suficiente que el bien cuya atribución se pretende responda a las características del artículo 1.406, ni la exclusión por silencio respecto de otro debe impedir la aplicación de la analogía, conforme al artículo 3.º, 4.º, es decir, siempre que se aprecie por el Juez la identidad de razón con los supuestos específicos del artículo 1.406.

Estas creo eran las prevenciones que llevaron a los legisladores francés y belga, países con tradición divorcista, a puntualizar que la atribución preferente en los casos de separación y divorcio no era de derecho. Así conferían al Juez, en una materia cuya estructura técnica era de carácter sucesorio, un amplísimo margen de discrecionalidad no orientado, como a primera vista parece, a preservar la igualdad en la partición entre los ex cónyuges, sino para evitar que la atribución preferente se emplee como un elemento más en la manifiesta desavenencia conyugal o como medio de extorsión.

b') *Bienes gananciales de uso personal: su atribución*

Si la atribución preferente, como es lógico y necesario, tan sólo puede recaer sobre aquellos bienes de uso personal que en el momento de la disolución son gananciales, es preciso dejar bien sentado, aunque sea sumariamente, qué bienes de uso personal son originariamente privativos, pues en función de lo previsto en el artículo 1.346, 7.º, del Código Civil, la ganancialidad debe ser una excepción a la regla general de privatividad. Ello, claro está, partiendo de la idea de entender como bienes de «uso personal» a aquellos que tienen una inherencia a la persona de forma tal que procuran satisfacción a sus necesidades vitales, pero valorando también, y a su vez, el término *necesidad*, conforme no a la medida de la subsistencia pura y simple, sino conforme a las ideas contemporáneas de comodidad, ocio y desarrollo de la personalidad que adicionadas a la esencial de subsistencia configuran el marco de lo personal, es decir, aquellos bienes para los que el común de las gentes atribuye carácter de personales, y por ello entiende que no pueden ser usados por otro miembro de la familia sin el asentimiento, al menos, del usuario principal.

1. *Distinción entre bienes privativos y gananciales conforme al doble criterio económico y social*

Nuestra nueva regulación de la sociedad de gananciales hace depender la privatividad o ganancialidad de los bienes de uso personal del valor de los mismos, según puedan evaluarse como de ordinario valor o de extraordinario valor, respectivamente, con lo que nuestra norma se ha distanciado del antecedente francés (art. 1.404 del Código Civil francés) para inspirarse, en cierto modo, en el antecedente italiano del artículo 179, 1.º, de su Código Civil, es decir, nuestro sistema sigue el tortuoso camino de restringir la esfera de privatividad en los bienes de uso personal, atribuyendo correlativamente al cónyuge usuario un derecho de atribución preferente a ejercitar en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad.

La evaluación económica que hace nuestra norma viene inspirada por los trabajos de la doctrina italiana, que al valorar jurídicamente los términos *bienes de uso estrictamente personal* de su artículo 179, 1.º, han sobrepasado las connotaciones de exclusividad que tal adverbio podría suponer, para orientarse en puros términos de valoración económica, que presupone la necesidad de una interpretación rigurosamente restrictiva del precepto.

Dos tendencias formalmente contrapuestas se han desarrollado en torno a este punto: una, encabezada por SCHLESINGER, preconiza que

el término *estrictamente* sea valorado conforme a una apreciación social común, en cuanto requiere que el objeto de que se trate sea tenido por el conjunto de la sociedad italiana como estrictamente personal y no por un grupo más o menos amplio de familias; esta razonamiento de carácter eminentemente social es apoyado argumentalmente por SCHLESINGER, en la ausencia del correspondiente deber de desembolso que suponen tales adquisiciones y la ocasión que ello ofrece para un enriquecimiento unilateral injustificado, cuando no injusto, y en las posibilidades que ofrece el párrafo segundo del citado artículo 179 para la adquisición de bienes privativos por la declaración de tal privatividad con participación del otro cónyuge en el acto de la adquisición (44). La otra, personificada por CORSI, entiende que el ámbito material del artículo 179, 1.º, del Código Civil italiano, necesariamente restrictivo, debe tener una valoración esencialmente familiar y tomar en consideración el nivel económico y social de la familia de que se trate, sirviendo la apreciación social de mera referencia, pudiéndose incluir en este elenco de privativos algunas joyas, abrigos de pieles, etc. (45).

La interpretación más correcta de nuestro artículo 1.346, 7.º, enriquecido por la experiencia previa italiana, tiene que girar en torno a qué deba entenderse por *no sean de extraordinario valor*, dando por sobreentendida, como es lógico, la frontera de separación entre el uso personal y el uso común.

La pura expresión formal del precepto inclina a pensar, teniendo en cuenta que la ponencia del Congreso varió la fórmula de «no sean especialmente valiosas» a la definitiva de «no sean de extraordinario valor», que entre nosotros ha primado, en cierto modo, la tesis sostenida en Italia por SCHLESINGER de la valoración por relación con el conjunto de la sociedad española; a la comparación suelen responder los términos «ordinario» y «extraordinario», en tanto que con el adverbio «especialmente» podría entenderse que la referencia estaba hecha a la mayor o menor onerosidad que suponía la economía familiar de que se trate. No obstante, la mejor doctrina patria sigue entendiendo que es el nivel de la economía familiar el que señala cuándo un objeto de uso personal por el desembolso efectuado debe reputarse privativo o ganancial, conforme a la tradición marcada por el hoy derogado artículo 1.420 del Código Civil, por

(44) SCHLESINGER: *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, dirigido por CARRARO, OPPO y TRABUCHI, comentario al artículo 179, t. I, págs. 398 y sigs.

(45) F. CORSI: *Il regime patrimoniale della famiglia*, Cicu-Messineo, vol. VI, página 106.

el que se entregan al cónyuge supérstite, sin incluirlos en el inventario, «las ropas y vestidos de uso ordinario» (46).

Ambos puntos de referencia son absolutamente necesarios para poder afirmar cuándo un bien de uso personal es privativo o ganancial.

La valoración social sirve con preferencia para discriminar objetos, en un sentido o en otro; así, entre nosotros no puede incluirse como privativo: el automóvil —cuestión que se ha planteado problemáticamente la doctrina italiana—, pues hoy por hoy la valoración social lo atribuye o bien al uso familiar o bien al uso profesional; es aquí y en esta acepción donde el adjetivo «extraordinario» resulta mucho más adecuado que el adverbio «especialmente» proyectado, presentándose esta acepción enteramente concordante con el artículo 1.321, 1.º, del Código Civil, que excluye del concepto «ajuar» a «las alhajas, objetos artísticos y otros de extraordinario valor». Es decir, marca la frontera de aquello que debe entenderse como de «uso personal», en el sentido estricto del artículo 1.346, 7.º, del Código Civil.

La valoración conforme al nivel económico y social de la familia de que se trate sirve más precisa y directamente para incluir el bien de uso personal en la masa privativa del usuario o en la ganancial, para ser, en este último caso, objeto del derecho de atribución preferente. Esta valoración presupone que un mismo objeto concreto puede ser para unas familias privativo, en tanto que para otras será ganancial, e incluso para una misma familia puede variar el criterio según el *status* económico que ostenten al tiempo de su adquisición. Para la valoración de estos bienes como privativos creo, con mi maestro LACRUZ, que deben excluirse aquellas adquisiciones que se entiende forman parte del propio mantenimiento de la familia, como un acto debido de la comunidad para con un cónyuge: como parte del deber de alimentos o como una forma de satisfacer las cargas usufructuarias (47).

2 Dificultades que plantea este criterio de valoración

Los dos términos de la comparación permiten, en los supuestos de controversia, establecer un sólido criterio de interpretación, conforme a las pautas fijadas por el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, y determinar, conforme al criterio social, qué bienes sean de uso personal, para decidir después, conforme al nivel económico de la familia en el momento de la adquisición, si tales bienes afectos al uso personal son privativos desde su origen sin necesidad de reembolso alguno en favor de la masa ganancial.

(46) Ver, entre otros, LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 412 y sigs.; TORRALBA SORIANO: *Comentarios a las reformas...*, págs. 1598 y sigs.

(47) LACRUZ, *op. y loc. cit.*, pág. 412.

cial o si, por el contrario, son gananciales y en cuanto tales susceptibles de que sobre ellos se ejerza el derecho de atribución preferente. Quiere ello decir que resulta prácticamente imposible decidir *a priori* y en abstracto qué bienes de uso personal son privativos y cuáles son gananciales, pues ello queda sujeto y depende directa y efectivamente de los criterios sociales vigentes en el momento de la adquisición y de la situación económica de la familia, no al tiempo de la disolución de la sociedad ganancial, sino al tiempo de la adquisición, lo que aporta dificultades adicionales en el momento de la liquidación.

Estas dificultades han sido puestas de manifiesto por CARBONNIER (48) con ocasión de su estudio sobre las joyas, para un sistema como el francés, mucho menos restrictivo que el nuestro, pues admite, por su artículo 1.404 del Código Civil, como privativos «todos aquellos bienes que tienen carácter personal», cuyo empleo por uno u otro cónyuge en función de su diseño y de las convenciones sociales no son determinantes para su calificación como de «uso personal», ya que muchas veces la misma voluntad de adquisición viene determinada en función de que a través de tal adquisición lo que se realiza es una verdadera operación de inversión invisible a los ojos omnipresentes del fisco. Entiende entonces CARBONNIER, y con él la generalidad de la doctrina francesa, que estas adquisiciones, que, en principio, pueden tener un carácter mixto, deben considerarse a todos los efectos como hechas para la masa ganancial y no para una de las privativas, cuando tienen cierto carácter de inversión: es decir, tan sólo se reputarán privativas las joyas cuando la relación valor de adquisición-posición económica familiar las haga susceptibles de ser de verdadero uso personal, lo que quiere decir tanto como que tengan un valor no extraordinario.

La limitación de orden social no puede, en la sociedad contemporánea, servir tajantemente para deslindar la calificación de «uso personal»; la denominada socialmente «cultura del ocio» nos está conduciendo a determinadas situaciones de hecho en las que no es posible medir algunos objetos desde una perspectiva impersonal: una colección de relojes o de sellos, un equipo fotográfico sofisticado, un ordenador personal destinado a fines no profesionales, un telescopio y un sinfín de objetos de alto precio no pueden, en determinadas circunstancias, dejar de reputarse como bienes de uso personal, pero no por ello, pese a que su adquisición normalmente se corresponda con economías familiares desahogadas o incluso pudientes, puedan calificarse como privativos. Estamos en presencia de

(48) J. CARBONNIER: «Le statut des bijoux dans le droit matrimonial», en *Rep. Prat. Not.*, 1950, págs. 305 y sigs.

bienes gananciales de uso privativo de uno de los cónyuges y, por tanto, a los que les es aplicable el derecho de atribución preferente.

De igual modo, este derecho es aplicable a aquellos bienes que, atendidas las circunstancias económicas familiares, rebasan la medida que les sería apropiada, aunque en este campo la apreciación objetiva resultará siempre más problemática: cuándo un abrigo de pieles resulta proporcionado o desproporcionado, o lo que es lo mismo, cuándo es originariamente privativo y cuándo ganancial atribuible preferentemente a su usuario.

El problema más arduo, con todo, se planteará en los casos de liquidación no pacífica de la sociedad de gananciales, en los que el Juez deberá decidir tomando en consideración los ingresos netos familiares al tiempo de la adquisición del bien que se discuta.

c') *Extensión de la atribución a los bienes cuasi-personales adquiridos como gananciales*

La excesiva concreción con que se ha construido el artículo 1.406, 1.º, del Código Civil, y la falta de correspondencia con los sistemas extranjeros que tienen introducida la figura de la atribución preferente en sus regímenes económico-matrimoniales comunitarios, como es el caso de Francia y de Bélgica, en los que no se reconoce tal derecho para los bienes de uso personal, nos pone en la duda de si es posible la extensión analógica de tal derecho a aquellos bienes que no siendo de uso personal, se adquieren por motivaciones estrictamente personales —origen familiar cuasi vinculado— con dineros inequívocamente gananciales.

La cuestión se planteó con cierta notoriedad en Francia, si bien circunscrita a un supuesto claramente sucesorio, con ocasión de la atribución preferente del archivo familiar y condecoraciones ligadas a la baronía napoleónica de Méneral en favor del heredero del título conforme a la legislación nobiliaria monárquica, por entender el Tribunal de Casación que «los recuerdos de familia escapan a las reglas sucesorias de partición establecidas en el Código Civil y pueden ser confiados a aquel de los miembros de la familia que los Tribunales estimen más cualificado...» (49). Este supuesto tipo entiendo que no puede, entre nosotros, subsumirse en la disciplina de las atribuciones preferentes por faltarle *ab initio* la nota esencial de ser gananciales. Las joyas, archivos de familia e incluso los bienes adquiridos por el denominado en el Derecho francés *arrangement de famille*, aunque adquiridos con dineros gananciales,

(49) Cass. civ. 1, 21 febrero 1978, *JCP*, Jurisprudencel 18.836/1978, conclusiones de GULPHE, avocat général.

ciales, son bienes privativos por su inherencia a la persona, aunque sujetos al debido reembolso, como declara expresamente el artículo 39, 5.º, de la Compilación aragonesa, mucho más cuidadosa que el Código Civil para con el concepto histórico y tradicional de familia.

No obstante lo anterior, puede plantearse el problema de que en la adquisición onerosa, además de adquirirse con dineros expresa o presuntamente gananciales, conste documentalmente que tal adquisición se hace para la sociedad conyugal, ya por ser tal la voluntad de los cónyuges o cónyuge adquirentes, ya por figurar así por pura fórmula notarial que los otorgantes consienten y no matizan; en este caso, el reconocimiento de un derecho de atribución preferente podría ayudar a resolver situaciones de muy compleja y difícil solución, dados los términos de nuestro Derecho positivo, pero tal solución, en esta línea, sería tan excepcional como la del supuesto francés antes citado y contraria a la idea de familia celular que inspira toda la reforma de nuestro Derecho de familia. Desde luego, creo que no puede atribuirse a uno de los cónyuges un propio derecho subjetivo de atribución preferente en las especiales circunstancias en que hemos situado el caso; pero, como veremos más adelante, en ciertos supuestos de ejercicio del derecho de tanteo y retracto por compra del bien retraíble, creo que es oportuno y congruente con el sistema el reconocimiento en estos casos de una mera facultad de atribución preferente por la que el Juez, valorando el conjunto de los intereses presentes en la partición de la masa ganancial neta, atribuya el bien en el que concurren las circunstancias de pertenencia histórica a la familia del cónyuge petionario de la atribución y se lo adjudique siempre que sea sin perjuicio económico del otro cónyuge o sus herederos.

Pese a la similitud que ofrecen los bienes gananciales de destino profesional con los de uso personal, también gananciales por no poderse reputar como necesarios, entiendo que no deben ser tratados aquí, sino que, por identidad de *ratio*, deben estudiarse como extensión del artículo 1.406, 3.º, por el que es objeto de atribución preferente el local en el que se ejerce la profesión u oficio.

d') *Bienes de uso personal no incluidos en el artículo 1.346, 7.º, del Código Civil*

El reconocimiento por el legislador español de un derecho de atribución preferente para los bienes gananciales de uso personal no incluidos en el número 7.º del artículo 1.346, en clara divergencia con los Derechos francés (art. 1.471, por remisión a los arts. 815; 832, 1.º, y 832, 2.º) y belga (arts. 1.446 y 1.447), en los que, sin duda, se ha inspirado, constituye, como trataremos de demostrar a continuación, un verdadero error

técnico, mucho más cuando en nuestro sistema no se distingue y matiza entre derecho subjetivo de atribución preferente y mera facultad con idéntico fin.

El ejercicio del derecho de atribución preferente para un conjunto tan heterogéneo como el de los bienes de uso personal en la civilización moderna, resulta sencillamente imposible de reducir a hipótesis realistas, sobre todo cuando se construye sobre bienes cuyo punto de referencia lo constituye el que sean de extraordinario valor en el momento de su adquisición, en tanto que la atribución para uno de los cónyuges se efectúa en el momento de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal. Pues en tanto unos se deprecian hasta llegar a carecer de valor efectivo en el mercado por obsolescencia —v. gr., un ordenador personal—, por lo que lo económicamente prudente es el no ejercicio del derecho, con lo que la masa consorcial habrá financiado una afición privativa de uno de los cónyuges; otros se revalorizarán constantemente —v. gr., una colección de relojes—, con lo que la pura afición de uno de los cónyuges habrá enriquecido considerablemente la misma masa consorcial por accesión económica, pues el ejercicio del derecho de atribución preferente sólo se puede llevar a cabo por la contraprestación del valor actual al tiempo de la liquidación. Ello supone la existencia posible de dos resultados diametralmente opuestos para el ejercicio de un mismo derecho con idéntica finalidad.

No es desdeñable, desde otro ángulo de visión, la carga social negativa que supone para aquellas liquidaciones no pacíficas las grandes posibilidades de desacuerdo que tal sistema presenta, lo que ha llevado a las legislaciones de países con tradición divorcista no sólo a obviar este sistema de atribución de bienes de uso personal, sino a negar en los casos de separación y divorcio que la atribución preferente alcance la categoría de derecho subjetivo: artículo 1.476, 2.º, del Código Civil francés, y artículo 1.447, 2.º, del Código Civil belga.

Todo ello aconseja la adopción de un criterio sumamente restrictivo para la aplicación práctica del artículo 1.406, 1.º, en tanto se mantenga la actual solución, para en un futuro modificar tal régimen, pues, no me cabe duda, proporcionará múltiples problemas judiciales de muy difícil solución.

Me atrevo a pensar que hubiera sido, con mucho, más acertado, manteniendo el doble parámetro de medida que debe entenderse implícito en la expresión «de extraordinario valor» del artículo 1.346, 7.º, que la línea divisoria no se hubiera establecido entre bienes privativos y bienes gananciales todos ellos de uso personal, sino que admitiéndose para todos ellos el carácter de privativos desde su origen, se emplease la misma línea

divisoria para sujetarlos o no a la obligación de reembolso en favor de la masa ganancial cuya adquisición sufragó. Pues ello es más coherente con el conjunto del sistema que la atribución preferente establecida en el artículo 1.406, 1.º; además, en esta última, el cómputo de su valor se efectúa por el valor venal que tengan en el momento de la partición, en tanto que con el sistema de reembolso se debe hacer por su precio originario actualizado al tiempo de la liquidación, lo que favorecerá normalmente al cónyuge que ejerza la atribución preferente; es más, nada le obliga a tal ejercicio del derecho, por lo que si el objeto se ha deteriorado o resulta inútil quedará en la masa ganancial, con lo que ésta puede financiar auténticos caprichos sin contrapartida alguna.

Esta auténtica desviación respecto de los criterios de la Comisión de codificación es fruto del hecho de que este concreto aspecto de la atribución preferente estaba pensado y guardaba perfecta correlación con la regulación, en un mismo apartado, de la adquisición de bienes privativos de uso personal y de uso profesional, y sin prever para ninguna de las dos categorías de bienes que su adquisición diera lugar a un derecho de reembolso en favor de la comunidad, cuando ésta sufragase tales adquisiciones. Por ello, el cambio del ámbito de aplicación del texto de referencia —artículo 1.346, 7.º y 8.º, e inciso final—, sin variar sustancialmente el texto del propio artículo 1.406, 1.º, o lo que es peor, efectuando un ajuste más restrictivo sin medir claramente sus inmediatas consecuencias, como lo hizo la ponencia del Congreso, ha resultado determinante para que en esta materia se observen los desajustes sistemáticos a los que hemos venido haciendo referencia.

b) LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA, COMERCIAL O INDUSTRIAL

Nuestro sistema de atribución preferente, en claro contraste con el francés, en el que se inspira, no establece limitación objetiva para el ejercicio del derecho, sin duda porque su fundamento y su finalidad difieren sustancialmente de los tomados en consideración en el vecino país, como ya hemos expuesto. Pero ello no quiere decir que los aspectos objetivos no tengan entre nosotros relevancia, sino tan sólo que en nuestro sistema las condiciones subjetivas priman sobre las objetivas, sin ocultar con ello que al legislador español, en este punto, le ha faltado una adecuada perspectiva del problema y, como queda demostrado a lo largo y ancho de la Ley de 24 de diciembre de 1981, carecía de una visión clara de los objetivos sociales a los que debe servir la atribución preferente.

