

«La renuncia a la sociedad legal de gananciales» (*)

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Doctor en Derecho

SUMARIO: *Introducción.*—I. *Planteamiento*: 1) Posibilidades del tema. 2) La renuncia a los gananciales. 3) La renuncia a las «consecuencias» de la sociedad de gananciales. 4) La renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales. 5) Los límites de la renuncia a la sociedad de gananciales.—II. *La renuncia en el Derecho privado*: 1) Noción previa. 2) La llamada renuncia traslativa o *in favorem*. 3) Carácter unilateral de la renuncia. 4) Régimen jurídico de la renuncia. 5) La renuncia de leyes.—III. *La naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales*: 1) Planteamiento. 2) Clasificación de las teorías propuestas por la doctrina. Consideración particular de la sociedad de gananciales como sociedad especial. 3) Teoría de la comunidad romana. 4) La sociedad de gananciales como comunidad germánica, «Zur Gesamtnue Hand» 5) Teoría que considera a la sociedad de gananciales como un patrimonio de destino.—VI. *La interpretación del artículo 1.364 del Código civil*: 1) Recapitulación. 2) La interpretación de Sánchez Román de la ley 6^a de las de Toro. 3) Crítica de la interpretación restrictiva de Sánchez Román. 4) Estado de la doctrina antigua en torno a la ley 6^a de las de Toro. 5) Consideraciones en torno al artículo 1.364 del Código civil.—V. *La renuncia a la sociedad de gananciales*: 1) Planteamiento. 2) Crítica de la «rigidez» de la sociedad de gananciales. 3) Posibilidad de establecer constante matrimonio la renuncia del artículo 1.364 del Código civil con efecto exclusivo para después de su disolución. 4) La renuncia a la sociedad de gananciales y algunos aspectos de la *confirmatio donationis*. 5) La renuncia en supuesto análogo en el Derecho comparado. 6) Régimen de la renuncia a la sociedad de gananciales.

(*) El presente trabajo ha sido realizado por su autor con la pensión de estudios concedida por el Ministerio de Educación Nacional (Comisaría de Protección Escolar) en julio de 1957 para investigación en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre del citado año y bajo la dirección del Excmo. y Magdo. Sr. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, rector de la Universidad de Valladolid y catedrático de la citada disciplina.

INTRODUCCION

El tema de la renuncia a la sociedad legal de gananciales ha sido descuidado por la doctrina española contemporánea, a pesar de que tiene profundas raíces en nuestro antiguo Derecho, si bien no sean éstas ni tan numerosas ni tan directas a sostener su endeble tronco, casi oculto en la sistemática del Código civil y enmarañado en la dicción confusa e incorrecta de alguno de sus preceptos. Y lo que es más extraño, cuando el ahondar en él podía haber ahorrado buena parte de las censuras, cada vez más numerosas, de que ha ido siendo objeto la institución de la sociedad de gananciales, sobre todo por el carácter de capitulaciones matrimoniales subsidiarias que el Código civil le ha atribuído.

Solamente en un breve artículo F. BAS y RIVAS (1) se ha enfrentado de cara con el tema, si bien con la intención, por él confesada modestamente, de su mero planteamiento. No obstante, ha tenido el mérito suficiente de abrir con ello un haz de luminosas posibilidades y proyectarle sobre el objeto de nuestro estudio; lástima que no acertemos a abordar el tema con toda la honra que la sugestión que produce le hace merecer. Aparte de esta valiosa aportación, y entre un ambiente hostil, legal, jurisprudencial y doctrinal, sólo algunos autores, en trabajos monográficos—CASTÁN, ROCA SASTRE, LEZÓN (2)—, se han ocupado, que sepamos, de aspectos parciales del tema, o más bien de cuestiones tangenciales al mismo y con los que guarda alguna conexión. Por lo demás, en los tratados generales, como más adelante veremos, apenas se encuentran algunas alusiones o, en todo caso, el resultado de alguna fragmentaria visión del problema que más sirve de obstáculo que de otra cosa para su adecuada comprensión, y bien poco podrán apoyar los fundamentos sobre los que hemos de levantar nuestras conclusiones, que ya de antemano se nos ocultan problemáticas.