La continuidad en el ejercicio de la profesión, la defensa de la inti-

midad y la estabilidad personal podían garantizarse sin recurrir a figuras jurídicas de importación, mucho menos cuando ésta es parcial y sin sujeción a lo más característico y válido del modelo; para ello, entiendo, bastaba con una prudente extensión a los mismos objetos a que hace referencia el artículo 1.406 del usufructo vidual propio de Aragón y de Navarra, para el que además contábamos con suficiente experiencia propia.

El artículo 1.406, 2.º, del Código Civil reconoce el derecho de atribución preferente sobre «la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo». Para su correcta interpretación, por lo que al puro ámbito material del precepto se refiere, es preciso analizar sistemáticamente los elementos que lo componen, incluso en el aspecto del valor jurídico-semántico de tales elementos. «Explotación» situada en el más puro sentido estrictamente material, y «llevado con su trabajo», en el que la importantísima acepción puramente subjetiva es trascendida para incidir, a su vez, sobre la configuración material de la propia explotación, aportando a ésta unos caracteres específicos y unas notas claramente diferenciales.

a') *Explotación*

El artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, muy directamente inspirado en el artículo 832 del Código Civil francés, en el que el término «explotación» se emplea profusamente con idéntica finalidad, tiene el inconveniente, por lo que a la descripción del ámbito puramente material se refiere, de no guardar un perfecto paralelismo terminológico con los artículos 1.346, 8.º, y 1.347, 5.º, dedicados a la configuración de las masas privativa y ganancial en materia de empresa. En el primero, el término que aquí se pretende matizar va acompañado de la voz «establecimiento»; en el segundo, con el que parece debería guardar el más perfecto paralelismo, el término «explotación» ni tan siquiera aparece, quedando la referencia a lo ganancial encomendada a las voces «empresa» y «establecimiento», lo que conduce a tener que cuestionarse acerca de si tales términos, por lo que se refiere al contexto de la sociedad de gananciales, deben tener valor riguroso de sinónimos o si son simplemente términos complementarios.

El análisis del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil, capital en este punto, pone de manifiesto que el vocablo «empresa», tal vez el más distorsionante para la correcta integración del ámbito material del artículo 1.406, 2.º, no ha sido empleado, en ninguna de las diferentes versiones que ha tenido en su largo *iter* legislativo el artículo 1.347, 5.º, en

su significado más técnico, sino en la acepción que los mercantilistas han venido denominando como intuitiva o vulgar.

Hay que tener en cuenta que la noción de empresa sigue siendo en sus rasgos fundamentales económica, sin un claro concepto jurídico correlativo, o mejor, por estar correspondida con un concepto jurídico claramente indeterminado. En la doctrina mercantil conviven precariamente dos acepciones de empresa, una en la que se trata la empresa en «sentido objetivo» y otra en la que se estudia como «organización».

El denominado «sentido objetivo» se emplea, en unas ocasiones, para designar el conjunto patrimonial que forma, a su vez, el elemento organizativo como algo que da sentido y unidad de fin a todos esos valores patrimoniales, es decir, todo aquello que no es el elemento personal de la empresa. Otras, hace referencia a la «organización» como elemento esencial que define la empresa misma, integrando tanto elementos personales como patrimoniales, y que subsiste cuando faltan éstos —así ocurre con aquellas empresas dedicadas a actividades de pura gestión o asesoramiento—.

Cualquiera de estas acepciones procedentes del Derecho mercantil han sido rechazadas con muy distintos argumentos por los más recientes estudios sobre la materia (50), sin que con ello quiera decirse que nos encontremos ante un contenido comúnmente admitido por la doctrina para las voces «empresa» y «establecimiento», entendiendo la referencia a cualquier conglomerado de bienes dotado de la más elemental unidad interna marcada por su destino, que sirve a una determinada producción económica, y que esa elemental organización que le da unidad económica sea tal que pueda llegar a ser diferenciada del resto del patrimonio personal de los cónyuges si es privativa, o dentro de la masa ganancial si ésta es su titularidad.

Esta acepción vulgar, también jurídicamente indeterminada, pues sus notas tan sólo aportan los signos que permiten designar a una unidad de producción diferenciada del contexto patrimonial al que pertenece su titularidad, hace a la «empresa» o «establecimiento» términos equivalentes, ya que no sinónimos, respecto del de «explotación» del artículo 1.346, 8.º, y sobre todo del empleado en el artículo 1.406, 2.º, que es el que aquí interesa, y nos acerca, en cierta forma, a las acepciones con que se viene empleando el término «explotación» en los diferentes apartados y supuestos del artículo 832 del Código Civil francés y del bastante más preciso artículo 39, 1.º, de la Compilación aragonesa.

(50) M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ: «La empresa mercantil v la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981», en *R. J. Cataluña*, 1981, págs. 585 y sigs.; TORRALBA SORIANO, *op. y loc. cit.*, pág. 1609.

La idea de explotación del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, es decir, el conjunto de bienes que con tal denominación constituye el objeto material del derecho de atribución preferente que en el mismo se reconoce, requiere, en primer lugar, que su finalidad de creación y de configuración sea puramente productiva. La actividad agrícola, comercial o industrial que en ella y con ella se ejerce tiene como objetivo la obtención de unos bienes o la prestación de unos servicios, y con ellos, de unos beneficios económicos. La ausencia de finalidad principalmente lucrativa, aunque no afectase a la posible configuración de los bienes como unidad organizada y, por tanto, pudiera referirse a ella, aunque impropiamente, como explotación, haría al conjunto insusceptible del derecho de atribución preferente, pues éste recae sobre los medios que prestan, a quien los gestiona, el marco de una actividad económica y, por tanto, puramente lucrativa.

Este preciso sentido ha sido acogido por la jurisprudencia francesa con fallos enteramente aplicables a nuestra legislación y ha precisado, por ejemplo, en Montpellier, 14 de octubre de 1940 (51), que no puede ser objeto de atribución preferente un predio rústico con vivienda cuyo destino principal es el de servir de residencia campestre familiar, pues no se dan en este destino las especificaciones que la ley exige para la atribución preferente.

En segundo lugar, la idea de explotación sugiere que ésta debe constituir una unidad económica autónoma, es decir, y como ya se ha apuntado, diferenciada del resto del patrimonio consorcial; no, claro está, en el sentido de su titularidad, pues debe ser ganancial para poder ser objeto de atribución preferente, sino en el más práctico de ser gestionado separadamente como conjunto, bastando, entiendo, para ello con que sea objeto de una contabilidad separada, con que las pérdidas o ganancias se considere se producen en la explotación de que se trate y no en el conjunto de la masa ganancial, y diferenciable en cuanto se considera como una *universitas* (52), como si de un patrimonio separado se tratase, de forma tal que se entiende integrada por todos aquellos «elementos que le están afectos» (art. 39, 1.º, de la Compilación de Derecho civil de Aragón) y no forman parte de ella aquellos otros que no obedecen a la misma destinación económica.

En este sentido, la jurisprudencia francesa ha entendido separables las instalaciones mineras o una vivienda residencial que no formaban parte integrada de explotaciones rústicas, por tener su propia y diferenciable

(51) *JCP*, 1941, II, 1599.

(52) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, IV, pág. 280; Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, vol. II, pág. 1802.

identidad como bienes (Montpellier, 19 de noviembre de 1947, y Casación Civil de 28 de mayo de 1975, respectivamente) (53). Este es un aspecto que viene exigido para el Derecho francés por el artículo 832 de su Código Civil y unánimemente por la jurisprudencia francesa, y que aunque no se exige de modo expreso en el Derecho español, hay que entenderlo implícito en la idea misma de explotación, si bien debe adelantarse aquí y ahora que esta unidad económica no tiene por qué ser correspondiente con una unidad de titularidad en todos y cada uno de los casos, aunque casi siempre se corresponda en la práctica.

El Derecho positivo francés exige también para que una explotación pueda ser atribuida preferentemente, que ésta «no sea explotada bajo forma social» (art. 832 del Código Civil francés), exigencia ésta que no se contempla en nuestra regulación positiva, pero respecto de la cual cabe preguntarse si debe interpretarse también así en nuestro ordenamiento.

La cuestión hay que referirla en función de lo que se entienda por «hubiera llevado con su trabajo», requisito general que estudiaremos en el apartado siguiente; por ello baste aquí apuntar que tal requisito negativo no tiene por qué afectar, en principio, a la atribuibilidad preferente de una determinada explotación, no sólo porque tal exigencia no se encuentra presente en el artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, sino más bien porque tal estructura social formal no impide su titularidad plenamente ganancial, ni tan siquiera una gestión enteramente personal por uno de los cónyuges.

La indiferenciación normativa que se efectúa en el artículo 1.406, 2.º, entre explotaciones agrícolas, comerciales e industriales, separándose con ello del modelo francés, que matiza y caracteriza cada uno de los tipos, **no quiere decir** en modo alguno que no existan entre nosotros tales diferencias de hecho, aunque no alcancen a ser de derecho, por lo que no puede pasarse por alto el tratamiento específico de las mismas. Es más, la existencia de una Ley como la de 24 de diciembre de 1981, obliga a estudiar separadamente cuanto hace referencia a la explotación agrícola. No obstante, debe destacarse que el legislador español ha pretendido, como mínimo, obviar en materia de atribución preferente las diferencias de tratamiento entre los diversos tipos de explotación, por lo que deberán tratarse los distintos supuestos del modo más homogéneo posible, reduciendo las diferencias a tan sólo aquellas que se derivan de la propia naturaleza de la explotación y no, como acontece en Francia, a las que dimanen del hecho de tener distintos objetivos sociales para cada tipo

(53) Ver Dalloz 1948/82, para la primera, y JCP, 1975, IV, 233, para la segunda.

de bien objeto de atribución preferentes —pero sí puede decirse que ambos se corresponden con sus propios orígenes—. En Francia, la diferencia tiene su causa en el origen sucesorio de la institución que nos ocupa, por lo que se orienta hacia la continuidad de la explotación considerada en sí misma; entre nosotros, al traer prácticamente su origen en la propia sociedad de gananciales, no es la continuidad de la explotación la que ocupa el primer plano, sino la continuidad profesional de uno de los cónyuges lo que se intenta proteger con ella. Casi podríamos decir que en Francia la atribución preferente es un fin en sí misma, por ello se regula cuidadosamente con lujo de detalles; en nuestro Código Civil, por el contrario, es un simple medio excepcional con el que se corresponde la parquedad en su regulación positiva.

b') *«Llevado con su trabajo»*

La dimensión subjetiva del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, plasmada en la frase «que hubiera llevado con su trabajo», es de capital importancia para poder dilucidar si el cónyuge reclamante para sí de la atribución preferente de una explotación ganancial es o no verdadero titular del correspondiente derecho de atribución preferente.

Importancia ésta que se une a la dificultad técnica de discernir el grado de relación existente entre la cosa atribuible y el pretendido titular del derecho de atribución, pues debe tenerse en cuenta que el verbo «llevar», en lengua castellana, puede ser referido a un gran número de acciones, lo que supone una indeterminación excesiva para una norma de perfiles potencialmente conflictivos, tanto más cuanto la institución de la atribución preferente no tiene en nuestro ordenamiento un marco referencial propio que permita medir asépticamente y en abstracto la intensidad de la relación que se demanda. «Llevar con su trabajo», analizando las diferentes acepciones usuales que del verbo «llevar» nos propone el *Diccionario de la Real Academia*, vale tanto como «dirigir personalmente», «proseguir una actividad», «ocuparse en/de la explotación», «tener en arrendamiento o aparcería» —de esta acepción surge el sustantivo «llevaranza»—, de entre otras muchas posibles. Ello quiere decir que el contenido subjetivo del derecho de atribución, a que se refiere el artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, demanda, aun desde el punto de vista puramente doctrinal, un esfuerzo de concreción.

Para Díez-PICAZO este condicionamiento subjetivo de la norma tiene un doble valor, «pues, de una parte, excluye las empresas que hubieran sido llevadas conjuntamente por los esposos, y de otra, hace que no sea suficiente la incorporación del trabajo a la explotación, sino que impone

la 'llevarza', lo que es lo mismo la condición de empresario» (54). La primera de las conclusiones parece absolutamente clara, toda vez que la efectiva cogestión impide la atribución por razón de exclusividad en la «llevarza» —en la acepción del término en la que lo usa DÍEZ-PICAZO—, y en este entendimiento coincide la generalidad de la doctrina —LACRUZ, GARCÍA CANTERO (55)— y discrepa DE LOS MOZOS (56). Ambas posiciones, la más generalmente admitida y la de DE LOS MOZOS, en su argumentación ponen de manifiesto la indeterminación y la vagüedad habidas en la construcción gramatical de la norma; las que niegan el derecho de atribución para las explotaciones cogestionadas, apuntan al derecho que ambos cónyuges tienen a la continuidad en su actividad tras la división de la masa común y presentan como *ratio* la disolución por separación o divorcio, en tanto que la de DE LOS MOZOS tiene como *ratio* la disolución *post mortem* de la sociedad de gananciales, con apelación a las soluciones más frecuentes en el Derecho comparado. La negación, en este caso, de la atribución parece más acorde con el texto de la norma y con el contexto de las reglas de administración de la masa común, sin que quepa distinguir, entiendo que desgraciadamente, según sea la causa que provoca la disolución de la sociedad de gananciales. La referencia a «llevarado con su trabajo» creo, con la doctrina mayoritaria, profundiza el grado de inmediatividad exigible entre la actividad desplegada por el cónyuge reclamante de la atribución y la explotación de que se trate. Los bienes atribuibles preferentemente, al menos los de los tres primeros números del artículo 1.406, como pone de manifiesto el propio DE LOS MOZOS (57), tienen, con independencia de ser gananciales, «una vinculación previa y un estado posesorio o cuasiposesorio» respecto del cónyuge al que se reconoce tal derecho, lo que quiere decir tanto como que deben excluirse aquellos en los que la gestión de los mismos se realiza dualmente.

No parece, sin embargo, que la segunda conclusión de DÍEZ-PICAZO, la de que el cónyuge atributivo tenga la condición de empresario, sea tan admisible. El concepto de empresario está contagiado de la misma indeterminación jurídica que padece el de empresa, y en el contexto de la regulación de la sociedad de gananciales tanto más, cuanto que la reforma parlamentaria sobre el texto proyectado por el Gobierno como artículo 1.347, 5.º, permite la existencia de «empresas» de capital mixto, situación que queda obviada en el Proyecto al adjudicar la titularidad pri-

(54) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1802.

(55) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, IV, pág. 493; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, t. V, pág. 476.

(56) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil...*, t. XVIII, pág. 512.

(57) MOZOS: *Comentarios...*, t. XVIII, pág. 505.

vativa o ganancial según fuere de uno u otro signo la titularidad de la mayoría del capital fundacional.

El ser empresario no presupone, en los términos empleados por Díez-PICAZO, una demostración de esa «llevanza» con su trabajo y a la inversa, pues puede un cónyuge llevar la explotación o establecimiento abierto a nombre del otro, siendo además ganancial. Bien sabido es que nada suele probar el dato de a nombre de quién se extiende la correspondiente licencia fiscal, cuando ésta se requiere, respecto de quien ejerce personalmente la dirección de la empresa o explotación. No creo sea necesario ejemplificar las posibles combinaciones que en la materia pueden darse para entender que tan insuficiente es, a los efectos de la atribución, la mera incorporación del trabajo personal a la explotación, como apunta Díez-PICAZO, cuando éste está privado del elemento fundamental de dirección y gestión, como la cualidad de empresario cuando ésta no abarca la dedicación personal a la explotación.

El atributario, para serlo, debe estar dedicado profesional y personalmente a la gestión de la explotación; este supuesto de hecho es el que, a mi juicio, hace nacer en su favor el derecho de atribución preferente. Si falta uno de los dos datos, no puede haber atribución frente a la oposición del otro cónyuge o sus herederos.

En el Derecho francés se viene exigiendo de modo general, para ser beneficiario de una atribución preferente, tres condiciones: las dos primeras, «ser cónyuge supérstite o heredero» y «ser copropietario del bien atribuible», carecen aquí de especialidad y de relevancia propia; la tercera, la de «participar o haber participado en la puesta en valor o incremento del mismo en la explotación de que se trate», sí tiene aquí un interés específico, pues viene a subrayar la necesidad de una dedicación personal, en grado variable, por supuesto, del atributario a la creación, mantenimiento o mejora del bien cuya atribución se pretende, pues si la atribución preferente desiguala *in natura* a los que deberían, en principio, ser iguales en todo, sólo puede admitirse para aquella explotación en la que la atención y el trabajo ha sido, vigente la sociedad, precisamente desigual.

El Derecho positivo francés ha venido experimentando al respecto una evolución marcada por una constante apertura de criterio, pues en tanto el Decreto-ley de 17 de junio de 1938 exigía la reunión de dos condiciones: habitar en la finca atribuible y participar efectiva y personalmente en su explotación, la Ley de 15 de enero de 1943 prescindió del primer condicionamiento para seguir exigiendo que la cultivase o participase en su cultivo, para pasar en la última reforma, por Ley de 19 de septiembre de 1961, a exigir, en materia agrícola y en los nuevos tipos de atribución

preferente que se introducen —explotaciones industriales, comerciales o artesanales—, participar o haber participado efectivamente en la puesta en valor o incremento de la misma, que a juicio de los más acreditados juristas tiene idéntico valor que la formulación de 1943, pero de forma tal que fuera extensible a los otros tipos de explotación que se introducían en el dominio de la atribución preferente (58).

La jurisprudencia francesa ha venido considerando de forma constante que la condición de participación en la «puesta en valor» de la explotación como pura apreciación de hecho corresponde exclusivamente al poder soberano de los Jueces de instancia (59), pero en ningún caso se ha aceptado como suficiente una colaboración accidental, esporádica o auxiliar, y aunque muchas veces se ha considerado que el ejercicio de otra actividad no constituía razón suficiente para excluir a un beneficiario de la atribución preferente —cuando la combinación de trabajos es habitual en una zona agrícola o necesaria para la obtención de ingresos suficientes (60)—, sí se ha establecido desde la STCC de 22 de diciembre de 1959 que la participación efectiva queda excluida cuando se ejerce otra profesión a título regular y como ocupación principal (61).

Por último, la jurisprudencia francesa se ha ocupado, desde su perspectiva fundamentalmente sucesoria y desde su finalidad conservadora para el futuro de las explotaciones que se estudian, de las condiciones personales del atributario para gestionar debidamente la explotación, y ha declarado improcedente la atribución cuando el pretendido atributario ha mostrado su negligencia en la administración y explotación, cuando la ha hecho desmerecer de valor o cuando, a juicio de peritos y del Tribunal, carecía de la cualificación y condiciones personales para poder gestionarla autónomamente (62).

Estas puntualizaciones jurisprudenciales francesas pueden ilustrar nuestra interpretación del artículo 1.406, 2.º, y servir de pauta a nuestros Tribunales, pero, como es lógico, requieren una matización para nuestra atribución preferente dadas las diferencias de amplitud de la institución y las de finalidad con que se acoge.

Entiendo que puede recibirse sin excesivas cautelas la experiencia práctica francesa, por cuanto hace referencia a la calificación del tipo de dedicación exigido, y entender que la condición «llevado con su tra-

(58) R. SAVATIER, *RTDC*, 1966, 113, «Comentario a la S. Poitiers 8 junio 1965»; A. BRETON, *RTDC*, 1969, 597, «Comentario a la S. cass. civ. 16 diciembre 1968».

(59) Ss. cass. civ.: 30 mayo 1961, 16 junio 1970, 8 marzo 1977.

(60) Ss. cass. civ.: 30 mayo 1961; Marmers, 8 diciembre 1955; St. Jean de Marianne, 5 marzo 1942.

(61) Dalloz, 1960, 416.

(62) Ss. cass. civ.: 6 mayo 1964, 1 diciembre 1964, 15 marzo 1965...

bajo» puede caracterizarse por ser la ocupación profesional principal del cónyuge atributario, dejando marginadas aquellas actividades que se prestan en la explotación, pero a mero título de colaboración, y sobre todo las accidentales o esporádicas.

Por el contrario, creo que deben quedar excluidos en la atribución aquellos juicios de valor que versan sobre la capacidad personal para gestionar fructíferamente la explotación de cuya atribución preferente se trate, pues siendo el bien ganancial, la gestión correspondía legalmente a ambos cónyuges (art. 1.375), y debe entenderse que esta deficiente e incluso mala gestión ha sido consentida por el otro cónyuge, por lo que no puede ser opuesta *a posteriori*, es decir, al tiempo de la partición de la masa común de la que forma parte la explotación. Esta afirmación debe matizarse para aquellos supuestos en los que la inadecuada gestión se acompaña con el incumplimiento del deber de información sobre la situación y rendimientos económicos, que se instituye en el artículo 1.383 del Código Civil para las actividades privativas; con mayor razón habrá de darse en las actividades que, correspondiendo conjuntamente a marido y mujer, ejercita uno de ellos en nombre del consorcio por delegación expresa o tácita. Pero esta matización difícilmente puede teorizarse, pues aquí el resultado, entiendo, depende de la valoración de los Jueces sopesando todos los elementos en juego. Donde no me cabe duda que tal valoración negativa de la gestión debe impedir la atribución preferente es en los casos de fraude, dolo o peligro para los derechos del otro cónyuge, conforme a lo previsto en el artículo 1.393, 2.º, del Código Civil, y no sólo cuando esta irregular o dolosa conducta dé lugar a la disolución judicial de la sociedad de gananciales a petición del cónyuge no gestor, sino también cuando se alegue y pruebe en juicio por los herederos del cónyuge inocente *post mortem*.

En resumen, creo que la condición «llevado con su trabajo» de la explotación objeto de la atribución preferente debe entenderse como ejercicio de la actividad profesional u ocupación principal del cónyuge atributario y no a simple título de gestor e incluso de empresario nominal y formal —mero titular de la licencia fiscal—, pues la atribución preferente entre nosotros no se orienta hacia la conservación de la explotación, sino principalmente a la continuidad del trabajo del cónyuge atributario que con la división o realización de la explotación se vería privado de un medio de continuación de su profesión u ocupación y de subsistencia económica, y sólo tangencialmente a la conservación de la explotación en sí misma considerada.

c') *Los párrafos tercero y cuarto del artículo 832 del Código Civil francés*

Exigen, respectivamente, para la explotación agrícola y para las empresas industrial, comercial o artesanal, para su atribución preferente, que no sean «explotadas bajo forma social», es decir, que deben ser objeto de una titularidad y de una explotación individuales. La doctrina no ha analizado en absoluto esta proposición negativa, y no tengo referencia de que se haya suscitado controversia alguna sobre este concreto punto ante los órganos jurisdiccionales franceses. No obstante, las Leyes de 8 de agosto de 1962 y 31 de diciembre de 1970, ambas sobre distintos tipos de agrupaciones agrícolas de explotación y comercialización, permiten la atribución preferente de las explotaciones agrícolas aportadas en varios supuestos, entre ellos en la partición de la comunidad conyugal, lo que resulta bastante esclarecedor respecto del alcance de esta condición legal negativa y sobre la finalidad claramente económica de la atribución preferente. Cuando con la interposición de una sociedad mercantil entre las personas físicas y las explotaciones quede garantizada la subsistencia de la explotación en el futuro, no ha lugar a la atribución; cuando, por el contrario, el personalismo desempeña un papel más activo que el de la sociedad interpuesta y ésta no basta para garantizar la subsistencia, se posibilita la atribución frente a la prohibición concebida en términos excesivamente generales.

La ausencia de esta condición limitativa en nuestro ordenamiento no puede eximirnos de analizar este concreto punto, para cuestionarnos en la valoración de hasta qué medida la creación de una sociedad a la que se aporta la explotación pretendidamente atribuible imposibilita o no la condición legal de que sea «llevada» con el trabajo del atributario, e incluso si la creación de una sociedad rompe la relación personal para con la cosa que creemos exige la norma, para hacer a ésta insusceptible de atribución preferente.

En principio, parece que podría afirmarse de forma general que las explotaciones agrícolas, industriales o comerciales explotadas bajo forma social no forman parte de la sociedad de gananciales directamente, sino, en todo caso, a través de la persona jurídica mercantil que las detenta, dado que, conforme al artículo 116, 2.º, del Código Civil, estos entes colectivos mercantiles tienen personalidad jurídica propia. Por lo que al no ser la explotación ganancial en sentido estricto, y poderse afirmar que el cónyuge que haya llevado con su trabajo la explotación, lo que llevaba a cabo era la gestión de un ente colectivo o participaba en esa gestión, puede concluirse que, pese al silencio de la norma, no puede predicarse

en estos casos la existencia de un derecho de atribución preferente en favor del cónyuge gestor de la sociedad.

No obstante la validez de principio que tiene la anterior afirmación, como el fenómeno asociativo mercantil presenta naturalezas jurídicas muy diversas y matices diferenciadores muy acusados, así como grandes contrastes entre el modelo teórico que ofrecen las sociedades y la realidad económica que bajo ellas puede presentarse, entiendo que no puede afirmarse tajantemente que la presencia de un ente mercantil concebido para la gestión de una explotación agrícola, industrial o comercial impida, en todo caso, el nacimiento de un derecho de atribución preferente sobre estas explotaciones. Más bien creo que el reconocimiento o negación de tal derecho depende más de la realidad económica subyacente tras la forma social, que de la interposición o no de esa misma sociedad.

A este respecto, resulta necesario apuntar, aunque sea sumariamente y sin descender a cuestiones de detalle, que para afirmar o negar el derecho de atribución se requiere examinar el grado de subjetivación que aporta cada tipo de personalidad jurídica a la sociedad —pese a la generalidad con que se concibe el artículo 116 del Código de Comercio—; la transpersonalidad que aporta el conocimiento del objeto social, el régimen jurídico bajo el que se realizan las aportaciones; la propia forma de la sociedad de que se trate y su particular régimen jurídico, y muy especialmente, el aparato estructural-organizativo de que se sirve para el gobierno de la propia sociedad (63).

La postura doctrinal nacida bajo el proceso codificador del siglo XIX tendía a ver en cada sociedad que se creaba una persona independiente y, por ende, distinta de los miembros que la integraban; por el contrario, la doctrina moderna, de modo casi general, mantiene una concepción más realista y estrictamente técnica de la personalidad jurídica, es decir, como un procedimiento técnico del que se sirven los juristas para agrupar y resolver ciertas necesidades que se les imponen. Por ello, de igual manera que en el siglo pasado se resaltaba la personalidad moral de la sociedad y se tendía a ignorar a las personas físicas interesadas en ella, las tendencias modernas más radicales propenden, a través de lo que se ha denominado «desestimación de la personalidad jurídica», a ignorar de hecho la organización jurídica, para ir a buscar a las personas que se encuentran tras el aparato organizativo-formal de aquélla. Lo extremo de ambas posiciones hace que deban ser desechadas, pero tras servir para poner de manifiesto la necesidad de adoptar en la materia un criterio

(63) A este respecto resulta de gran utilidad la monografía del profesor GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, por su importante dimensión crítica del fenómeno asociativo.

realista de análisis del fenómeno de la personificación moral de los entes colectivos que relativiza lo que tiene de dogmático, para medir en cada caso, y no de forma generalizante y abstracta, lo que GIRÓN TENA denomina con acierto «grado de subjetivación» (64).

Ello quiere decir que la personalidad jurídica de las sociedades no es siempre un concepto oponible y diverso al de las personas físicas que las integran, por lo que a los efectos de la atribución preferente, sobre todo de empresas comerciales e industriales, las que más frecuentemente adoptan formas sociales de explotación, para pronunciarse en forma positiva o negativa habrá que estar al *grado de subjetivación* que la sociedad presenta en cada caso, aunque será más fácil pronunciarse positivamente para las *sociedades de personas*, pues «su personalidad se anuda a la de los socios», «se les responsabiliza personalmente» y «la consecución del fin social se entiende ligada al esfuerzo personal de los socios» —sociedades colectiva y comanditaria—, que para las *sociedades de capitales*, en las que no suelen interesar sus titulares, sino la impersonalidad del capital a través de participaciones libremente transferibles. No obstante, para estas últimas puede darse el contrasentido formal de que en la sociedad de responsabilidad limitada —la más personalista de las denominadas de capital—, el juego de los artículos 20 y siguientes de su Ley de Régimen Jurídico de 17 de julio de 1953, en relación con los Estatutos de la sociedad de que se trate, puede impedir la atribución preferente que nos ocupa por ser de mejor derecho el de tanteo y retracto de los consocios, en tanto que las sociedades anónimas —la más clara de las de capital— cuando su estructura es *familiar* o están constituidas por un único socio (la masa ganancial), no hay razón de principio que impida la atribución, a falta, claro está, de prohibición estatutaria expresa.

Como hemos apuntado, la posibilidad de admisión de la atribución preferente en los casos de existencia de una sociedad interpuesta entre la sociedad de gananciales y la explotación cuya atribución se discute, depende en gran medida del régimen jurídico bajo el que se efectuó la aportación de la explotación a la sociedad. Los títulos de la aportación de bienes por los socios a las sociedades se han venido clasificando: *sólo quod ad dominium* —transmisión a la sociedad, pero reservándose el socio la devolución de la cosa a la terminación de aquella—; *quod ad dominium et quo ad sortem* —no reservándose aquella devolución—; *quo ad sortem* —transmisión a la sociedad del derecho de disposición sobre la cosa—; *quo ad usum* —sólo se transfiere a la sociedad el uso de la cosa—; *quo ad usum et ad sortem* —transmisión del uso y del

(64) GIRÓN TENA, *op. y loc. cit.*, págs. 159 y sigs.

derecho de disposición— (65). Parece evidente que puede predicarse como hipótesis más plausible de atribución preferente aquella en que la aportación se efectúa *ad dominium* o *ad usum*, y que, por el contrario, no procede en los restantes casos referidos en la clasificación.

La afirmación o denegación del derecho de atribución puede deducirse del propio objeto social, efectivamente perseguido por la sociedad y no meramente descrito y enunciado por sus Estatutos, en relación con la forma de la sociedad y la efectiva estructura organizativa de que se le ha dotado para la ejecución de su objeto social, pues estos datos suelen dar la medida de la transpersonalización de la sociedad y de la posición del socio en el seno de la misma.

La existencia de una sociedad interpuesta debe impedir, en principio, como hemos apuntado, la atribución preferente, por lo que para que se dé tal atribución, como excepción, es preciso que sigan existiendo las condiciones de pertenencia de la explotación o empresa a la masa ganancial y que el cónyuge arbitrario haya llevado la explotación con su trabajo. O sea, que la presencia de la sociedad no altere el conjunto de requisitos materiales que se exigen en el artículo 1.406 del Código Civil. Para que se dé el primer requisito es preciso tan sólo, tras el examen del negocio jurídico de aportación, que sea posible predicar para la explotación o empresa la aplicación del principio de subrogación real, es decir, que la aportación y la consiguiente devolución que hace posible la atribución no altere el *status* dominical de la explotación en la masa ganancial. Y ello aunque los derechos políticos del socio en la sociedad se hayan ejercido por uno de los cónyuges a título personal y no en nombre de la sociedad conyugal. Para que se dé el segundo requisito, sí se requiere que la sociedad sea tan sólo una especie de *veste* que recubre una realidad económica concreta: la de la gestión fructífera de la explotación sola o en conjunto con otras, y que les presta funciones accesorias a ella: limitación de la responsabilidad, facilidades de crédito, mayor o mejor posición comercial como oferentes o como adquirentes, etc., pues si la sociedad tiene una estructura organizativa más compleja que la que requiere este fin limitado, la gestión de la explotación es una parte pequeña en el volumen de las operaciones o las finalidades efectivamente perseguidas superan el estrecho margen que ofrece la explotación, habrá que negar de plano el derecho de atribución.

El Derecho de sociedades en su dimensión más abstracta, nos hace propender a la visión teórica de los entes colectivos como valladar casi insuperable para el derecho de atribución, pues sus modelos económicos van mucho más allá de las, en todo caso, tan sólo relativamente impor-

(65) GIRÓN TENA, *op. y loc. cit.*, págs. 217 y 218.

tantes dimensiones personales o familiares. Este es también el modelo presente en el artículo 1.352 del Código Civil, por el que se establece, en la sociedad de gananciales, el régimen de titularidad de las acciones, títulos o participaciones sociales; pero en su dimensión concreta, del análisis del hecho societario en nuestro país, la conclusión que se deduce es la contraria.

La gestión de la explotación agrícola, comercial o industrial de dimensión familiar, es decir, de tamaño y magnitud económica media o pequeña, es en más del noventa por ciento de los casos el fin primero y último del hecho asociativo mercantil, que se refugia así, unas veces, de los efectos potencialmente ruinosos que lleva consigo en estos tiempos de crisis la responsabilidad patrimonial universal, acantonándola por la interposición de una sociedad anónima o limitada a la explotación de que se trate; otras, evitando que los rendimientos del negocio familiar se sumen sin más a los profesionales obtenidos por uno o ambos cónyuges y alcancen un montante tal que los agresivos tipos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dejen a la explotación falta de los recursos y reservas que su continuidad y buena marcha requiere. Negar, en estos abundantes supuestos, el derecho de atribución en favor del cónyuge gestor, por una interpretación mimética respecto de Francia del precepto, sería tanto como otorgar el derecho a los gastores poco avisados, cuando no necios, y negarlo para los prudentes, para aquellos que se sirven de las armas que les presta el ordenamiento jurídico para la más conveniente defensa de sus intereses.

Si bien es verdad que entre nosotros no es finalidad primera del derecho de atribución la preservación de la explotación unida y evitar con ello atomizaciones y minifundismos, no lo es menos que, procurando la continuidad profesional u ocupacional del cónyuge gestor, se obtiene adicionalmente esa finalidad que no se ha tomado como objetivo social directo de la norma. Esa finalidad más personalista se rompe con la negación de la atribución de determinadas explotaciones gestionadas mediante entes personificados mercantiles, pero es que además no se garantiza con ello la continuidad de la sociedad, pues su **dimensión familiar** y su falta de estructuras formales independientes y diferentes de las personas físicas que, en definitiva, la forman impide de hecho su continuidad económica también. Negar, pues, la atribución es negar en la práctica su utilidad social.

C. La explotación agrícola

a) CONFIGURACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

No es ocioso recordar que bajo el término *agrícola*, tradicionalmente, en nuestro idioma se suelen entender incluidas todas aquellas actividades que tienen como finalidad la explotación directa o indirecta del suelo rústico. Así, junto a la actividad agrícola propiamente dicha, es decir, la actividad de cultivo, deben considerarse aquí incluidas, como explotaciones agrícolas, todas las relacionadas con la selvicultura; las ganaderas—incluso cuando éstas se desarrollan en un marco industrial, como ocurre con muchas de las modernas instalaciones pecuarias—; la cinegética, no en su versión deportiva, sino en su acepción de explotación intensiva de cotos de caza, criaderos y piscifactorías; la apicultura estable o trashumante; la sericultura; los cultivos hidropónicos, y un amplísimo y creciente etcétera de nuevas formas de producción análogas. Todas estas actividades y naturalmente las mixtas o combinadas estacional o permanentemente en cuanto son susceptibles de dar lugar a la creación de una unidad patrimonial denominable empresa, establecimiento o explotación, en sus acepciones técnicas o en su versión intuitiva o vulgar, pueden ser, en cuanto sean diferenciables, objeto del derecho de atribución preferente.

La legislación francesa, desde la introducción de la institución jurídica que nos ocupa, ha venido distinguiendo, incluso en materia agraria, fuente generativa del derecho de atribución, una atribución preferente de derecho, de otra puramente facultativa en función de puros datos objetivos. Para esta última, los requisitos objetivos se circunscriben, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 832 del Código Civil francés, a la existencia, en el patrimonio partible, de una explotación agrícola, cualquiera que sea su extensión superficial o su valor venal, y que esté configurada como una unidad económica no explotada en forma de sociedad. En cambio, para que la atribución sea de derecho se requiere, conforme al texto del artículo 832 del mismo Código, que la explotación no sobrepase una determinada superficie o que valorados los elementos muebles e inmuebles que la componen su valor en venta no suponga una determinada cifra; la concreción de ambas variables corresponde al Consejo de Estado, que las fija mediante Decreto.

Estas determinaciones han experimentado una evolución constantemente ampliativa: por Decreto de 27 de agosto de 1970, el valor en venta máximo para esta atribución de derecho quedó fijado en 400.000 francos, en tanto que para las superficies máximas se concretaron por

Departamentos y Regiones, teniendo en cuenta la rentabilidad media de los cultivos más frecuentes en cada una de aquellas divisiones administrativas; el *arrêté* de 22 de agosto de 1975 elevó al duplo los límites de valor y extensión ya fijados, y, finalmente, la Ley de 4 de julio de 1980 ha suprimido, por considerarlo disfuncional, el dato objetivo del valor en venta máximo y ha mantenido como criterio único el límite de extensión superficial sin modificarlo (66).

El artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, en claro contraste con los antecedentes en que se inspira, no incluye, como ya sabemos, la distinción capital entre atribución de derecho y la facultativa, ni instituye límites ni elementos determinantes que den lugar a la inclusión o exclusión de un predio rústico o análogo como objeto del derecho de atribución preferente. ¿Quiere ello decir que ninguna de las reglas de determinación objetiva elaboradas en otros ordenamientos puede ser exigible en nuestra regulación de la atribución preferente en sede de gananciales? La respuesta a este interrogante tendrá que ser, en todo caso, muy matizada y deberá ser, en definitiva, fruto de una elaboración doctrinal y contrastada en su día por la jurisprudencia.

La elemental y sumaria unidad que se requiere para la existencia de una explotación, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, debe exigirse igualmente para la actividad agrícola, aunque este campo específico de la actividad productiva en nuestro país presenta unas características de diversidad en materia agrícola harto problemática, a los efectos de la aplicación del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil.