Los antecedentes a que hemos aludido en el antiguo Derecho de Castilla se agrupan en torno a la famosa Ley 6^o de las de Toro y están constituidos por ella misma y la abundante doc-

(1) *La renuncia a los efectos de la sociedad legal de gananciales, a la propia sociedad y a sus consecuencias*, en «Rev. de Der. Priv.», vol. XXXII, Madrid, 1949, págs. 844 y sigs.

(2) CASTÁN: *Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, en «R. G. I. J.», vol. 155, Madrid, 1929, página 226 y sigs.; LEZÓN: *La renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos*, R. T. y L. U., vol. LXIII, Madrid, 1929, pág. 409 y sigs., y *Efectos de la renuncia de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges*, en R. C. D. I., vol. V, Madrid, 1929; ROCA SASTRE: *La comunidad de gananciales; destino de sus bienes en caso de renuncia*, en R. C. D. I., vol. VI, Madrid, 1930, pág. 191 y sigs.

trina surgida en su comentario. Pero sobre ellos no pueden elevarse más que unas bases confusas, desaliñadas de toda configuración dogmática y técnica, ya que el problema está planteado y aludido de una forma embrionaria, y a esta dificultad se suman las nacidas del hecho de que nuestros tratadistas del derecho histórico, más prácticos que otra cosa, eluden o no aciertan con el tratamiento adecuado de una serie de cuestiones que afectando esencialmente a la configuración de la sociedad de gananciales marque las pautas a seguir para toda ulterior elaboración científica. No obstante, de la oscura corriente doctrinal referida, puede sacarse con criterio histórico algo que pueda ser muy aprovechable a nuestro propósito.

Y, es, fundamentalmente, que el Código civil, cambiando totalmente el sesgo trazado por el Derecho antiguo, ha venido, al menos siguiendo el rigor interpretativo dominante, a romper la continuidad histórica del carácter con que aparecía regulada la sociedad de gananciales, configurándose con ello una institución que de otro modo perdería buena parte de su rigidez.

Y esta perspectiva histórica es aún más importante, con serlo mucho, que la consideración de que en el laborioso siglo XIX los pandectistas alemanes hayan elaborado doctrinas y resucitado principios que, recibidos en nuestra patria modernamente, hayan llevado a una discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales e incluso a formar en un concreto sentido una corriente dominante a la que naturalmente eran ajenos nuestros antiguos glosadores.

Porque la pauta para la solución del problema ha de hallarse en un cuidado examen de la exégesis e interpretación del Código civil. Viniendo después las consideraciones de orden institucional, más que a abordar la tesis de la posibilidad de la renuncia a la sociedad legal de gananciales, a ratificarla. Cuando en último término un breve examen de la cuestión en el Derecho comparado sirve a subrayar la anterior ratificación. Y decimos en último término, porque en este caso, junto a la conjugación de principios técnicos, pertenecientes al fondo común de los distintos derechos romano-germánicos, concurren poderosas razones de política legislativa privativas de nuestro derecho positivo. No obstante, porque creemos hemos de enfocar el problema con su criterio dogmático y, aún más, por obligadas consideraciones de método, no va a ser éste el orden riguroso que vamos a seguir; antes bien, antes de plantear el tema en sus posibilidades y hacer una referencia al marco legal en el que se encuentra oprimido, vamos a estudiarlo empezando por el análisis de lo que sea el acto abdicativo, denominado renuncia, para continuar por la especial consideración de la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales, y con este bagaje abordar el tema en el antiguo Derecho de Castilla para culminar sus posibilidades dentro del sistema del Código civil, analizando los principios en que

puede basarse, tomados de las conclusiones a que hayamos llegado en nuestra anterior investigación, de orden institucional, histórico y práctico, apoyados en la crítica al carácter con que aparece configurada la sociedad legal de gananciales y en las necesarias concordancias con los Derechos forales y extranjeros.

I. PLANTEAMIENTO

1. POSIBILIDADES—Hay que distinguir la renuncia a la sociedad de gananciales de la mera renuncia a los gananciales obtenidos, pues el alcance de una y otra son bien diferentes.

La primera se refiere a la continuación en el régimen económico matrimonial, o al régimen mismo, establecido bien por capitulaciones matrimoniales, bien por aplicación de la norma dispositiva contenida en el artículo 1.315 del Código civil (3), que con carácter suplementario va a configurar en su defecto la voluntad de los cónyuges y a establecer, por ende, el régimen económico de la sociedad de gananciales. Se trata casi de la renuncia a una condición jurídica (complejo de situaciones más bien, que en su aspecto técnico será de precisar más adelante) que necesariamente ha de llevar aparejado un cambio o una alteración en el propio régimen matrimonial, siendo, por lo demás, un acto cuya trascendencia patrimonial es múltiple y diversa en sus efectos.

La renuncia a los gananciales no altera para nada el régimen económico del matrimonio—aparte de otra circunstancia muy importante que más adelante se pondrá de relieve—, puesto que se trata de un acto dispositivo (de abdicación de derechos en este caso), relativo a unos bienes concretos al menos en abstracto, la *causa* y con un contenido patrimonial preciso.

Esta distinción ha sido perfectamente entrevista y enunciada por nuestra doctrina contemporánea (4), pero sin que ello haya servido para arrojar más luz que la que se deriva de la distinción misma al objeto fundamental de nuestro estudio, como ya hemos indicado. Las bases, por otra parte, en las que ha de descansar esta distinción, habremos de encontrarlas en la sistemática investigación que vayamos haciendo en el transcurso de este tra-

(3) Cfr. «A falta de contrato sobre los bienes del matrimonio se entien- de este contrato bajo el régimen de gananciales».

(4) CASTRÁN: *Derecho civil común y foral*, 5.^a ed., Madrid, 1941, III, págs. 600-601; SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, Madrid, 1912, V, I, págs. 835 y sigs., y 821, nota 1; DE DIEGO: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1920, VI, págs. 238-239; MANRESA: *Comentarios al Código civil*, 3.^a ed., Madrid, 1904, IX, págs. 545 y sigs.; MUCIUS SCAEVOLE: *Código civil comentado y concordado extensamente*, Madrid, 1904, XXII, págs. 77 y sigs., y XXI, págs. 641 y sigs.; VALVERDE: *Derecho civil español*, 4.^a ed., Valladolid, 1935, IV, pág. 426; CASTÁN y PÉREZ GONZÁLEZ: *Notas al Derecho de Familia de WOLFF, en el Derecho civil de ENNECCERUS*, trad. esp., Barcelona, 1941, V, 1, págs. 461 y sigs.; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, 1940, II-1, pág. 328.

bajo; pero si conviene adelantarla ahora, aun cuando un poco anticipadamente, para ir deslindando el campo de nuestro estudio. No obstante, ambos temas, aunque con planteamientos diversos, guardan muchos puntos de común, cuyo desentrañamiento respectivo y el poner de relieve su interdependencia aclarará puntos de vista generales y aspectos parciales que pueden sernos útiles y aprovechables ulteriormente.

Esta distinción se ha originado en torno a la exégesis del artículo 1.394 de nuestro Código civil. El cual se expresa en los siguientes términos: «La renuncia a esta sociedad—la de gananciales—no puede hacerse durante el matrimonio, sino en el caso de separación judicial. Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1.001.» A la vista de este precepto dice CASTÁN que «el Código incurre aquí en una evidente confusión entre la renuncia de la sociedad y la renuncia de los gananciales obtenidos, pues no cabe hablar de renuncia a la sociedad de gananciales, cuando ésta ya ha quedado extinguida por la disolución o anulación del matrimonio o por la separación de los cónyuges, conforme al art. 1.417» (5). Y con la opinión de este ilustre tratadista se muestra conforme toda la doctrina en términos generales. Y también en entender que el párrafo primero de este artículo se refiere a la renuncia a la sociedad, y el segundo a la de los gananciales (6), llegando MANRESA (7) incluso a negar, aun en este supuesto, la posibilidad de la renuncia a la sociedad de gananciales por entender que ésta estaría necesariamente limitada por el artículo 1.4439 (8), que dispone que cuando termine la separación en estos casos «volverán a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación».