Entiendo que para ser objeto de este derecho, la explotación agrícola ha de reunir la característica esencial de ser tal, es decir, un conjunto de bienes dedicados a la producción agraria formando una unidad económica coherentemente identificable, bien sea porque la explotación está constituida como tal en el seno de la masa ganancial, como finca única o grupo de fincas con sus propios medios de laboreo, bien porque tal unidad se logra por la adición de fincas y medios muebles gananciales a otros medios y fincas privativos del cónyuge bajo cuyo cuidado y gestión se explotan, el cual podrá, en su caso, pedir la atribución precisamente de aquellos gananciales que contribuyen para alcanzar tal unidad. No procede así cuando la idea elemental, intuitiva o vulgar de explotación agrícola tan sólo se puede lograr por la adición de los bienes rústicos del cónyuge que no está dedicado a la actividad agrícola, a los gananciales de este tipo o por la agrupación de éstos a los aportados por las masas privativas de ambos cónyuges, pues en estos dos últimos supuestos la presencia de privativos del otro cónyuge en la explotación impide formal

(66) MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, 4.ª ed., por A. BRETON, t. IV, pág. 933.

y materialmente el nacimiento del derecho de atribución por inidoneidad del objeto.

Esta conclusión me parece mucho más evidente por cuanto en nuestro ordenamiento la atribución preferente es siempre de derecho y en ningún caso puramente facultativa, por lo que los Tribunales no pueden influir arbitrariamente en la configuración de la partición de la masa ganancial. Soy plenamente consciente de que, si se exige la unidad de explotación configurada de acuerdo con las dos primeras posibilidades de las enumeradas, esta figura jurídica resultará muy pocas veces utilizable en las amplísimas áreas agrícolas, donde, siendo de aplicación el Código Civil, predomina la propiedad minifundista, pero debe afirmarse que no es menos cierto que la institución de la atribución preferente en sede de sociedad de gananciales no es precisamente el instrumento idóneo para combatir el minifundismo, problema ajeno a su temática propia, ni para impedir la división de unidades agrícolas creadas por medio de este régimen económico matrimonial.

No es en absoluto relevante para predicar la atribuibilidad de una explotación agrícola o para negar tal derecho que la extensión superficial o el valor venal de la misma sean grandes, pequeños o medios, pues en las previsiones del artículo 1.406 el derecho de atribución nace con independencia de tales parámetros objetivos; la única referencia de magnitud se encuentra representada por la limitación intrínseca al propio derecho del «*hasta donde su haber alcance*» a que se refiere el párrafo inicial del citado artículo como exigencia general de cualquier atribución; éste, como puede apreciarse, es un dato totalmente extrínseco a la idea de explotación agrícola y no sirve aquí la medida indirecta que aporta el artículo 2.º, b), de la Ley de 24 de diciembre de 1981, al situar el límite de lo que deba entenderse por explotación agrícola familiar tomando como parámetro el trabajo al decir «que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas». No es este tipo de explotación la contemplada por el artículo 1.406, sino cualquier explotación gestionada por el atributario, separándose con ello nuestro ordenamiento del antecedente francés en el que se inspiró.

En la explotación agrícola atribuible deben entenderse comprendidos como elementos inseparables de la misma, además de los inmuebles de naturaleza rústica propiamente dichos, las edificaciones que la integren con idéntica finalidad económica, incluida, en su caso, la vivienda, y

desde luego los muebles instrumentales y los ganados pertenecientes a la misma (67).

La vivienda familiar enclavada en una explotación agraria puede dar lugar al planteamiento de supuestos problemáticos, sobre todo en los casos en que la disolución y partición de la sociedad conyugal obedece a la ruptura del matrimonio por separación o divorcio, en los que el uso de la vivienda será frecuentemente reconocido en favor de la mujer a la que no suele corresponder, en función de los requisitos subjetivos exigibles, el derecho de atribución preferente del dominio de la explotación agrícola.

Este reconocimiento del derecho de uso sobre la vivienda entiendo que tiene que impedir, en principio y de forma general, el ejercicio por el otro cónyuge del derecho de atribución preferente sobre todo el conjunto agrícola, del que la vivienda forma parte integrante, a no ser que la diferenciación entre los usos pueda ser de tal importancia que rompa el concepto mismo de explotación, situación que no será demasiado infrecuente. Ahora bien, la destinación de la vivienda al uso por el cónyuge no atributario y los hijos no impide lógicamente el que aquellas partes de la vivienda que estaban directamente vinculadas a la actividad agrícola sigan siendo empleadas para tal finalidad por el cónyuge atributario.

La vivienda y los inmuebles enclavados en la explotación agrícola atribuible deben tener también finalidad y destinación agrícola, compartida con la explotación y formando una unidad no sólo física, sino también económica; deben ser partes integrantes de la misma y no elementos comunes con otras explotaciones agrícolas no atribuibles o de otro tipo de actividades, ni perfectamente separables de ella —segregables— con valor económico y finalidad desgajados del resto de la explotación en la que físicamente se encuentran enclavados, pues parece evidente que en estos concretos casos no tiene razón de ser el mantenimiento del derecho de atribución preferente por el todo. La unidad formal no está en la esencia y naturaleza del derecho de atribución; su raíz hay que encontrarla en la unidad material por destinación de las cosas a una concreta actividad cuya contemplación por la norma da lugar al nacimiento del derecho.

La preocupación por evitar el fraccionamiento de las explotaciones agrarias es una constante de este siglo para las normas sucesorias francesas, con proyección hacia cualquier tipo de división contemplada en el ordenamiento. Puede decirse que el legislador francés del siglo xx tiene una decidida vocación de indivisión, por reacción frente a la obse-

(67) C. francés, artículo 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1981.

sión antivinculatoria de la burguesía del vecino país en los dos siglos precedentes. Tal preocupación no puede, en rigor, decirse que haya alcanzado al legislador español, al menos por lo que a las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil se refiere.

Las atribuciones preferentes del artículo 1.406, 2.º, pese a su clara condición de institución importada de Francia, no constituyen auténticos medios directos de contención del fraccionamiento de las explotaciones, aunque sí indirectos, naturalmente. A nuestra atribución le falta para cumplir tal función el entronque directo con normas que aseguren tal finalidad en sede de partición hereditaria, pues no es, a diferencia de Francia, una prolongación de estas normas. En nuestra perspectiva la indivisión es un efecto secundario de un fin: la estabilidad profesional y económica de uno de los cónyuges allí, el fin es la indivisión, y la estabilidad posparticional, un efecto de ella. La partición en Francia está presidida por el artículo 832, 2.º, del Código Civil francés, que recomienda evitar el fraccionamiento de los bienes; aquí, por el 1.061 del Código Civil, que fomenta la igualdad cualitativa y cuantitativa de los partícipes; por ello, entre nosotros la atribución preferente es doblemente excepcional, y para que haya lugar se requieren las condiciones objetivas y subjetivas del artículo 1.406 y las finalísticas: si la división no guarda relación con la actividad profesional del cónyuge y su estabilidad, no hay razón alguna para que se desequilibren cualitativamente los lotes, pues la atribución debe ser tratada como una excepción a la regla general y como un medio jurídico instrumental y no como un fin en sí misma.

Algo parecido ocurre, por lo que a la argumentación jurídica se refiere, con los instrumentos agrícolas. Como instrumentos profesionales que son deberían reputarse como bienes privativos del cónyuge agricultor, sujetos, claro está, a reintegro si se adquirieron con caudales comunes (art. 1.346, 8.º, e inciso final), y sólo cuando son parte integrante o pertenencia de una explotación agrícola deben seguir la suerte de ésta. Ahora bien, los nuevos instrumentos agrícolas —tractores, cosechadoras, empacadoras, etc.—, tanto por su movilidad cuanto por su capacidad de laboreo, requieren, para poder ser considerados como partes de una explotación agrícola, que ésta tenga una considerable extensión superficial, por lo que sólo en contadas ocasiones alcanzan tal consideración pero, no puede esgrimirse como argumento contra su atribución con la finca el que sean ocasionalmente empleados en el laboreo de otros predios rústicos. El dato de la pertenencia debe venir dado exclusivamente por su destinación y vinculación económica para con la explotación agrícola

de la que se predica; es decir, la medida de la pertenencia viene dada por su efección habitual y no por su permanencia en la explotación.

Las actividades ganaderas presentan peculiaridades propias muy variadas de difícil concreción. Pueden constituir una actividad complementaria de la actividad agrícola principal y seguir entonces las vicisitudes particionales de la explotación o servir de base de una actividad económica diferenciada, teniendo la explotación agrícola simplemente como redil, pastando en otros pagos propios o ajenos o en espacios comunales, y entonces no puede ser considerado el rebaño como pertenencia de la explotación; pero como *universitas* puede ser objeto de un derecho de atribución diferente del que se pueda ejercer o no sobre la explotación o puede pertenecer a titular distinto. Nuestro minifundismo ganadero da lugar a situaciones intermedias entre las señaladas, de casuismo infinito y muy poco ilustrativo al propósito que nos ocupa.

b) CONDICIONES SUBJETIVAS DE LA ATRIBUCIÓN
DE UNA EXPLOTACIÓN AGRARIA

Las condiciones subjetivas que se requieren para ser «beneficiario» de la atribución preferente de una explotación agrícola han experimentado en Francia una evolución que resulta sumamente esclarecedora para la correcta interpretación de estos perfiles subjetivos del atributario, que en nuestro ordenamiento deben entenderse contenidos en el «llevado con su trabajo» del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil.

El primer reconocimiento legal que se efectuó en Francia en materia de atribución preferente de este tipo de explotación (Decreto-ley de 17 de junio y Ley de 15 de enero de 1943) y tuvo como sujeto atributario a un cultivador directo y personal, pues se requería «que la haya cultivado o haya participado efectivamente en el cultivo». Si bien siempre ha ofrecido duda a los órganos jurisdiccionales cuál deba ser el grado de dedicación exigible, no se ha planteado problema alguno sobre la naturaleza de la ocupación material del atributario; se ha aceptado tanto la aplicación del trabajo físico a la explotación como el de pura dirección, aunque una y otra tarea consideradas separadamente tan sólo han sido objeto de fallos judiciales muy aislados; lo más frecuente es que la atribución se otorgue judicialmente en favor de personas que ejercen conjuntamente ambas actividades, es decir, el atributario suele ser un agricultor directo y personal (68).

La Ley de 19 de diciembre de 1961, al modificar esta condición subjetiva y sustituirla por la «participación en la puesta en valor de la

(68) AUBRY y RAU, *op. cit.*, vol. X, párrafo 624.

explotación», ha perseguido un doble objetivo: de una parte, igualar las condiciones exigibles en la atribución de la explotación agrícola a las de industria, comercio o actividad artesanal que se introducían por esa misma ley, y, de otra, posibilitar una apreciación menos legalista de las condiciones subjetivas por parte de los Jueces, pues la fórmula permite valorar más libremente la dedicación a la actividad agrícola en cada caso. Pero al mismo tiempo ha permitido negar la atribución cuando la dedicación del peticionario ha sido valorada negativamente en sus efectos económicos, bien sea por negligencia, por incapacidad, bien por una mala administración de la explotación (69).

La amplitud del «llevado con su trabajo» del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, como ya he venido apuntando, no presenta connotaciones específicas en materia agrícola. La condición subjetiva exigible a mi juicio no es otra que la de ser agricultor, y sólo desde esta dimensión, a pesar de lo escueto de la fórmula legal, tiene sentido la excepción a la igualdad en la partición que supone el reconocimiento de un derecho de atribución preferente.

Si bien creo que no es aquí aplicable la condición de «que constituya el medio de vida principal» del cónyuge atributario —como apunta, más que exige, el artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1981—, la amplitud de la fórmula «llevado con su trabajo» no puede servir fuera del marco de la continuidad en el ejercicio de la profesión, pues, además de la excepcionalidad reiteradamente aludida, es necesario recordar que nuestro sistema de atribución es de derecho y no meramente facultativo, por lo que la actividad del Juez, declarativa y no constitutiva, no puede gozar del poder arbitral que en estas materias goza en Francia, en donde puede entrar a valorar no sólo todo aquello que sea mejor para cada uno de los cónyuges o uno de éstos y los herederos del otro, sino también qué solicitante de la atribución de la explotación será más adecuado para la continuidad y mejora de la misma. Entre nosotros no caben tales valoraciones, excepción hecha de la prevista en el artículo 1.393, 2.º, del Código Civil, y ello por ser motivo suficiente para dar lugar a la disolución de la sociedad de gananciales. Sólo es posible reconocer o negar la titularidad del derecho de atribución, y por ello el criterio legal debe ser doblemente restrictivo, en cuanto a la cosa en sí y en cuanto a la reunión de las condiciones personales objetivizadas reunidas en la cabeza del cónyuge atributario. La distinción de dos regímenes, el de derecho y el meramente facultativo, entiendo hubiera permitido una mayor facili-

(69) Ss. cass. civ.: 6 mayo 1964, 1 diciembre 1964 y 15 marzo 1965.

dad para una construcción jurisprudencial de la institución, pero ello tan sólo puede constituir una aspiración; en modo alguno una posibilidad abierta por la norma.

D. Las explotaciones comerciales e industriales

El silencio en cuanto a los datos objetivos de la atribución preferente de una explotación comercial o industrial puede intentarse colmar a través del análisis de la norma francesa inspiradora de nuestro artículo 1.406, 2.º, del Código Civil. Al respecto, el artículo 832, párrafo 4.º, del Código Civil francés dispone que «las mismas reglas —las de atribución de la explotación agrícola— son aplicables en lo que le concierne a toda empresa comercial, industrial o artesanal, no explotada bajo forma social, cuya importancia no excluya el carácter familiar». Es decir, en Derecho francés la atribuibilidad de la explotación comercial, industrial o artesanal es más restrictiva que la de la explotación agrícola, pues, además de los caracteres de unidad económica, expresada aquí con el vocablo empresa, y de no tener una organización formal societaria, que también se predicen para la atribución de explotación agraria, se requiere que su dimensión económica no sobrepase lo que se denomina «carácter familiar», lo que no se exige ya a la explotación agraria, en manifiesto y claro contrasentido.

La indeterminada dimensión económica que se encuentra tras la expresión «carácter de familia», que puede tener alguna justificación para la empresa o explotación agrícola, carece de sentido en lo que concierne al ámbito industrial o comercial: no así a la actividad artesanal. Pues el carácter familiar de una explotación no se ha medido nunca en unidades monetarias, sino en unidades de trabajo: es *familiar* la explotación en la que la suma de las jornadas de trabajo prestadas por los miembros de la unidad familiar conviviente igualan o superan a las aportadas por personal asalariado. Como puede colegirse sin esfuerzo, esta medida, que ya es arbitraria en la actividad agrícola, lo es mucho más en el ejercicio de la industria o del comercio, pues el número de personas empleadas no se traduce en una proporción directa respecto de la importancia del capital necesario para su fundación o de su rentabilidad o de su valor venal. Una industria de componentes electrónicos, un servicio de aerotaxis, una joyería, un laboratorio o un centro de cálculo informático no son actividades que requieren para generar importantes ingresos una plantilla elevada en cuanto al número de personal, pero indudablemente requieren una gran inversión por puesto de trabajo, situación que no se da en otras ramas de la actividad industrial o comercial. Parece poco

justificado que una mercería o tienda de ultramarinos que emplee al doble de personal asalariado que el de miembros de la unidad familiar no sea, en Francia, objeto de atribución preferente por superar la dimensión familiar, y lo sea un centro de cálculo informático.

Afortunadamente en nuestro ordenamiento no sólo no hay señalada en la norma diferencia alguna entre los requisitos objetivos que deban tener unos y otros tipos de explotación, sino que deben darse los mismos requisitos objetivos y subjetivos para una y otras. Por lo que, salvadas las particularidades propias de creación y composición, son aplicables a las explotaciones comerciales e industriales los mismos requisitos y condicionamientos de que se ha hecho mención al hablar de la explotación agraria.

Los Tribunales franceses han conocido algunos casos de interés en materia de atribución preferente de explotaciones comerciales, que en rigor pueden extenderse sin excesivos problemas a la de explotaciones industriales, cuales son los de atribución de un negocio abierto en inmueble propiedad privativa del cónyuge no dedicado a la actividad comercial y, en su consecuencia, no tributario del mismo, y el fundado sobre local arrendado, de cuyo derecho de arrendamiento pertenecía con anterioridad a la fundación del negocio y al inicio de la comunidad conyugal al cónyuge que no viene ejerciendo la actividad comercial.

En el primer caso los Tribunales franceses no han dudado en atribuir el fondo de comercio al cónyuge que venía ejerciendo tal actividad, pero han impuesto la obligación de cumplimiento inmediato de dejar libre el inmueble, pues sobre el mismo no puede presumirse la existencia de un arrendamiento ni de un derecho real limitado, sino un simple uso de la comunidad tolerado por el cónyuge titular privativo, por lo que debe dejarse libre, pues la atribución no puede generar una relación arrendaticia, ni el derecho de atribución puede afectar a otra masa que no sea la ganancial (70).

Ello supone que en aquellos casos en que el inmueble es un elemento esencial para la propia existencia de la empresa, la diversidad de titularidades, privativa una y comunitaria la otra, constituye un impedimento para el nacimiento del derecho de atribución en cabeza de un cónyuge en el que no se den la titularidad del bien privativo y la cualidad personal de comerciante o industrial (71). Para el segundo caso también se ha mantenido el principio de incomunicación de las masas, por lo que la privaticidad de la titularidad del arrendamiento ha prevalecido

(70) S. cass. civ.: 11 junio 1978.

(71) S. cass. civ.: 8 diciembre 1974.

sobre el derecho de atribución cuando sede y fondo de comercio se han considerado económicamente inseparables.

Esta casuística puede presentarse perfectamente bajo la disciplina del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil: lo que es más dudoso es que los resultados deban ser iguales a los ofrecidos por la jurisprudencia francesa.

Como regla de principio la esencia de los fallos judiciales franceses es perfectamente aplicable a nuestra disciplina de las atribuciones preferentes: sólo es posible la atribución dentro de la masa ganancial, y la atribución no puede invadir el patrimonio privativo de un cónyuge. Ahora bien, ¿qué sucede cuando se dan supuestos de indivisión entre la sociedad de gananciales y el cónyuge no atributario, supuesto típico al que se refiere el artículo 1.347, 5.º, inciso segundo, del Código Civil, en el que a la empresa en cuya fundación concurren capital privativo y capital común se le aplica la regla de indivisión del artículo 1.354?

La solución francesa expuesta para estos supuestos concretos me parece claramente regresiva y antieconómica cuando la relación entre inmueble y fondo de comercio o industria son consustanciales para la existencia y subsistencia de la empresa. En la disciplina española, y a la vista del texto aprobado por el Congreso del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil —mucho más claro en el texto del proyecto para el mismo artículo—, las aportaciones lo son para la formación del capital de la empresa, y a su vez la indivisión del artículo 1.354 del Código Civil lo es del capital, por lo que entiendo que no puede hablarse de un inmueble privativo o de un arrendamiento de titularidad privativa y de un fondo de comercio o industria gananciales instalados sobre el primero, sino de una empresa fundada con capital mixto.

Esta indivisión no tiene por qué cesar con la disolución de la empresa al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales. Más bien creo que le es de plena aplicación, como ha entendido DÍEZ-PICAZO para la comunidad (72), el artículo 1.705 del Código Civil para la disolución de la sociedad por voluntad o renuncia de uno de los socios, es decir, debe de ser hecha de buena fe y en tiempo oportuno. Es más: cuando el capital procede de la sociedad de gananciales mayoritariamente, a pesar de la declaración del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil, no nos encontramos ante un verdadero supuesto de indivisión, sino con un auténtico caso de sociedad civil, por no decir de empresa ganancial, en la que se da una participación minoritaria privativa de uno de los partícipes y cuya disolución y posterior adjudicación son diferentes de las de la propia sociedad de gananciales.