Pero todas estas afirmaciones plantean una serie de problemas que es preciso examinar. Hay inconveniente en admitir con la doctrina dominante, en primer lugar, por razón de la garantía establecida en favor de los acreedores que debe entenderse comprende toda renuncia, que el párrafo segundo del artículo 1.394, por una incorrección de dicción de éste, vaya referido únicamente a la simple renuncia a los gananciales, la cual se extiende a los supuestos de disolución normal (muerte de uno de los cónyuges) y a los restantes a que alcanza el precepto contemplado en relación con el artículo 1.417 (9). No teniendo cabida, por otra parte,

(5) *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

(6) Véanse autores citados en nota 4.

(7) *Op. y loc. cit.*, nota 4.

(8) Cífr. Se refiere a los supuestos del art. 1.433 (interdicción, ausencia y divorcio).

(9) Cífr. Este artículo se refiere también a la nulidad del matrimonio y a los casos del artículo 1.433.

la renuncia de gananciales constante matrimonio y sin que la sociedad haya sido disuelta, como se permitía a favor de la mujer en el antiguo Derecho castellano (10). Otra cosa es que en uno y otro párrafo pueda encontrarse la distinción apuntada. Y no podemos estar de acuerdo con la afirmación que hace CASTÁN, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN y que vuelve a reiterar PUIG PEÑA (11), abundando de la opinión general y a pesar de las vacilaciones de este último, al referirse al tema en general, de que no es posible hablar de la renuncia a la sociedad de gananciales una vez ésta haya quedado extinguida por su disolución, cuando el artículo 1.364 nos habla de que cuando la mujer o sus herederos renuncien a la sociedad de gananciales se observará el régimen dotal, lo cual demuestra que aun en el supuesto de extinción de la sociedad cabe la posibilidad de su renuncia. Y hasta el mismo MANRESA es de esta opinión cuando dice «que si la mujer y sus herederos renunciasen a dicha sociedad ésta no producirá efecto alguno y ha de aplicarse el artículo 1.364» (12). Siendo del mismo parecer MUCIUS SCAEVOVA (13) y recientemente BAS Y RIVAS (14) y GONZÁLEZ PALOMINO, quien manifiesta: «La mujer o sus herederos tienen derecho a renunciar a la sociedad de gananciales una vez disuelto el matrimonio. La parte de gananciales que hubiera correspondido a la mujer no acrece al marido ni a los suyos, porque resulta que no hay gananciales. No se trata de acrecimiento, sino de algo más grave y único: de la conversión retroactiva de la sociedad de gananciales en régimen dotal. Una efectiva alteración del régimen matrimonial *a posteriori*» (15).

Los problemas de interpretación que plantean los artículos 1.364 y 1.394 del Código civil, puestos en relación entre sí y aisladamente son muy interesantes, pero ésta es tarea que reservamos para más adelante, bastando aquí, al efectuar el planteamiento de las posibilidades del tema, anticipar que ambos preceptos no obedecen a fundamentos diferentes, sino que puestos en relación pueden prestarse una mutua luz para la indagación de la *mens legis* en uno y otro caso, y en particular para el estudio del tema que nos ocupa.

La presencia de este olvidado artículo 1.364, respecto de la consideración de la renuncia, conturba un tanto la doctrina desarrollada en torno al artículo 1.394, aun cuando esta interferencia no sea de consecuencias muy cristalinas, tanto que el propio

(10) Ley 6^a de Toro, de acuerdo con lo establecido en las Ss. del T. S. de 18 de octubre de 1861 y 17 de noviembre de 1892, y con buena parte de la doctrina, como más adelante veremos.

(11) *Obs. y locs. cit.*

(12) *Op. y vol. cit.*, comentario al artículo 1.315, pág. 110.

(13) *Op. y vol. cit.*, pág. 641.

(14) *Op. cit.*, pág. 851.

(15) *Estudios de arte menor en Derecho sucesorio: El acrecimiento en la mejora*, en A. A. M. N., Madrid, 1946, II, pág. 558.

MUCIUS SCAEVOLE llegó a considerar a aquel precepto de nuestro Código como *algo vago y laberíntico*, pero ya iremos viendo cómo no lo es tanto. Por lo menos ya hemos llegado a la conclusión de que es posible la renuncia de la sociedad legal de gananciales una vez disuelta ésta, aunque limitada a la mujer o a los herederos de la mujer.

Por tanto, ya no se restringe la posibilidad del tema a los supuestos a los que la doctrina consideraba como únicamente aplicable la renuncia: los comprendidos para la disolución de la sociedad y contemplados en el artículo 1.433 (16), y que SÁNCHEZ ROMÁN calificaba de «renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales» (17) y a la que vamos a apellidar de *renuncia impropia*, regulada por el párrafo primero del artículo 1.394 del Código civil en relación con el artículo 1.433, para distinguírle de la *renuncia verdadera y propia* de la sociedad legal de gananciales, contenida en el artículo 1.364, y cuya relación con el párrafo primero del artículo 1.394 plantea un problema muy agudo y que habrá de ser considerado con la máxima ponderación. A estas formas de renuncia hay que añadir la *renuncia a los gananciales*, a la que ya hemos aludido, y de la que nos vamos a ocupar seguidamente para dejar a un lado el cuidado que un somero análisis de la misma nos puede merecer.

2. LA RENUNCIA A LOS GANANCIALES.—Con referencia al párrafo segundo del artículo 1.394 del Código civil, la doctrina considera unánimemente posible la renuncia por cualquiera de los cónyuges a las *ganancias* o beneficios obtenidos, y que el artículo 1.392 declara a su favor para la disolución del matrimonio por la sociedad de gananciales, diciendo textualmente: «Que mediante la sociedad de gananciales el marido y la mujer harán suyos, por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio», determinando los artículos 1.401 y siguientes del propio cuerpo legal qué bienes han de tener el aludido carácter de gananciales, lo que por demás no interesa ahora. No existiendo punto de apoyo legal posible para mantener después de la vigencia del Código la posibilidad de su renuncia constante matrimonio, en lo que también está de acuerdo la doctrina (18) y a lo que se oponen también los artículos 1.392 y 1.394, anteriormente citados, y, como veremos más adelante, la propia naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales (19).

(16) Cifr. Se puede instar la separación en los casos de interdicción, ausencia y divorcio.

(17) *Op. y vol. cit.*, pág. 835.

(18) Véase bibliografía citada en nota 4.

(19) En el artículo 68-4.º, apartado quinto, del Código civil en su nueva redacción, cuando se establecen las medidas que el juez podrá decretar en caso de haberse presentado demanda de nulidad o separación de matrimonio, en el lugar indicado se dispone que: «El juez, atendidas las circuns-

Esta renuncia a los gananciales es posible únicamente cuando la sociedad ya extinguida se halla en período de liquidación y supone, cuando menos en abstracto, que esta liquidación no se haya realizado y pueda realizarse, y esto ocurre *ipso iure* una vez que la sociedad legal de gananciales queda extinguida. Constante matrimonio, como queda dicho, esta renuncia es impensable, jurídicamente hablando. Porque el derecho de los cónyuges a su cuota de gananciales es únicamente concedido para cuando el matrimonio queda legalmente disuelto, porque propiamente hasta ese momento no existen ganancias, ya que éstas quedan sujetas a satisfacer las necesidades de la familia y sometidas a la gestión del marido, siendo, en definitiva, un saldo de liquidación a la disolución misma del matrimonio (arts. 1.392, 1.408 y ss. del Código civil).

Y decimos que no es preciso que la liquidación de la sociedad se haya efectuado para que sea posible su renuncia, porque la sociedad en período de liquidación subsiste, y, naturalmente, produce sus efectos aun cuando éstos sean propios de liquidación, consistentes en determinar que el activo resultante, conferido por mitad a los cónyuges o a sus herederos por disposición legal, es lo que constituyen los gananciales o cuota renunciabiles. Pues éstos, una vez adjudicados, salen de un patrimonio independiente y van a formar parte del patrimonio personal de su titular. Y, a la inversa, mientras la adjudicación no se realiza, siguen formando parte de un todo orgánico—la masa social—, cuya protección dinámica se acaba de extinguir, y guardando una cohesión cuyos