(72) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1802.

La modificación del artículo 1.347, 5.º, efectuada por la Ponencia del Congreso, ha servido para embarullar un tema de difícil tratamiento, pero no para hacerle perder su verdadera identidad. Creo que nos encontramos ante un claro supuesto de reembolso en favor del aportante minoritario privativo, cuyo montante debe ser valorado al tiempo de la disolución conforme a las reglas del artículo 1.360, es decir, por su verdadero valor al tiempo de la liquidación y no por la vía ordinaria del artículo 1.358.

No obstante, las dificultades formales para el nacimiento del derecho de atribución preferente se mantienen, pues, al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales; la empresa no es ganancial plenamente, y éste es un elemento básico para el derecho de atribución. El cónyuge gestor no está provisto de un derecho adicional de expropiación forzosa respecto del otro y sus herederos, y si bien podrá combatir la mala fe o la inoportunidad de una disolución extemporánea de la empresa —argumento analógico *ex* artículo 1.705 del Código Civil—, no podrá ejercer un derecho que no ha nacido para él y se impondrá, en definitiva, la liquidación y partición ordinaria por etapas o la atribución preferente del fondo de comercio.

Con la liquidación de la empresa de esta forma lo que sí puede entenderse es que cesa la afectación de los instrumentos profesionales a la explotación como partes integrantes o pertenencias a las que se hace referencia en el artículo 1.346, 8.º, del Código Civil, y en su consecuencia puede haber lugar a la atribución preferente de los mismos en favor del cónyuge profesional o empresario que los estuviere utilizando por sí o mediante personal asalariado bajo su dependencia; es decir, nos encontramos ante una ampliación por interpretación sistemática del artículo 1.406, 1.º, y no ante una atribución propia del apartado 2.º del mismo artículo.

E. El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión

Es éste el supuesto objetivo de atribución preferente de los previstos por la norma —art. 1.406, 3.º, CC— que presenta, por lo que al plano teórico se refiere, menos problemas o en el que éstos se encuentran más delimitados, ya que toda la posible casuística se encuentra enmarcada y canalizada por un elemento objetivo: el destino del inmueble al ejercicio de la profesión.

El precepto español, separándose de los antecedentes franceses (artículo 832 CC) y belga (arts. 1.446 y 1.447 CC), no hace referencia a los bienes muebles igualmente destinados y al supuesto de arrendamiento

del local, aspectos éstos que deberemos examinar en este apartado a los efectos de dilucidar si deben entenderse incluidos o excluidos en el ejercicio del derecho de atribución preferente.

a) EL LOCAL DESTINADO

De ordinario, bajo esta modalidad el objeto de la atribución preferente lo constituye un local ganancial que se halla destinado exclusiva o preferentemente al ejercicio en el mismo de una profesión u oficio, por uno sólo de los cónyuges. Por ello no puede ejercerse, o mejor, no nace el derecho de atribución preferente para uno de los cónyuges sobre el local en el que ambos vienen ejerciendo su respectiva profesión, ya sea ésta la misma o diferente. Como pone de manifiesto Díez-PICAZO (73), la *ratio* de esta exclusión, evidente en los casos de liquidación y partición de la masa común, cuando la extinción de la sociedad de gananciales se debe a nulidad, separación, divorcio, cambio de régimen económico familiar o decisión judicial, deja de serlo e incluso es contraria a la finalidad de la norma cuando la extinción de la sociedad se produce por muerte de uno de los cónyuges, y en su consecuencia creo que en este concreto supuesto debe admitirse el derecho a la atribución preferente del supérstite, porque este derecho se construye de ordinario anteponiendo el interés profesional del cónyuge atributivo a los concretos intereses de los herederos del cónyuge premuerto, y aunque puede oponerse a este argumento, con razón, que tal premisa puede faltar cuando uno de los herederos colaboraba profesionalmente con el premuerto, sí puede argumentarse que la liquidación para este tipo de atribución se encuentra en el interés profesional de la otra parte en la partición, y que cuando éste falta no hay o no debe haber razón para negar la atribución por el hecho anterior de la constitución, mucho más cuando esta limitación es fruto del análisis doctrinal y jurisprudencial franceses, pero no proviene ni de la letra ni del espíritu del precepto mismo.

De parecida forma suscita fuertes dudas el derecho de atribución preferente del local destinado al uso profesional cuando éste verse no sobre un local en su integridad, sino sobre parte indivisa del inmueble destinado a vivienda, y ésta ha sido adjudicada al otro cónyuge. En la práctica francesa ha venido entendiéndose que la protección al ejercicio profesional debe ceder ante la defensa que se atribuye a la intimidad personal que se presupone en la adjudicación de la vivienda. Ahora bien, esta afirmación, que entiendo válida como cuestión de principio y como gradación abstracta de valores protegidos, no parece absolutamente se-

(73) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1801.

gura en la dimensión inevitable de la práctica. Parece evidente que en muy circunstanciados casos el Juez podrá apreciar analógicamente a la práctica profesional «la necesidad» a que hace referencia el artículo 87 del Código Civil, pues de la continuidad de la actividad profesional de uno de los cónyuges, en casos de separación y divorcio, puede y suele depender no sólo la propia subsistencia económica del cónyuge profesional, sino también la del cónyuge separado o ex cónyuge y la prole de ambos; la permanencia en el lugar en el que se ejercía la profesión puede ser determinante para el mantenimiento de una determinada clientela, supuesto no infrecuente en las profesiones liberales y que ya ha apreciado positivamente la jurisprudencia francesa, si bien haciendo notar la excepcionalidad del fallo (74). Aquí chocan más las convicciones personales, las costumbres, hábitos sociales y, si se quiere, los prejuicios educativos que los evidentes intereses sociales a los que la norma viene a prestar auténtica protección, y en tanto la incompatibilidad entre ellos no se manifieste no hay razón para discriminar un derecho para proteger el otro; hay que tener en cuenta que muy probablemente la vivienda con parte destinada al ejercicio de una profesión, comúnmente liberal, fue buscada y adquirida por los cónyuges porque sus dimensiones permitirían, con cierta comodidad, compartir el doble destino a que se dedicaba antes de la separación o el divorcio, o, más corrientemente todavía, fue el emplazamiento del local —v.gr.: farmacia— el que da lugar a la adquisición con doble finalidad.

Como ha precisado DÍEZ-PICAZO (75), no es óbice para que se produzca la atribución preferente en favor del cónyuge que venga ejerciendo su profesión en el local atribuido el que el otro, a su vez, realice en el mismo local funciones profesionales con carácter ocasional o auxiliar. Ni aun siquiera, entiendo por mi parte, el que este cónyuge lo utilice parcialmente o en los tiempos en que no se ejerce la profesión para el descanso, el desarrollo de aficiones u otras actividades marginales, lo que presupone *a contrario* que el ejercicio de estas actividades no da lugar en modo alguno al nacimiento de un derecho de atribución preferente ni aun en el caso de que la disolución se deba a la muerte del cónyuge titular del ejercicio profesional.

Ni del texto legal, por su parquedad, ni de los textos antecedentes franceses y belgas y de las escasas precisiones jurisprudenciales que han producido puede deducirse con relativa exactitud que el local profesional atribuible preferentemente al cónyuge profesional deba requerir la nota de encontrarse abierto al público. Aunque ésta sería motivo suficiente

(74) S. Trib. Gran. Inst. Nantes, 30 abril 1963, Dalloz-Sirey, 1963, 2, 262.

(75) DÍEZ-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1802.

para negar la atribuibilidad preferente a un taller de escultor, un estudio de pintor o un apartamento-biblioteca de un escritor o estudioso, a pesar de que sus relaciones con los clientes se efectúen en otro lugar o la profesión no precise de clientela directa, por lo que según los casos y circunstancias, en principio, parece que también sobre estos locales deberá nacer el derecho a la atribución.

La redacción de la norma en pasado: «hubiese venido ejerciendo su profesión», requerirá la matización y puntualización de la *prudentia iuris*. No parece que con tal expresión en pasado se quiera hacer referencia a que el atribuyente venga necesariamente ejerciendo precisamente en ella su profesión por un tiempo no determinado —en todo caso, por un período dilatado—; creo que este derecho nace efectivamente aunque el tiempo de ejercicio en el local de que se trate sea mínimo, bien por ser reciente el establecimiento como profesional, bien por ejercer anteriormente en local arrendado o compartido y haber adquirido el ahora destinado a tal fin recientemente, bien por compartir anteriormente las funciones de vivienda y ejercicio profesional en un mismo local, trasladando una de estas funciones a otro. Hay que entender, según pienso, que lo que quiere evitar la norma adoptando tal redacción, aunque resulte poco afortunada, es el que un cónyuge se sirva de la atribución preferente para establecerse profesionalmente o para abrir un nuevo establecimiento profesional, es decir, se requiere, para que nazca el derecho, que al tiempo de la disolución de la comunidad se venga dedicando efectivamente el local, cualquiera que sea la anterioridad, exclusiva o preferentemente al ejercicio de la profesión u oficio.

Este *dedicando «efectivamente»* a que hace referencia y que se explicita en el párrafo 7.º del artículo 832 del Código Civil francés viene a poner de manifiesto que resultan insuficientes para el nacimiento del derecho aquellas adquisiciones que se proyectan con tal finalidad para un futuro, aunque éste sea próximo. No es susceptible de atribución preferente el inmueble destinado a domicilio actual en el que no se ejerce la profesión, pero que se proyectaba destinar a tal fin cuando se concluyese la nueva vivienda familiar que se encuentra en fase de construcción o el local comprado para este fin, pero todavía no ocupado, u otras situaciones similares.

La situación protegida por la atribución preferente es de hecho y no de voluntad, aunque ésta sea compartida por ambos cónyuges; se requiere en todo caso que se esté ejerciendo efectivamente la profesión u oficio en el local atribuible en momento inmediato anterior al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales; y aún más, entiendo que se siga ejerciendo en ese preciso momento, pues la interrupción defini-

tiva en el ejercicio impide el nacimiento del derecho, que no está concebido como una expectativa de derecho materializable en el momento de la disolución, como ocurre con la viudedad foral aragonesa en el caso de muerte de uno de los cónyuges, sino que se trata de un derecho que nace coetáneamente con la disolución de la sociedad de gananciales, y se extingue una vez consentida o firme la partición.

b) LOCAL PROFESIONAL ARRENDADO

A pesar de la poca utilidad práctica que entre nosotros tiene hoy el plantearse si debe o no considerarse como atribuible preferentemente la titularidad del arrendamiento del local profesional, dado que al respecto, y aunque fuere arrendataria la sociedad de gananciales, la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos ya viene concediendo un derecho sucesorio en el mismo con igual o superior eficacia, entiendo conveniente, desde el punto de vista teórico, plantearse tal hipótesis de trabajo, pues aunque la política coyuntural a que obedece la LAU tiene visos de eternidad, no deja de ser precisamente coyuntural, y por tanto susceptible de que se disminuyan en un momento, dado los privilegios de que gozan no muy justificadamente los arrendatarios, de un lado, y de otro, permite en este análisis medir la amplitud con que se concibe este derecho de atribución preferente, es decir, circunscribir sus límites materiales. Amén de que puede tratarse de un arrendamiento de industria excluido del ámbito de la LAU por el artículo 3.º de la misma.

En el Derecho francés se explicita que el derecho de atribución preferente en materia de locales destinados al ejercicio profesional se extiende tanto a la propiedad como al arrendamiento, pero la jurisprudencia ha dejado bien sentado que no se extiende a ningún otro tipo de derecho que proporcione el legítimo uso del local, ni a las situaciones de hecho o posesorias a otros títulos distintos a los previstos en el artículo 832, 7.º, del Código Civil (76), lo que quiere decir tanto como que el derecho de atribución preferente, por su naturaleza, debe en este caso interpretarse restrictivamente.

Igual conclusión, entiendo, debe aceptarse para el 1.406, 3.º, del Código Civil; el que en él no se especifique el título al que se tiene el local profesional no quiere decir que la atribución se efectuará en favor del cónyuge usuario a cualquier título por el que se use, sino precisamente dando tan sólo cabida al derecho de propiedad. No obstante, siendo como soy consciente de la debilidad del argumento, no sería de extrañar

(76) S. Trib. Gran. Inst. Seine, 15 octubre 1962, D-S, 1963, 2, 161; S. cass. civ., 10 mayo 1966, D-S, 1966, 2, 467.

que la jurisprudencia en su día, alegando precisamente la indeterminación formal del precepto, se declarase en favor de este tipo de atribución cuando el derecho al uso del que es titular la sociedad conyugal no viniese condicionado en su duración y eficacia a la existencia y permanencia de la misma sociedad de gananciales, pues no hay inconveniente formal o material alguno para concluir que la interpretación restringida a lo que se refiere es a la creación de nuevos objetos de atribución, a extenderse a nuevos campos distintos a los previstos en la norma, pero no a que la norma desarrolle todas aquellas virtualidades que no han sido negadas en la misma.

No obstante, creo que el legislador español pensó en la atribución de la propiedad plena, teniendo precisamente *in mente* que la legislación arrendaticia española cubría con mayor amplitud que el derecho de atribución preferente que se creaba la finalidad de la continuación del ejercicio profesional.

c) INSTRUMENTOS Y OTROS BIENES DESTINADOS AL EJERCICIO
DE LA PROFESIÓN U OFICIO

El profesor Díez-PICAZO, en su comentario al artículo 1.406 del Código Civil, afirma que en «el caso del número tercero el Código es más parco, discriminando de algún modo las empresas y las profesiones y atribuyendo a éstas únicamente el espacio de su localización, sin mencionar los instrumentos y los útiles en el caso de que éstos sean gananciales y no privativos» (77). Entiende, pues, el eminente profesor que en la atribución del local destinado al ejercicio profesional no deben incluirse los instrumentos o muebles gananciales destinados al mismo fin.

No nos explica Díez-PICAZO los elementos jurídicos de que se ha servido en su análisis para llegar a una conclusión tan sumamente restrictiva, salvo la letra del propio artículo 1.406, 3.º, y el criterio hermenéutico ordinariamente restrictivo con que deben aplicarse aquellas normas que desequilibren una partición, favoreciendo a una de las partes, aunque este trato legal de favor no sea puramente económico o en valor al materializarse la partición, que en todo caso tiene el límite de «hasta donde su haber alcance». Por mi parte, no comparto tal conclusión, que, como se deduce de la letra, aunque sí creo que puede y debe afirmarse que el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil resulta en su redacción poco afortunado, raquítico sería más exacto, y discordante no sólo con su propia finalidad, sino también respecto del artículo 1.346, 8.º, del Código

(77) Díez-PICAZO, *op. y loc. cit.*, pág. 1802.

Civil, lo que induce a pensar que no debe estarse escuetamente a su letra.

Como apunté en el apartado dedicado a los objetos de uso personal, las discordancias, e incluso las incoherencias, que se producen en los artículos 1.346 y 1.347 respecto del artículo 1.406 se deben fundamentalmente a los cambios operados en los dos primeros a lo largo del proceso legislativo, sin que tales cambios se hayan visto reflejados, como era obligado, en el régimen específico de las atribuciones preferentes y, en general, en las normas dedicadas a la liquidación de la sociedad de gananciales. Sobre todo si tenemos en cuenta que, en nuestra reforma de 1981, el sistema de privatividad de los bienes de uso personal y de los profesionales ha ido sufriendo recortes progresivos, para bascular desde una posición muy próxima a la amplísima de la comunidad francesa de 1965 o de la propia del régimen legal aragonés hacia otra mucho más restrictiva inspirada en la reforma italiana de 1975.

Es así como el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil, que no ha sufrido modificación alguna desde su primera redacción, y que estaba y está concebido para una sociedad de gananciales en la que los instrumentos y los muebles adscritos al ejercicio de la profesión u oficio eran privativos, sin tan siquiera dar lugar a reembolso en favor de la comunidad si ésta los había costado, ahora, sin variación alguna en su expresión formal externa, tiene que ser aplicado con «la discriminación» a que se refiere Díez-PICAZO; más bien parece que debiera procederse a una integración del precepto conforme al nuevo espíritu que dio lugar a su inclusión en el régimen de la nueva sociedad de gananciales y en plena coordinación respecto del artículo 1.346, 8.º, del Código Civil, para admitir un derecho de atribución preferente respecto de los instrumentos profesionales y establecer, en su caso, su contenido y sus límites.

La extensión de la cualidad de preferentemente atribuibles a los instrumentos profesionales de titularidad ganancial no debería, en principio, plantear dificultad teórica alguna, una vez puesto de manifiesto el equívoco técnico-legislativo del que se deriva su no explicitación en el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil; pero no resulta ocioso intentar razonar tal extensión por la vía deductiva, partiendo de los postulados del propio articulado del Código, de su finalidad y del criterio económico que en él late.

El artículo 1.346, 8.º, del Código Civil, frente a la ganancialidad de los instrumentos profesionales como regla general, señala dos excepciones basadas en criterios muy distintos: el que sean «necesarios para el ejercicio», de una parte, y el que no tengan la cualidad de parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación de carácter

común, de otra. Es esta última la que nos interesa analizar aquí. Los instrumentos, en tal hipótesis, se encuentran incorporados al establecimiento o explotación, bien de tal forma que su separación daría lugar a la negación esencial del carácter mismo de establecimiento o explotación, por lo que se consideran *partes integrantes* del mismo, bien porque el bien mueble independiente —*pertenencia*— y, por tanto, separable, sin que ni éste ni el establecimiento o explotación pierdan su integridad, encuentra su máxima utilidad en el contexto de la finalidad económica que cumplen por destinación.

En esta situación de hecho la profesión se entiende ejercida a través del establecimiento u explotación, como una prestación de ésta, y el profesional, o mejor sus servicios, se incorporan al aspecto organizativo del ente, de tal forma que constituyen en lo económico una unidad. La declaración de privatividad que sería irracional para las partes integrantes, pues su separación daría lugar a la negación del concepto de establecimiento o explotación, resultaría antieconómica si se predicase de las pertenencias, por lo que todo ello se valora en su conjunto, evitando el empobrecimiento que su disgregación supondría para la masa ganancial o común, pero sin desconocer los intereses profesionales del cónyuge que presta sus servicios profesionales por medio de este ente organizativo, pues, como sabemos, puede serle atribuido preferentemente (artículo 1.406, 2.º, CC).

De igual forma, la idea de local profesional, pese a la pobreza de expresión del artículo 1.406, 3.º, del Código Civil, no hay razón para que quede constreñida a su acepción de un inmueble o parte de él «donde se viene ejerciendo», pues aunque en muchos casos esta limitada acepción agote completamente su contenido económicamente valorable, las más de las veces la idea de local va unida a la de las instalaciones que lo hacen idóneo o simplemente más agradable o atractivo, así como a las de clientela y otras afines, es decir, son posibles dos acepciones en abstracto: como mero espacio físico donde puede ejercerse una profesión y como complemento adecuado al ejercicio profesional. Si es esta última la que se valoraría en un traspaso o en caso de venta, es la que deberá por idéntica razón tomarse en cuenta para decidir cuál es el contenido de lo atribuible preferentemente al cónyuge profesional; bien es verdad que en todo caso deberá analizarse qué deba entenderse además y complementariamente por instrumentos necesarios.