lencias del caso, podrá, excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.» Evidentemente que la redacción de este precepto no puede alterar la configuración jurídica de la sociedad de gananciales cuando, por otra parte, no hace más que anticipar parcialmente, por vía de protección, a la parte más débil en el matrimonio, los efectos propios de la nulidad o de la separación del matrimonio en orden al régimen de bienes. Ni supone el reconocimiento de ganancias independientes jurídicamente, aisladamente, del haber de la sociedad hasta tanto que ésta se disuelva, aparte de que esta discriminación se hace para alterar el régimen normal de la unidad de la administración tal y como se regula en el artículo 1.413, tanto en su antigua redacción como en la que le ha dado la reforma de 24 de abril de 1958. Pero aunque el legislador hubiera pretendido otra cosa no podría admitirse, pues en este punto se trata, como hemos dicho, de la configuración jurídica de la sociedad de gananciales y no ha sido el objetivo de la reforma alterar ésta, cuando de serlo debería haberse empleado mucho más a fondo. En todo caso, la dicción del Código en su nueva redacción hubiera sido más correcta de decir: «... de los bienes gananciales o de parte de ellos», aun cuando siemtal hemos de tomarla. Sobre esto recientemente Roca JUAN: *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial (El art. 1.413 del Código civil)*, en ADC., XII-II, págs. 481 y sigs., y en general, *Ibid.*, págs. 481 y sigs.; y DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en ADC., XII-II, págs. 451 y sigs.; XII-III, págs. 847 y sigs., y aún en curso de publicación al corregirse las pruebas del presente trabajo.

efectos se reflejan prácticamente en el destino que han de recibir los bienes renunciados.

Buena prueba de lo que afirmamos es que los gananciales no se confunden con la herencia del cónyuge premuerto, pues mientras no se liquida la sociedad no puede estar determinada la herencia, como reconocen la doctrina y la propia jurisprudencia (20). Ambos caudales coexisten, pero no se confunden. Y así afirma MESSINEO que «el cónyuge y los herederos del difunto persiguen cada uno la realización de la respectiva cuota todavía no liberada del conglomerado común ni realizada, y son ambos sucesores de la comunidad; por tanto, los herederos del difunto adirán separadamente el patrimonio particular de éste y el patrimonio de la comunidad» (21).

Sin tanta precisión técnica, MANRESA llega también, aunque por otros caminos, a conclusiones parecidas si no idénticas, pero de sinónimas consecuencias. «Disuelta la sociedad—dice—por muerte de uno de los cónyuges, los gananciales no forman parte de su patrimonio; lo que existe en la herencia es el derecho que a ese cónyuge correspondía para aceptar o renunciar a los efectos de la sociedad. El caso es igual a aquel en que una persona muere sin haber aceptado ni renunciado una herencia que le correspondía: el mismo derecho de aceptar o repudiar que el causante tenía, pasa a sus herederos con arreglo al artículo 1.006. La renuncia hecha por estos herederos—añade—no implica que se acepte sólo en parte la sucesión, pues precisamente el hecho de la renuncia de esa herencia anterior supone la aceptación total, porque equivale al ejercicio de un derecho que al causante pertenecía y que sólo a título de heredero puede ejercitar» (22).

Consecuencia de ello es que renunciada una parte de los gananciales, tanto los correspondientes a la cuota del cónyuge superviviente, o a la del que puede ejercitar la renuncia en los supuestos del artículo 1.433, o aun a la de los herederos del premuerto, como éstos se han mantenido con los mismos caracteres y efectos que son peculiares a dichos bienes, resulta que dicha parte va a acrecer la que ha de percibir el otro cónyuge o sus respectivos herederos, puesto que no revierten ni se refunden en el caudal hereditario, sino en el de la extinguida sociedad, en lo que es unánime la doctrina (23), y asimismo la propia jurisprudencia (24),

(20) Véase por todos, CASTÁN: *Efectos de la renuncia*, pág. 238, y entre las resoluciones más antiguas de la D. G. de los R., la de 11 de septiembre de 1907.

(21) *La natura giuridica de la comunione coniugale dei beni*, en «*Revista del Diritto commerciale*», XVIII, 1, Milano, 1920, pág. 107.

(22) *Op. cit.*, IX, com. artículo 1.418, pág. 64.

(23) CASTÁN: *Efectos de la renuncia etc.*, pág. 239; MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 572; MERICUS SCAEVOLA: *Op. cit.*, XXII, pág. 94; VALVERDE: *Traçado*, IV, pág. 367; DE BUEN: *Notas al Curso*, de Colin y Capitant, VI, pág. 427; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La renuncia en el Derecho inmobiliario*, en «*Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*», Ma-

siguiendo también este criterio, según CASTÁN, los Códigos de Chile, Colombia y Uruguay (25).