Si, como parece razonable, la finalidad de la atribución del local profesional se corresponde con una materialización más, ahora en sede de gananciales, del derecho al trabajo, como derecho constitucional y derecho de la personalidad, evitando que con la disolución de la sociedad

conyugal el trabajo quede temporalmente interrumpido, se preste inadecuadamente o con mayor dificultad, o se desconecte al profesional de su habitual clientela, sería no sólo ilógico, sino carente de todo fundamento, el no admitir respecto del local atribuible los mismos efectos prácticos para con los instrumentos profesionales gananciales que sean calificables de partes integrantes o pertenencias del mismo. La discriminación entre objetos de atribución a que hace referencia Díez-PICAZO no puede admitirse por ser contraria, pues, al propio sistema medular de normas que rigen la sociedad de gananciales tomado en su conjunto, y por lesionar, sin proteger otro interés más digno de protección, los derechos del cónyuge profesional, significando también esta arbitraria restricción una pérdida económica para la masa común.

Parece evidente que, como mínimo, aquellos instrumentos profesionales gananciales —conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 1.346, 8.º, CC— que deban calificarse como parte integrante del local profesional, es decir, aquellos de cuya incorporación a un espacio físico depende la calificación del local como profesional, deben entenderse lógicamente incluidos en el derecho de atribución preferente, tanto por su inseparabilidad de la cosa objeto principal del derecho cuanto por el absurdo económico que supondría la postura contraria, pues ésta conduciría a un empobrecimiento injustificado del objeto atribuible y, por tanto, de la masa ganancial.

Por parecidas razones debe afirmarse lo mismo respecto de aquellos muebles o instrumentos profesionales también gananciales que deben ser calificados como pertenencias, como prevé expresamente el inciso último del artículo 1.446 del Código Civil belga. Pues si bien éstas son separables sin que ontológicamente se opere una transformación en la calificación y utilidad del inmueble al que están económicamente afectas, ni en ellas mismas, debe tenerse en cuenta si la utilidad profesional que tal destinación comporta es mayor o menor a la que supondría su atribución a la masa común, para decidir en consecuencia en favor de los intereses del consorcio, límite económico éste que entiendo no puede traspasarse en ningún caso. En este apartado de las pertenencias hay que incluir ordinariamente los muebles de amueblamiento y los muebles de ornato que guarnecen el establecimiento, para lo que no puede darse una regla fija y general, pero sí una pauta de criterio en el sentido de que la idea de pertenencia se ajuste a la vinculación económica en razón del servicio que preste al conjunto, o como dice CLAVERÍA, «que los bienes de que se trata concurren a satisfacer *directamente* las necesidades de la cosa

principal y no las del propietario», aquí traducido por el profesional que en el local ejerce (78).

Si entiendo de esta forma que el cónyuge titular del derecho de atribución preferente sobre el local profesional puede ejercer tal derecho sobre los también bienes gananciales que respondan a la clasificación de partes integrantes o pertenencias *strictu sensu*, entiendo igualmente que el otro cónyuge, en su propio interés, a través de la defensa de los intereses de la masa común, puede obligar al atribuyente a que el derecho se ejerza sobre todo el conjunto considerado «local profesional», pues la restricción no puede llegar a servir para todo lo contrario y dar al atributario la posibilidad de remodelar, modernizar o decorar el local, haciendo que los bienes muebles gananciales que quiera reponer se excluyan de la atribución y se carguen en la masa común y así aminorar el valor del local profesional sobre el que ejercita su derecho.

Pero con todo lo dicho no queda resuelto el problema de la atribución preferente sobre los instrumentos profesionales y muebles de amueblamiento destinados al ejercicio profesional, pues nos resta dilucidar cuándo éstos son gananciales, es decir, susceptibles potencialmente de esa atribución, lo que pasa por el examen y valoración de lo que deba entenderse como «instrumentos necesarios» en el contexto del artículo 1.346, 8.º, del Código Civil.

La expresión «instrumentos» del citado artículo requiere una previa aclaración, cual es la de que en ella deben entenderse comprendidos no sólo aquellos muebles específicos de la profesión de que se trate, es decir, los que responden plenamente a la primera acepción que al respecto da el Diccionario de la Real Academia: «Conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios», sino también en el más amplio de bienes muebles destinados al uso profesional, tal como prevé, a este mismo propósito, en el artículo 1.446 del Código Civil belga o en el párrafo séptimo del artículo 832 del Código Civil francés, sin que deba distinguirse, a los efectos de predicar su privatividad o su ganancialidad, esa *diferencial* especificidad, sino tan sólo su destinación. Bien es verdad que para los propiamente denominados instrumentos puede presuponerse su adquisición destinada, en tanto que para los segundos deberá, en caso de conflicto, probarse que se adquirieron para tan específico fin y que además pueden tener varios usos, por lo que de coincidir los usos profesional y común prevalecerá éste, conforme al espíritu mismo de la sociedad de gananciales.

(78) CLAVERÍA GONZÁLEZ: «Las pertenencias en Derecho privado español», página 9, en *Anuario Derecho Civil*, 1976, 1.

Con todo, el dato que verdaderamente marca la pauta divisoria aquí entre lo privativo y lo ganancial es el de que el instrumento sea o no necesario. La necesidad, como concepto jurídico indeterminado, resulta siempre un término difícil de cuantificar, mucho más cuando viene a calificar algo tan personalísimo como la profesión; cuando no se discrimina qué instrumentos deben ser proporcionados por la comunidad y a su costa como imprescindibles para la obtención de la primera fuente de ingresos para la masa común y cuáles otros deberían dar lugar a reembolso, y cuando la privatividad o la ganancialidad, es decir, su necesidad o su mera conveniencia, debe quedar fijada en el momento mismo de su adquisición y no al tiempo de la liquidación de la comunidad. Estas dificultades pueden servir para afirmar que la redacción del número 8.º y del inciso final del artículo 1.346 es no ya desafortunada, sino que está de espaldas a la realidad, pues para un profesional liberal, para un artesano, para un artista o para quien ejerce libremente un oficio la tendencia estará siempre dirigida a la adquisición del mejor instrumental y la mejor instalación que le sea posible.

Lo importante, cuando el problema se plantea en forma litigiosa, es llegar a saber si «necesario» en el contexto del artículo 1.346, 8.º, es o no sinónimo de *imprescindible*, es decir, de aquello sin lo cual es imposible de ordinario ejercer la profesión de que se trate, o, en otro supuesto analítico, si es o no antónimo de *superfluo*. Ambas acepciones, bien diferentes, por cierto, están constantemente presentes en el uso del término, tanto en el lenguaje puramente coloquial cuanto en el discurso técnico. En mi personal opinión creo que los Tribunales, llegado el caso de decidir sobre la privatividad o ganancialidad de un mueble de destino profesional, tendrán muy poco presentes las diversas acepciones posibles del término «necesario», ni siquiera forzando la significación cuando con él pueda entenderse como «*conveniente*»; más bien se inclinarán por investigar y valorar la prueba que se les proponga sobre si tal adquisición del instrumento o mueble guardaba o no relación directa con la finalidad puramente profesional y si el desembolso efectuado por la sociedad conyugal para su adquisición era o no proporcionado con el nivel de ejercicio profesional y con las posibilidades económicas de la pareja.

Este criterio interpretativo, aunque evidentemente fuerza la letra del precepto, tiene la ventaja de aportar un aceptable grado de coherencia a la norma, pues homogeneiza los criterios que sirven para determinar la privatividad de los instrumentos profesionales con el mismo criterio con el que se miden las adquisiciones de bienes privativos, *ratio* que ya apun-

tó LACRUZ para el proyecto del Gobierno (79), si bien en aquel texto, como sabemos, no se preveía reembolso alguno por parte del cónyuge atributario, lo que podría dar lugar a enriquecimientos injustificados en favor del cónyuge profesional.

Con un criterio poco comprensible, el Código concibe aquí la ganancialidad del instrumento o medio profesional como una especie de sanción cuando se rebasan ciertos límites de proporcionalidad, pero entiendo, en todo caso, que estos límites no pueden ser siempre estáticos, pues mediando el acuerdo de los cónyuges no podrían operar. Ellos son, en definitiva, quienes deben, en primer lugar, situar el verdadero grado de necesidad a la vista de las diferentes circunstancias que concurren en la adquisición, primando, claro está, las específicamente familiares sobre las profesionales. Por ejemplo, un modesto viajante de comercio puede ciertamente argumentar que la adquisición de un automóvil sólido, pero caro, abaratará a medio y a largo plazo sus costes de transporte, el gasto más importante en el ejercicio de su profesión; mas su cónyuge puede oponer razonablemente a tal adquisición proyectada las dificultades económicas inmediatas que provocará en la economía familiar su adquisición, y es esta última posición la que, a mi juicio, debería prosperar. No obstante, no es fácil alcanzar la razón del porqué, si éste se efectúa a pesar de todo, el bien así adquirido deba ser ganancial o privativo, ya que estas adquisiciones dan lugar, en todo caso, a reembolso.

El deficiente tratamiento que el Código da a los bienes de destino profesional, separándose de los modelos francés, belga o italiano, entiendo que no puede ni debe llevarse a sus últimas consecuencias, sino graduarse conforme a la naturaleza de las cosas.

En el Derecho francés y belga parece claro que la atribución preferente no alcanza a los instrumentos o útiles profesionales porque éstos, sin limitación económica, son privativos del cónyuge profesional, si bien sometidos a reembolso, y alcanza plenamente a los muebles que sin el carácter específico de instrumentos se encuentran destinados al uso profesional —mesas, sillas, cuadros, etc.—. Entre nosotros, aunque nada diga al respecto el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil, entiendo que son objeto de atribución preferente, en todo caso, los instrumentos profesionales que no sean originariamente privativos, pueda o no ejercerse tal derecho sobre el local profesional, y los muebles de amueblamiento en tanto sean estrictamente necesarios o en cuanto separados de su destino habitual desmerezcan de valor resultando innecesariamente gravosos para la masa común a la que se encuentran incorporados, si bien en estos

(79) LACRUZ y otros: *La reforma del Derecho de familia del Código Civil*, fascículo I, pág. 40, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979.

últimos casos sólo serán atribuibles preferentemente si lo es el local profesional, considerándose a tal efecto como pertenencias.

Estas conclusiones ampliativas de la letra de la norma no pueden entenderse como una corrección con cierto carácter privilegiado, sino como consecuencia natural de la misma, ya que su negación, como hemos visto, perjudica de ordinario a todos los intereses legítimos puestos en juego, lo que resulta gratuitamente negativo. Por ello, como ha puesto de manifiesto, en un contexto legal muy diferente, la mejor doctrina italiana —DE PAOLA, MACRI, SCHLESINGER, CORSI (80)—, los elementos ornamentales *especialmente* valiosos de un local profesional son, en todo caso, de titularidad común; creo que el argumento de la doctrina italiana es perfectamente válido para nuestro régimen de gananciales, toda vez que se trataría de aplicar, al que podríamos denominar, con cierta libertad de expresión, ajuar profesional, la regla que para el doméstico se contiene en el artículo 1.321, 2.º, del Código Civil, es decir, no podrían ser objeto del derecho de atribución preferente «los objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» que alhajan o adornan el local profesional objeto de tal derecho. Aquí entiendo deben considerarse incluidos también aquellos instrumentos profesionales cuyo valor no sea el de uso como tales, sino como elementos de adorno o colección, que serán también gananciales. Además, estos bienes no podrían tener la condición de pertenencias del local profesional, porque no hay una vinculación económica entre ellos y la cosa principal; el local profesional, parafraseando a CLAVERÍA, satisface al propietario y no a las necesidades del ejercicio profesional, por lo que su destinación no opera una vinculación o es jurídicamente irrelevante.

F. La vivienda

La determinación de cuál deba ser el objeto del derecho de atribución preferente en materia de vivienda —artículo 1.406, 4.º, del Código Civil— no debería, en principio, presentar dificultad alguna. Ahora bien, al referirse el precepto citado a «la vivienda donde tuviese —el cónyuge supérstite— la residencia habitual» pueden presentarse supuestos circunstanciados en los que haya duda racional, tanto en materia de atribubilidad preferente propiamente dicha cuanto en dilucidar cuál sea, de entre varias, la vivienda que reúne los requisitos objetivos de la norma.

Con el adjetivo «habitual» —que creo debía haberse evitado en la

(80) V. DE PAOLA y A. MACRI: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, páginas 128 y 129, Giuffrè, Milán, 1978; SCHLESINGER, *op. cit.*, pág. 399; F. CORSI, *op. cit.*, pág. 106 y nota 93.

norma para calificar a la vivienda, dadas las grandes posibilidades de equívoco a que suelen dar lugar las sinonimias que desde sus mismos crígenes latinos presentan en materia de vivienda los derivados de los verbos *habito* y *habeo*, respectivamente— entiendo que se pretendía poner de manifiesto la exclusión de aquellos usos que por ser limitados en el tiempo no debían dar lugar al nacimiento del derecho. Es decir, se quería excluir aquellas viviendas a las que les cuadrara el adjetivo «ocasional» o el de «temporal». Por lo que por «residencia habitual» —con el mismo sentido que su antecedente francés: artículo 832, párrafo quinto, que habla de «... *le local que le sert effectivement d'habitation*»— habrá de entenderse la casa-habitación en la que el cónyuge supérstite tenía y tiene fijado su domicilio permanente u ordinario, y éste será, en principio, el objeto estricto del derecho de atribución preferente, tal y como lo configura el artículo 1.406, 4.º, del Código Civil en materia de vivienda.

Ello presupone que, en el contexto de nuestra nueva ordenación de la sociedad de gananciales, el derecho de atribución no llega a nacer para aquellas viviendas que se conocen con la denominación usual de «segunda casa», aunque en ella conviva la familia una buena parte del tiempo, y mucho menos para aquellas otras que no tienen otra finalidad que el descanso de los fines de semana o la práctica de determinados deportes que requieren un espacio natural *ad hoc* —montaña o náutica—, en la misma línea argumental que la sostenida invariablemente por la jurisprudencia y doctrina francesas desde 1961 (81).

El sistema francés de atribución preferente en materia de vivienda, a diferencia del nuestro, no distingue, como sabemos, para el nacimiento del derecho entre la muerte y las otras causas de disolución de su comunidad legal, si bien esta atribución no es ningún caso de derecho, y a ello se debe el que la interpretación del artículo 832, 5.º, del Código Civil francés haya sido siempre restrictiva, mucho más cuando el adverbio *effectivement* la impone literalmente, es decir, la restricción viene impuesta por la letra y por el sentido finalista de la norma. Por ello, y según los términos de la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Nevers de 16 de abril de 1975, la condición legal de «que le sirva efectivamente de habitación» sólo puede ser cumplida por aquella vivienda de entre las varias que se tiene como residencia principal, y sólo para ésta se reconoce la facultad de pedir su atribución.

En su comentario a otra Sentencia del mismo Tribunal de Nevers, la de 15 de octubre de 1975, con idéntico fallo a la ya citada, PATARIN

(81) DAGOT: Nota a la S. Trib. Gran. Inst. Nevers, 16 abril 1975, en *JCP*, 1975, II, 18192.

hacía resaltar, no como crítica del fallo judicial en sí mismo, sino de la propia concepción de la norma, que «es preciso reconocer que el rigor de la condición de habitar efectivamente la vivienda el día de la demanda... se armoniza mal con el nuevo Derecho, que es tan favorable a las consideraciones sociales y humanitarias vigentes en materia de atribución del local de habitación» (82), y ello a pesar de las correcciones dulcificadoras de la regla introducidas por la jurisprudencia francesa en materia de tiempo de uso de la vivienda en relación con las diferentes situaciones de hecho que con singular frecuencia se vienen dando en los casos de separación y divorcio, pues aquí se retrotrae el citado uso al tiempo anterior al momento del desalojo de uno de los cónyuges de la vivienda, sin tener en cuenta el momento de la presentación de la demanda.

Mas los argumentos discordantes no han podido alterar la aplicación restrictiva por los órganos jurisdiccionales, por venir ésta impuesta, como hemos dicho, por los propios términos del artículo 832, 5.º, del Código Civil francés. Y ello es enteramente lógico, puesto que el texto está pensado y situado en sede de sucesiones, lo que quiere decir que su aplicación debe ser conforme al sistema mucho más abierto que rige en sede de Derecho de familia, en el que el interés familiar sirve al Juez para moderar el rigor que puede seguirse de la literalidad de una norma.

En la partición de los gananciales, bajo todo un entramado de intereses económicos antagónicos, latén situaciones personales y familiares que pueden y deben dar lugar a una atenuación del rigor que debe presidir lo puramente económico, porque, como gusta decir el profesor LACRUZ, en materia de familia «hay unos que son más iguales que otros».

Es más que probable que los problemas que la jurisprudencia francesa ha dejado necesariamente irresueltos por la necesaria interpretación restrictiva de la norma, estuvieran muy presentes en el ánimo y la mente de los legisladores belgas de la reforma de 1875 para tratar de evitarlos. Para ello, en el artículo 1.446 de su Código Civil, declararon de derecho la atribución de la vivienda en el caso de disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, y reconocieron en favor del supérstite un derecho adicional de opción sobre *uno de los inmuebles que sirven de alojamiento a la familia*. Este distanciamiento del modelo francés para encarar directamente los problemas supone que la distinción entre derecho y facultad se articula, además de sobre el objeto, sobre la causa de la disolución de la comunidad, lo que conduce a evitar litigios que más que con las cosas atribuibles tienen que ver con el ambiente conflictivo de carácter personal propio de la separación y el divorcio.

(82) JCP, 1976, II, 18428.

El reconocimiento de la opción adicional, a que hemos hecho referencia, permite, en claro contraste con el Derecho francés, que se orienta tan sólo a propiciar la estabilidad del ocupante de la vivienda, tanto en sucesiones como en la liquidación de la comunidad, que el cónyuge viudo pueda, sin mengua de la estabilidad, reorganizar su vida futura conforme a las perspectivas económicas, laborales y familiares que se derivan directamente del estado de viudez. Podrá, por tanto, optar por la vivienda más reducida si ha quedado solo, por la situada más cerca de su trabajo o en donde el clima es más favorable a su salud, por la que vienen ocupando los hijos cursando estudios o trabajando en otra localidad, etc., sin que la presencia de tal opción ampliativa de un derecho de por sí privilegiado tenga por qué dañar los intereses y aspiraciones de los herederos del cónyuge premuerto en mayor grado en que lo puede hacer el propio derecho de atribución preferente; muy al contrario, entiendo que con ello puede favorecerse la armonización de los intereses encontrados en juego.

El texto de nuestro artículo 1.406, 4.º, entiendo que no propicia una interpretación que pueda en cierta forma acercarlo a la solución amplia del artículo 1.446 del Código Civil belga, lo que resultaría, en mi personal opinión, muy conveniente y poco perturbador, teniendo en cuenta que entre nosotros el derecho de atribución preferente en materia de vivienda sólo se reconoce para el caso de disolución de la comunidad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, aspecto éste inspirado en la norma belga, y es a todas luces evidente que la viudez condiciona de forma muy específica la continuidad de la vida familiar, bien sea por la soledad que de ordinario acarrea, bien por el mayor peso que adquieren las cargas familiares para el sobreviviente.

Tampoco parece que deba deducirse para el artículo 1.406, 4.º, del Código Civil, por su similitud en la condición con el artículo 832, 5.º, del Código Civil francés, un significado y valor práctico equivalente al que para este último han venido acordándole la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria francesas, pues debe tenerse en cuenta que en nuestra regulación positiva no se dan ni la acumulación de previsiones de aplicación que confluyen sobre el precepto francés, ni contamos, afortunadamente, con la presencia de adverbio alguno que, como el *effectivement* del artículo 832, 5.º, del Código Civil francés, refuerce considerablemente la acción del verbo definidor del precepto.

Una interpretación del artículo 1.406, 4.º, destinada a delimitar cuál sea el objeto del derecho de atribución preferente que en él se reconoce, no puede, en mi personal opinión, fundamentarse exclusivamente sobre la literalidad escueta del texto; más bien debe enmarcarse en el contexto

social que lo dota de fundamento, y habrá de tener en cuenta, además, que, pese a que el derecho de atribución ha sido concebido para proteger intereses individuales de uno de los cónyuges, aquí el supérstite, la atribución no es una pura operación patrimonial aislada, sino que es también un negocio jurídico familiar.

Para el sobreviviente, el derecho de atribución que se le otorga sobre la vivienda no está en absoluto desligado de sus deberes familiares y de sus funciones como *pater familiae*, si tiene hijos menores a su cuidado. El que la norma aquí no preste atención a estas situaciones, en la misma medida en que se diseña la atribución del uso de la vivienda en los casos de separación y divorcio, no quiere decir, en modo alguno, que tales intereses no se encuentren presentes y con igual protección cuando tales circunstancias concurren. Aunque es evidente que la hipótesis tomada en consideración por el legislador es la protección de la intimidad a través de mantener al sobreviviente en la vivienda familiar frente a los herederos del otro cónyuge, sean éstos o no hijos o parientes sólo de éste, o hijos o descendientes comunes de ambos, no quiere decir ello que tal derecho, en su aspecto puramente objetivo, no pueda sufrir una modificación ampliativa cuando el interés protegido deba ser necesariamente más amplio.

La referencia del artículo 1.406, 4.º, a *la residencia habitual* parece que reduce el derecho de atribución preferente a aquella vivienda familiar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil y por empleo de los mismos términos de residencia habitual, da lugar a la determinación jurídica de domicilio, pero no hay que entender que esta determinación agote las posibilidades de configuración del objeto de este derecho; cabría pensar más bien que la referencia debe entenderse de forma congruente con lo que en el artículo 1.320 del Código Civil, para el régimen denominado *primario*, se denomina «vivienda habitual», y como ha puesto de manifiesto LACRUZ: «No cabe excluir, en algunos casos, la existencia de varias viviendas *habituales*, como si los padres viven en la población donde el marido ejerce su función, profesión o comercio, y algunos hijos ocupan un piso en la ciudad donde cursan sus estudios» (82). Es sobre esta posible gama de viviendas habituales sobre las que podrá ejercerse el derecho de atribución preferente.

Con todo, la ampliación objetiva del marco material de ejercicio del derecho de atribución preferente no puede entenderse que queda a la disposición plena del atributario cuando existen en la masa común varias viviendas, como ocurre en el Derecho belga. Tan sólo quiero señalar que el artículo 1.406, 4.º, del Código Civil no contiene una determinación

(82) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, IV, pág. 300.

única o invariable del objeto atribuible, fuera del cual no ha lugar al ejercicio del derecho de atribución preferente en materia de vivienda. En la inmensa mayoría de los casos, además, será así, pues sólo podrá predetrarse aquella vivienda en la que habitaban los cónyuges; pero ello no quiere decir que sólo ésta sea susceptible de hacer nacer el derecho, pues éste puede recaer también sobre aquella otra que reúna los requisitos esenciales para ser vivienda familiar y sirva a la finalidad propia de la norma, valorada más por significación familiar que por su evidente e innegable contenido personalista, cuando estos dos elementos coincidan sobre otra vivienda-habitación distinta de la que podríamos denominar domicilio conyugal común. No hay para mí duda de que el derecho de atribución preferente puede recaer sobre cualquiera de ambas, según manifieste su voluntad el atributario. Pero en ningún caso sobre ambas, no sólo porque la configuración privilegiada de la norma requiere una interpretación restrictiva, sino porque la atribución preferente, desequilibradora, en principio, de la igualdad en especie y naturaleza de los lotes particionales, tan sólo fuerza tal desequilibrio cuando la protección de la finalidad misma del derecho lo requiere y no en los demás posibles supuestos, en los que la igualdad debe ser naturalmente, si se puede, restablecida. Pues el derecho a la desigualación no puede entenderse como derecho a la desigualdad.

Resulta evidente, con todo, que la reforma del Derecho de familia de 1981 en materia de vivienda familiar es casuística en exceso, lo que favorece la existencia de importantísimas lagunas en la materia —verbi-gracia, destino de la misma en los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial, previstos en el artículo 1.393 del Código Civil— o de indeterminaciones, por lo que el arbitrio judicial en esta capital materia deberá ejercerse con profusión, e igualmente evidencia la necesidad de un tratamiento lo más abierto posible, pues la letra de la ley frustrará muchas veces la finalidad precisamente pretendida.

IV. LA PETICION DE ATRIBUCION PREFERENTE: FORMA Y TIEMPO

A. Aspectos generales

La atribución preferente, al no poderse calificar como un mecanismo ordinario de la partición, debe ser considerada más bien como un modo específico de partir, o si se quiere, como apuntan la doctrina y la jurisprudencia francesas, como una forma específica de partición (86). Por

(84) AUBRY y RAU, por PONSARD, t. X, párrafos 624 y 624 bis.

ello, y para que despliegue sus peculiares efectos, requiere de la manifestación expresa del peticionario que pretenda ser atributario preferente frente a los restantes coparticionarios, lo que supone que la referida petición en tal sentido debe ser formulada en tiempo y forma idóneos para alcanzar su fin.

El silencio de la norma en la materia y la falta de experiencia judicial, y probablemente notarial, hacen que, una vez más, nos movamos en el terreno de la inducción de los requisitos y en el de la deducción de consecuencias, sin posibilidad de contrastar los resultados de nuestra personal indagación. Para llenar este vacío tampoco podemos servirnos adecuadamente de la experiencia francesa acumulada desde 1938, pues ésta va inseparablemente unida al tratamiento de un fenómeno para ellos típicamente sucesorio y tan sólo en fechas recientes trasvasado plenamente sobre la comunidad matrimonial legal (1961 y 1965), pero sin consistencia propia, es decir, por remisión a la normativa sucesoria. En tanto que entre nosotros, la institución de la atribución preferente es exclusiva de la partición del consorcio conyugal, sin correspondencia ni entronque directo con las normas propias de la partición hereditaria; más bien formulada como una excepción o derogación del principio de doble igualdad: cuantitativa y cualitativa, del artículo 1.061, y sin encuadre idóneo, salvo para los supuestos excepcionales del artículo 1.407 del Código Civil, con la regla excepcional del artículo 1.062, 1.º, del Código Civil.

Además, si tenemos en cuenta que la atribución preferente es mucho más un modo de confeccionar los lotes que una forma específica de partición, nos tendremos que rendir a la evidencia de que ante el silencio en materia procedimental de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, silencio absolutamente lógico para un cuerpo de legislación material, y la inadecuación para la atribución preferente del denominado «Juicio de testamentaria», los requisitos adjetivos de esta petición deberán ser llenados por las conclusiones a las que en su día llegue la doctrina científica y, sobre todo, la práctica notarial. De todos modos, creo que debe hacerse la advertencia de que este vacío difícil de colmar que muestra nuestro ordenamiento en este punto es preocupante, sobre todo unido a la falta de especificación formal de qué atribuciones deben entenderse como de derecho y al patente arcaísmo de las normas liquidatorias de la sociedad conyugal, pues avocan fácilmente a un juicio declarativo que rara vez será de menor cuantía por lo que la atribución preferente, cuando se solicite en una disolución conflictiva —lo que ocurrirá con frecuencia—, dará lugar a un procedimiento costoso y lento, y lo que es peor, inadecuado.

cuado para la naturaleza y entidad del problema, lo que puede ser fácilmente calificado de imprevisión legislativa.

Volviendo al núcleo de la cuestión que nos ocupa, debemos poner de manifiesto que si bien los problemas de forma y tiempo, en sí mismos, tienen una importancia claramente secundaria y adjetiva, su posición respecto del núcleo de problemas más conflictivos de la disciplina de las atribuciones preferentes —el de su relevancia o irrelevancia en las operaciones liquidatorias del consorcio— adquiere una singular trascendencia, al menos, tal y como entendemos el respeto que los restantes coparticionarios deben a la posición del titular del derecho de atribución preferente, a los efectos de no frustrarlo antes que se abra formalmente la fase de partición propiamente dicha.

Es en este contexto del *iter* liquidatorio-particional donde el análisis de la forma y del tiempo de la solicitud tiene, a mi modo de ver, una importancia intrínseca que trasciende su contenido meramente adjetivo y procedimental, que merece ser examinado.

B. La forma

Es opinión común que la solicitud de atribución no está sujeta a forma especial, haciendo con ello la doctrina eco del silencio que al respecto guardan todos los ordenamientos que acogen tal institución. LACRUZ dice al respecto que la atribución «se actúa mediante una declaración unilateral, recepticia, irrevocable, dirigida a la otra parte» (85), posición que comparto siempre que, como trataré más adelante, tal declaración se produzca por un cónyuge frente al otro o los herederos de éste y al tiempo de abrirse la fase de división propiamente dicha, admitiendo variantes en los demás casos.

De todos modos, dado que la atribución preferente viene siendo considerada como una excepción a la forma ordinaria de partir, prevista en el artículo 1.061 del Código Civil, el coparticionario que la haga valer deberá pedirla expresamente y como tal será siempre, cualquiera que sea el peticionario, cónyuge o heredero, una declaración receptiva dirigida a los restantes coparticionarios.

Como entiendo que varios de los herederos podrían ser atributarios conjuntamente, esta petición puede ser singular o plural, aunque siempre unilateral, pues, en principio, no se trata más que de poner en marcha un mecanismo de actuación de un derecho que por su esencia sólo puede ser titular uno de los coparticionarios, no cabe que sean atributarios va-

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

rios sobre una misma cosa atribuible y a diferente título, es decir, no pueden pedir conjuntamente una atribución sobre una misma cosa el cónyuge supérstite y uno de los herederos del otro, por ser ello contrario a la regla de dividir por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, conforme dispone el artículo 1.404 del Código Civil, y es de regla en el régimen de sociedad de gananciales (art. 1.344 del Código Civil). Los herederos, aislada o conjuntamente, son coparticionarios, en tanto que llamados a la partición en representación del cónyuge premuerto, y sólo pueden actuar por la mitad que le correspondería al cónyuge que representan. El ejercicio de su derecho, de reconocérsele éste, lo que propugno, pese a la letra de los preceptos que nos ocupan, tiene que quedar constreñido a la mitad que les corresponda; lo contrario estaría en contradicción con la significación misma de la partición en sede de gananciales, pues la posibilidad de abono del saldo de diferencia a metálico parece que hay que entenderla limitada al cónyuge atributario y no a los herederos.

Nada impide que la solicitud sea verbal, pero dado que se trata de una declaración unilateral recepticia parece que lo más prudente será su formulación por escrito y empleando los medios necesarios habituales para que quede constancia de su recepción por los copartícipes, de forma tal que pueda constar en el documento público en el que usualmente se efectúa la partición, aunque ésta, como la hereditaria, puede ser verbal o contar en documento privado solamente.

No obstante, dado que las atribuciones preferentes más problemáticas se darán en las disoluciones debidas a separación o divorcio o en aquellas en que el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto tienen conflictos de intereses o de otro tipo, no sólo resulta conveniente la forma escrita, sino que, además, se debe hacer constar con detalle y en especial: los bienes gananciales sobre los que se intenta hacer valer e incluso el orden de preferencia en que éstos se pretenden, si son varios, y, en su caso, pudieren llegar a sobrepasar el haber neto que corresponde al atributario solicitante; asimismo, parece oportuno que se haga constar en la solicitud de atribución, al menos, un principio de prueba referente a que se da en el peticionario de la atribución el nexo de afección requerido para la atribución de cada uno de los tipos de bienes gananciales que se prevén como atribuibles, sobre todo cuando se trate de aquellos a los que se refieren los apartados 2.º y 3.º del artículo 1.406 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que siempre compete al atributario la prueba de la existencia y consistencia del nexo de afección, a que venimos haciendo alusión repetidamente, y a través del cual entendemos se justifica en última instancia la atribución preferente.

No debería requerirse esta prueba, por el contrario, en el supuesto específico contemplado en el artículo 1.406, 1.º, del Código Civil, pues cuando se trate de bienes de uso personal que los coparticionarios entienden son de extraordinario valor, la prueba de tal extremo deberá recaer sobre quienes afirmen tal extremo, y en su consecuencia, nieguen la pertenencia privativa al cónyuge que venga siendo usuario de los mismos, pues éstos, en tanto no se pruebe lo contrario, deben presumirse privativos por principio, conforme a lo dispuesto en los apartados 7.º y 8.º del artículo 1.346. Por lo que tan sólo será oportuna y prudente la petición de atribución por parte del cónyuge usuario cuando la otra parte pruebe cumplidamente o cuando el potencial atributario acepte la naturaleza ganancial de los mismos.

En los casos en que la atribución preferente sea solicitada por el cónyuge supérstite y éste concurra a las operaciones liquidatorio-particionales con los herederos del otro cónyuge, siendo éstos menores o incapaces y correspondiendo al cónyuge atributario la patria potestad de los mismos, la solicitud de atribución entiendo deberá constar necesariamente por escrito, pues dado el carácter normalmente desigualatorio que la atribución preferente presenta y la consecuente excepcionalidad respecto del principio de absoluta igualdad, que encarna el artículo 1.061 del Código Civil, debe entenderse cautelarmente que nos encontramos ante uno de los posibles conflictos de intereses a que se refiere el artículo 1.057 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, deberían observarse las garantías formales y materiales que en el mismo se prevén, nombrándose el curador especial *ad hoc* y con intervención del Ministerio Fiscal.

En mi opinión, este formalismo debería observarse, como mínimo, en todos aquellos supuestos en que la conclusión de la sociedad de gananciales obedece a separación o divorcio y cuando sea judicialmente decretada por cualquiera de las causas previstas en el artículo 1.393 del Código Civil, pero ante el silencio de la norma entiendo que tal formalidad deberá quedar limitada a cuando la separación se deba a perturbación mental del otro cónyuge (art. 82, 4.ª, del Código Civil) y a todos los supuestos previstos en el citado artículo 1.393 del Código Civil. Parece que ésta es una exigencia mínima de garantía jurídica, pues lo que entiendo debería ser realmente procedente sería la judicialización de la atribución preferente para todos los supuestos, declarándose a tal efecto por la norma como *facultativa*, siguiendo con ello el ejemplo francés de la Ley de 19 de diciembre de 1961 y lo dispuesto en el artículo 1.476, 2.º, de su Código Civil, reformado en 1965, y en el artículo 1.447 del Código Civil belga, pues así lo venían aconsejando las experiencias que nos ofrecían

estos dos ordenamientos, tanto en materia de separación y divorcio, cuanto por lo que se refiere específicamente a la regulación y tratamiento de las atribuciones preferentes.

C. Tiempo oportuno para formular la solicitud

Parece lógico que el potencial atributario puede solicitar se le incluya preferentemente en su haber un bien ganancial, reuniendo los requisitos subjetivos y objetivos exigibles según el tipo de bien de que se trate, en cualquier tiempo anterior al de la conformación de lotes particionales propiamente dichos; es decir, se deberá considerar que la petición se ha formulado en tiempo oportuno: uno, en momento coetáneo al de la petición que ponga fin a la situación de indivisión que se sigue a la conclusión de la sociedad de gananciales; dos, inmediatamente después de formado inventario y antes de proceder a la configuración del plan liquidatorio, y tres, y por último, al tiempo de confeccionar los correspondientes lotes o hijuelas.

Entiendo que también, y de forma extraordinaria, después de estos momentos puede efectuarse la petición de atribución preferente, si bien en vía judicial, cuando el atributario no ha sido citado o tenido en cuenta en las operaciones liquidatorias correspondientes o en la formación de lotes, e incluso cuando un coparticionario impugna las operaciones liquidatorio-particionales; es decir, creo que puede entenderse procedente la petición en la demanda por la que se promueve el inicio del procedimiento denominado «juicio de testamentaria», aplicable a la partición del consorcio conyugal o en reconvencción ante la demanda formulada por la otra parte (86). Ahora bien, si la controversia entre las partes versa sobre los pretendidos derechos de atribución preferente que se niegan por algún coparticionario, el reconocimiento judicial de los mismos no puede obtenerse por medio de este procedimiento especial, sino que debe promoverse el juicio declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía, pues no se trataría aquí de una disparidad de criterio sobre la partición propiamente dicha, sino sobre la posición que ostenta el atributario en la misma, lo que vendría a ser equivalente, en cierto modo, a la discusión sobre el derecho a la herencia que la constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido excluyendo del ámbito propio del «juicio de testamentaria». De cualquier forma, la petición debe constar como anterior a la configuración de los lotes en vía judicial, si bien hay que dejar constancia aquí de la insuficiencia procesal por exceso en un

(86) En términos similares se ha pronunciado la Corte de casación francesa en Sentencia de 5 de julio de 1967, *Dalloz*, 1968, 638, y comentario de R. SAVATIER, favorable a tal tesis, en *RTDC*, 1968, 176.

caso, o por defecto en otro, que se constata en materia de partición del consorcio conyugal.

El tiempo en que se formule la petición «ordinaria», no judicial, de atribución preferente da lugar a diferentes consecuencias de orden jurídico, tanto en la «defensa» por el atributario de su propio derecho, cuanto en la respuesta de la otra parte en el ejercicio de sus derechos y prerrogativas respecto de la liquidación a acreedores terceros respecto del consorcio y en el abono de reintegros y reembolsos, por lo que parece resulta conveniente estudiar, bien sea que someramente, los efectos que deben seguirse de la petición según el momento del procedimiento en que ésta se formule.

a) PETICIÓN ANTERIOR O COETÁNEA A LA FORMACIÓN DEL PLAN

El que pueda producirse idóneamente la petición de atribución preferente al tiempo de solicitar, a su vez, la división del consorcio conyugal, no quiere ello decir que éste sea el momento procedimental más adecuado ni, como ya sabemos, el único posible.

La petición al tiempo del inventario y avalúo sólo acarrea inconvenientes para el atributario, pues, de un lado, incitará a la otra parte, y en su exclusivo beneficio, a forzar la valoración al alza de aquellos bienes respecto de los cuales se manifiesta el propósito de detraer preferentemente, intentando sobrecargar al valor real del bien, único que debe ser de cargo del atributario, el innegable valor que aporta al atributario la utilidad propia de la atribución y en la que consiste la verdadera *ventaja* que supone el reconocimiento de tal derecho; de otro lado, el atributario, sin una constancia fiel y real (su conocimiento sólo puede ser aproximado) de los valores y del estado de la masa consorcial, formularía la petición sin la suficiente maduración de su propósito, que sólo se alcanzaría, en principio, al cierre de la fase de inventario y avalúo de conformidad por ambas partes.

Como consecuencia de lo anterior podemos afirmar que el momento de petición de división y liquidación del consorcio no sólo no es el tiempo más adecuado, por sus aspectos puramente prácticos, para manifestar el propósito de solicitar la atribución preferente, sino que no puede entenderse, por la otra parte, que sea entonces cuando deba manifestarse la intención del potencial atributario. No hay necesidad alguna de conocer tal intención en la fase de inventario y avalúo, ya que de lo que se trata en ese momento es de fijar el activo y el pasivo del consorcio con la mayor neutralidad posible, y para ello es evidente que no es preciso tener noticia anticipada de la intención de ejercitar, para en su mo-

mento, el derecho de atribución preferente sobre determinados gananciales.

De suyo y para la mayor parte de los casos, ya sean pacíficos y amistosos, ya conflictivos e incluso predestinados al pleito, la intención, o más bien el propósito de ejercitar tal derecho, será normalmente conocido por la otra parte, y ello da lugar a dificultades internas típicas del instituto que deberían haberse obviado por el legislador, o más bien, paliado, por la vía de otorgar un mayor protagonismo al Juez en aquellas particiones que presentan, por las circunstancias que las rodean, perfiles claramente conflictivos y a los que el Derecho comparado somete la propia posibilidad de ejercer la atribución al análisis y decisión del Juez competente, el cual deberá resolver y pronunciarse sobre la adecuación entre el interés particular, que el pretendido atributario intenta satisfacer por el mecanismo particional de la atribución preferente, y el más amplio y general interés de la familia en su conjunto. Es evidente que el protagonismo judicial, en un tiempo en que en la sociedad conviven o mal conviven diferentes y opuestas concepciones sobre qué deba entenderse por «familia», puede resultar perturbador para los propósitos de los propios particionarios, pero no lo es menos que el conflicto de intereses que puede plantearse con la atribución preferente, singularmente en los casos de separación y divorcio, no debería quedar en manos de los coparticionarios desde el inicio mismo, pues puede frustrarse la posibilidad de atribución en cualquier momento del *iter* liquidatorio-particional sin que alcance a resolverlo la intervención judicial *a posteriori*.

La fase del *iter* liquidatorio-particional que se muestra más adecuada para que en ella se produzca la manifestación de voluntad de solicitar la atribución preferente sobre concretos bienes gananciales, se sitúa inmediatamente después de tener todas las partes implicadas conocimiento de los datos que revela el inventario y antes de proceder los particionarios o los partidores a la confección del plan liquidatorio del consorcio. La concurrencia de ambos conocimientos permitirá, en palabras de LACRUZ, «planear la extinción de las relaciones y deudas, la indemnización por bienes perdidos o deteriorados y la distribución de las ganancias reales, proyectando las predetracciones y atribuciones preferentes» (87).

Las ventajas que se pueden apreciar para la solicitud efectuada en este momento no se constriñen al elemento de puro orden procedimental: la importantísima en la práctica de facilitar la ordenada marcha del conjunto del proceso particional, a que hace referencia mi maestro, sino también a las más trascendentes, si cabe, que se derivan directamente de la elección de este tiempo precisamente y del que se deducen para el

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

potencial atributario evidentes ventajas de puro orden jurídico que pueden llevar a garantizar la efectividad final de la atribución, que, de otra manera, podrían frustrarse al llevar a la práctica las ineludibles operaciones liquidatorias del consorcio.

Llegado el momento del pago de las deudas del consorcio, si los coparticionarios no tienen noticias de la pretensión de ejercicio del derecho de atribución preferente, por manifestación expresa del propio atributario, nada les impide desconocer de plano tal situación personal de la otra parte, que no es, en teoría, sino una posibilidad hipotética, pues el derecho a la procedencia no puede presumirse y debe ser siempre hecho valer por quien lo pretende. Ahora bien, el silencio en este momento del *iter* liquidatorio-particional no puede ser valorado como una renuncia al derecho, pues podrá ser notificado y ejercido después, al tiempo de la partición, naturalmente si para entonces quedan en el haber neto de la sociedad bienes atribuibles.

Correlativamente con lo anterior, no podrá argüir el atributario sin la correspondiente notificación que el coparticionario o coparticionarios tenían conocimiento de su interés en la atribución porque se podía deducir tal posición de su conducta, pues en esta materia se requiere una declaración recepticia, y ésta no puede ser suplida por actos indiciarios o por conductas que la hagan presumir, pues éstas no tienen, en ningún caso, el valor técnico de una declaración formal comunicada a la otra parte. Las pretensiones excepcionales se hacen valer o no, pero quien tiene la carga de soportarlas no tiene que deducirlas de la conducta de su posible titular.

Así, pues, el particionario no atributario, sin el conocimiento que se produce por la manifestación de la intención expresamente comunicada, no estará obligado a respetar, en cuanto sea posible —como dice el artículo 56 de la Compilación aragonesa—, los bienes sobre los que objetivamente la otra parte podría, llegado el caso, ejercer el derecho de atribución previsto por la ley, ni podrá el atributario alegar mala fe si se fuerza la liquidación de las empresas o establecimientos gananciales, ni abuso de derecho en la puesta en licitación de bienes para la obtención del numerario necesario para pagar, o simplemente haciendo valer la disconformidad en el precio de valoración que arroja el inventario y a falta de otro acuerdo; el ejercicio de todas y cada una de las facultades que se derivan de los artículos 1.400 y 1.403 del Código Civil por el no atributario carecerán así de trascendencia respecto de una atribución que en este momento del procedimiento liquidatorio, y a falta de notificación, no pasa de ser una posibilidad legal que se ofrece, ni tan siquiera

una expectativa de derecho, y en modo alguno, un derecho cuya presencia se manifiesta y se hace valer *per se*.

La manifestación de la intención de solicitar la atribución al tiempo de la formación del plan liquidatorio es necesaria para que la protección de tal derecho, al menos como expectativa, tenga alguna eficacia defensiva en la fase inmediata de liquidación, pues sin ella sólo puede ser considerada como una posibilidad legal, y como tal, ignorada olímpicamente por la otra parte. Es evidente que la cuestión se ha planteado mal por parte de nuestros legisladores y deberá ser rectificada en un inmediato futuro si se desea realmente que la atribución preferente llegue a ser algo más que una simple recomendación legal sujeta, en cuanto a su efectividad, a la buena voluntad de la parte no atributaria cuando el consorcio tenga deudas y falta de la suficiente liquidez, o un derecho eficaz, pero tan sólo para los patrimonios considerablemente saneados, lo que viene a desmentir, en parte, la función social que de ordinario se predica para la atribución preferente.

Bajo esta perspectiva, tan tímidamente favorable a la protección de la atribución preferente, parece que para alcanzar este limitado respeto resulta indiferente, en la fase de liquidación, que la comunicación contenga una mera manifestación de intención de pedir la atribución a la apertura de la fase de partición propiamente dicha o se materialice ya formalmente como solicitud de atribución. Pues de la segunda posición no se deriva una mejor y más amplia protección que poniendo en práctica la primera, excepción hecha de aquellas atribuciones en las que, en virtud del derecho explicitado en el artículo 1.407, se posibilita el abono en metálico del saldo de diferencia por parte del atributario, que, a mi juicio, es posible adelantar en base de liquidación, sin necesidad de tener que esperar a la propia partición, como parece sugiere la letra del precepto.

En este momento del *iter* liquidatorio-particional del consorcio, la más eficiente protección de la atribución de la vivienda habitual para el cónyuge superviviente o del inmueble en que se viene ejerciendo la profesión, no se deriva de la configuración de estas atribuciones en la norma como auténticos derechos subjetivos, y en los demás casos y supuestos, como mera facultad, como parecería lógico, ni del derecho de opción que se crea para estas mismas atribuciones en el artículo 1.407 del Código Civil, sino de la diferenciación arbitraria y discriminadora, a mi personal juicio, de que en éstas se permite abonar en dinero el exceso del valor sobre el haber neto que le corresponda al atributario, lo que se niega en los demás casos. Por lo que en esta fase es conveniente, pero no

necesario, explicitar a cuál de las dos opciones previstas en el artículo 1.407 del Código Civil se acoge el atributario.

Dada la tan sólo relativa protección que se ofrece a la atribución y la consiguiente incertidumbre que supone para el atributario la liquidación del consorcio, entiendo que no tiene razón de ser el exigir que quede obligado a comprometerse en la materialización de la atribución en este tiempo anticipado, por lo que parece será suficiente con la manifestación de intención de atribuirse el bien de que se trate, pero sin obligarse a ello de forma irrevocable.

Ahora bien, esta posición, que parece razonable para el atributario sumido en la incertidumbre de si el bien quedará o no en la masa dividenda neta, puede no serlo en absoluto para la otra parte cuando ésta obre de buena fe y, consecuentemente, coopere a la preservación dentro del consorcio del bien atribuible, poniendo sus esperanzas, a su vez, en obtener ella otro bien equivalente, con lo que al no ejercer el hipotético atributario su derecho —no se había obligado a ello—, frustra las expectativas del coparticionario.

Aquí de nuevo nos encontramos ante el supuesto en el que hay que dilucidar si hay mala fe, ahora en la persona del atributario, o si, por el contrario, estamos ante un caso normal de aplicación de la tradicional máxima *qui iure suo utitur, nemine laedit*. La respuesta no puede ser, en modo alguno, tajante y clara.

El no ejercicio de la atribución en el momento de la partición por parte de quien hizo manifestación de mera intención de solicitar en su momento la atribución, no supone un caso de *venire contra factum proprium*, pues, siguiendo aquí el pensamiento de Díez-Picazo (88), el atributario potencial efectuó, en su momento, una manifestación relevante, pero no eficaz ni vinculante, por lo que, en principio, en su definitiva no solicitud del ejercicio, no se da la incoherencia en el ejercicio del derecho que la otra parte podría hacer valer como base de la defraudación de su confianza, ya que, en todo caso, la ha puesto en una manifestación que en nada definitivo se obligaba el manifestante. Cuestión distinta es que de los actos del atributario coetáneos y posteriores a la manifestación deba deducirse otra cosa, pues dan este caso a la notificación receptiva, si bien sólo de intención han seguido actuaciones conducentes a posibilitar el ejercicio del derecho en tiempo oportuno, por lo que los Tribunales podrían apreciar que el atributario renunciante obró

(88) Díez-Picazo: «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», en *Información Jurídica*, 1974, pág. 203.

con mala fe e intención de perjudicar a la parte no atributaria, abusando de la colaboración torticeramente obtenida.

b) PETICIÓN AL TIEMPO DE LA PARTICIÓN

En el tratamiento que nuestro ordenamiento hace de las atribuciones preferentes, el tiempo ordinario de solicitud de la atribución es precisamente éste, es decir, una vez que se ha obtenido el remanente neto del consorcio, por liquidación de las deudas y abono de reintegros y reembolsos, y se ha fijado el *quantum* a que asciende el haber neto correspondiente a cada uno de los partíciparios en función de su cuota de participación, pues es a la vista de su haber y del valor específico admitido por las partes para el conjunto de bienes, y específicamente para los susceptibles de atribución preferente, cuando y como podrá el atributario formular su petición formal de atribución o renunciar al ejercicio de tal derecho, con valor de declaración irrevocable.

Además de los problemas que el sistema normativo adoptado introduce en materia de liquidación del consorcio frente a la atribución, de los que ya hemos tratado, la previsión de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil presupone que los bienes de uso personal y las explotaciones agrícolas, comerciales o industriales deben caber, en cuanto a su valor en venta se refiere, dentro del haber del atributario, lo que dará lugar a una serie de dificultades y problemas que trataremos de estudiar y aclarar, en la medida de lo posible, en el apartado de este trabajo dedicado a los efectos de la atribución preferente en la partición propiamente dicha.

En tanto no se sobrepase el haber del atributario, la petición de atribución puede extenderse simultáneamente sobre cualesquiera bienes a los que se refieren los distintos apartados del artículo 1.406 del Código Civil y a aquellos otros a los que hemos entendido es extensible por analogía el precepto, pues aquí la limitación que la norma impone es puramente económica, y sin más finalidad, en cuanto se me alcanza, que la de impedir que vayan a parar a una sola mano la mayor parte con el percibo de su haber en dinero metálico, es decir, la limitación impone para la atribución ordinaria del artículo 1.406 del Código Civil que las hijuelas estén formadas por bienes gananciales *in natura*, como veremos con algún detalle más adelante.

Es también éste el momento adecuado para que el atributario se pronuncie sobre una de las dos modalidades de atribución que se explicitan en el artículo 1.407 del Código Civil, y el de ofrecer el abono de saldo de diferencia por exceso si ha lugar a tal liquidación en dinero.

Al respecto, parece evidente que las operaciones particionales propiamente dichas no pueden iniciarse sin que todos los coparticionarios o los partidores tengan conocimiento acerca de si serán ejercidos o no los derechos de atribución preferente reconocidos, pues ello obliga a situar los bienes atribuibles encabezando el respectivo lote o hijuela y en función de su presencia dividir la ganancia neta efectuando las operaciones de compensación *in natura* o dineraria que procedan, con reconstrucción, en la medida que la configuración de la masa dividenda lo permita, de la tradicional aspiración del ordenamiento de alcanzar la igualdad cualitativa, a la que no se renuncia a pesar de la introducción de esta institución típicamente desigualadora.

Por todo ello entiendo que el interés de este epígrafe aisladamente considerado es mínimo, pues su auténtica materia problemática desborda el puro plano formal y temporal en que éste se sitúa, para proyectarse y transferirse al tratamiento de los efectos de la atribución en la partición propiamente dicha, a la que dedicamos el capítulo siguiente.

c) LA SOLICITUD EXTEMPORÁNEA

Parece evidente que un derecho cuya virtualidad reside precisamente en condicionar la formación de los lotes, de forma tal que los bienes de cuya atribución se trate se incluyan antes que ningún otro en la hijuela del atributario, afectando, consecuentemente, el contenido de la del otro u otros particionarios, según se trate del cónyuge o de los herederos de éste, no puede ejercitarse en un momento posterior a la apertura de la fase de partición propiamente dicha. Intentar el ejercicio de la atribución después de tal momento carecería de sentido, pues la hipotética atribución habrá perdido su propia razón de ser, ya que el atributario, por el derecho del que es titular, no tiene un derecho de naturaleza real sobre la cosa atribuible, sino un derecho circunscrito «a que se le incluyan preferentemente en su haber» determinados bienes, a petición suya y haciendo valer su derecho en el momento oportuno y no en otro. Por ello, la solicitud extemporánea no produce efectos, es inidónea para provocar la modalidad particional que en ella se demanda.

Este acabarse el tiempo propicio es consustancial a la naturaleza del derecho de atribución y no una privación de efectos operada por caducidad, ya que no, desde luego, por prescripción, y por ello entiendo que podrá ejercitarse por medio de otrosí en demanda de nulidad de la partición o de las operaciones liquidatorias antecedentes, o por medio de reconvencción en la contestación a la demanda de nulidad o de rescisión interpuesta por la otra parte, porque en el supuesto de progresar la acción,

se reabrirá dentro del procedimiento un nuevo período o fase particional, y en ella, el derecho de atribución vuelve a estar, por así decirlo, a disposición y al servicio de los intereses legítimos del atributario, a los que presta su especial protección el ordenamiento.

D. La renuncia del derecho de atribución y la renuncia a la atribución solicitada

Como manifiesta Díez-PICAZO: «La adjudicación preferencial es un derecho que se atribuye al cónyuge y, por consiguiente, una prerrogativa frente a la igualdad, a la que puede renunciarse expresa o tácitamente. Se renuncia expresamente cuando se declara una voluntad en este sentido, y se renuncia tácitamente cuando se aceptan lotes de otro tipo» (89). Esta afirmación es absolutamente clara e indiscutible, salvo en un pequeño matiz: para que se produzca la renuncia tácita no creo sea preciso esperar a la propia aceptación del lote, confeccionado conforme a la práctica prevista en el artículo 1.061 del Código Civil, que le corresponda a quien pudiera haber sido atributario, salvo, claro está, haya sido confeccionado por la otra parte o encomendado a un tercero partidario sin la participación del potencial atributario en las operaciones o en la designación; creo más bien que debe entenderse efectuada tácitamente la renuncia cuando se abre la fase de partición con participación del titular y éste no hace declaración alguna en tal sentido.

La renuncia expresa o tácita abre el camino a una partición ordinaria, es decir, equivalente a la de la comunidad hereditaria, en la que, en principio, salvo pacto de las partes, conforme a lo previsto en el artículo 1.058 del Código Civil, por el que puede dividirse la masa consorcial como tengan por conveniente, se estará a las reglas generales previstas en el artículo 1.061, con igualdad cualitativa y cuantitativa entre las hijuelas. Lo que no supone sino una vuelta al punto de partida.

Mayor dificultad presenta el estudio de la posibilidad de admisión de la renuncia a la atribución solicitada. Para la mayor parte de la doctrina europea, la manifestación de voluntad de atribuir un determinado bien es vinculante para quien la emite y, por tanto, irrevocable, y ello parece adecuado a la disciplina que la atribución preferente presenta en materia sucesoria en Alemania, Suiza y Francia, e incluso para el ordenamiento belga, para la comunidad matrimonial legal, pero creo que debe meditarse

(89) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, t. II, pág. 801.

en el caso español antes de admitirse como regla ordinaria de la manifestación de voluntad de atribuir.

En primer lugar, hay que tener presente que la pretendida irrevocabilidad en los citados ordenamientos de la declaración de voluntad sólo se admite para las atribuciones de derecho y no para las de carácter facultativo, en las que el atributario solicitante puede desistir de su petición en cualquier momento del procedimiento seguido al efecto.

En segundo lugar, las atribuciones de derecho en estos ordenamientos suponen no sólo la posibilidad de abonar en dinero el saldo excedente del haber del atributario, sino también hacerlo cómodamente a plazos —como, por ejemplo, establece el artículo 832, 1.º, párrafo 2, del Código Civil francés—.

En tercer lugar, en defensa de la atribución preferente se establecen ventajas en favor del atributario en la liquidación de recompensas y no puede provocarse la licitación sobre bien atribuible sin la correspondiente aprobación judicial.

Ninguno de estos elementos se dan en la estrecha y pobre regulación de nuestra atribución preferente, regulada en los artículos 1.406 y 140 del Código Civil, por lo que entiendo que trasladar a su régimen la nota de irrevocabilidad de la declaración en todos los casos y sin excepción puede resultar muy perjudicial para el atributario e incluso sumamente injusto. Piénsese, por ejemplo, en el cónyuge supérstite que solicita la atribución preferente, al tiempo de la formación del plan liquidatorio, sobre la vivienda y su gabinete profesional, situados en el mismo inmueble, pero constituyendo fincas independientes, o uno cercano al otro en diferentes inmuebles. Por circunstancias de la liquidación, se tiene que poner en venta uno de ellos, y ésta se consuma sobre el gabinete. ¿Sería lógico impedir la renuncia a la atribución de una vivienda que sólo le reportará incomodidades? Esto sin interferencia alguna de la otra parte, sin maniobras encaminadas a impedir o a dificultar la atribución o a provocar que ésta se lleve a efecto en las más adversas circunstancias para el atributario. Los casos podrían multiplicarse hasta el infinito dada no la estructura de la atribución, sino precisamente la carencia de la misma.

Por ello entiendo que la irrevocabilidad de la declaración en nuestro sistema sólo puede acogerse para cuando ésta se formule al tiempo de proceder a la partición propiamente dicha, con conocimiento exacto del montante a que asciende el haber atributario y del valor fijado para el bien atribuible, pues aquí la irrevocabilidad constituiría una admisión de la posibilidad del *venire contra factum proprium* poniendo a la otra parte en permanente e injustificada inseguridad.

Con mucha más razón no puede admitirse la renuncia a la atribución concedida, salvo que ésta suponga una renuncia a la sociedad de ganancias, aunque en la nueva regulación del régimen económico matrimonial esta renuncia de raigambre clásica no supone que el renunciante o sus causahabientes queden exonerados de las deudas consorciales, efecto históricamente emparejado a esta figura (90).

(Continuará.)

JOAQUÍN J. RAMS ALBESA

(90) Sobre este punto, ver, por todos, DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, volumen XVIII, 2, págs. 467 y 468.