Por otra parte, los «efectos de la renuncia a los gananciales se reducirán a privar al cónyuge que la haga de los gananciales obtenidos en la sociedad, conservando, como es natural, el derecho al capital aportado, y sin que la renuncia por parte del marido pueda eximirle de las responsabilidades provenientes de su administración y, por ende, del pago de las deudas de la sociedad conyugal» (26). No obstante esto, es preciso distinguir la renuncia a los gananciales con la renuncia a otras consecuencias ó derechos nacidos de haber existido la sociedad de gananciales y que sin llegar a ser renuncia a la sociedad es algo distinto de la mera renuncia a los gananciales, problema del que nos ocuparemos seguidamente en epígrafe aparte.

Lo que no ofrece problema, ni ha sido objeto de discusión por la doctrina mayormente, es la cuestión del límite legal impuesto a la renuncia por el artículo 1.394 del Código civil, en el sentido de entender que ésta nunca puede perjudicar los derechos de los acreedores, los cuales tendrán la facultad que les confiere el artículo 1.001 del mismo cuerpo legal (27) y que reitera el artículo 1.418 en su párrafo último (28).

Por otra parte, en cuanto al requisito de escritura pública que para esta renuncia exige el artículo 1.394 párrafo segundo, entiende CASTÁN, de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1915, «que dicho requisito sólo tiene aplicación en relación a terceros y, por consiguiente, no habiendo terceros acreedores que pudieran ser perjudicados por la renuncia, puede admitirse cualquier forma auténtica aunque no sea la escrituraria, como lo permite el Código tratándose de la repudiación de la herencia, acto de igual trascendencia por lo menos que la renuncia contemplada» (29).

3. LA RENUNCIA A LAS «CONSECUENCIAS» DE LA SOCIEDAD DE

drid, 1948 (ed. del Ministerio de Justicia), II, pág. 39 y sigs.; Roca Sastre: *Op. y loc. cit.* y *Derecho hipotecario*, 4.^a ed., Barcelona, 1954, III, pág. 170 y sigs.; BAS Y RIBAS: *Op. cit.*, pág. 844 y sigs. En contra únicamente LEZÓN: *Ops. y locs. cit.*

(24) Resoluciones de 13 de noviembre de 1926, 30 de junio de 1927 y 19 de octubre de 1927, confirmadas anterior y posteriormente a estas fechas por otras resoluciones de la D. G. de los Registros y en cierto modo por el Tribunal Supremo que en su sentencia de 15 de marzo de 1945 trata de la cuestión, aunque incidentalmente por referirse a otro tema.

(25) *Efectos de la renuncia...*, pág. 241.

(26) CASTÁN: *Derecho civil*, III, pág. 601.

(27) Cífr. «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al juez que les autorice para aceptarla...» (artículo 1.001, párrafo primero).

(28) Cífr. «En el caso de renuncia quedará siempre a salvo el derecho concedido a los acreedores por el artículo 1.001» (párrafo último del artículo 1.418).

(29) *Derecho civil*, III, pág. 601.

GANANCIALES.—Junto a la mera renuncia a los gananciales ya hemos apuntado puede darse, con independencia de ella, otro tipo de renuncia que es preciso distinguir, ya que su contenido es distinto al mero concepto de renuncia a los gananciales.

Al poner en relación al artículo 1.394, párrafo segundo, del Código civil con el artículo 1.418 del mismo, sale a flote la posibilidad de esta distinción al excluir de la exigencia de la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales, entre otros supuestos: «Cuando, disuelta la sociedad, haya renunciado a sus *efectos* y *consecuencias* en tiempo hábil uno de los cónyuges o sus causahabientes» (ap. 1.^o). Distinción que ha sido puesta de relieve muy acertadamente por BAS Y RIVAS (30), teniendo extraordinaria importancia aquí, porque la indagación sobre esta distinción puede traer cierto confucionismo al objeto de nuestro estudio—la renuncia a la sociedad legal de gananciales—, situación que es aclarada por el propio autor citado, como vamos a ver seguidamente. Por otra parte, es interesante también, porque la doctrina, como afirma BAS Y RIVAS (31) y hemos podido comprobar, no se ocupa para nada de ella, y al hablar de la renuncia a los gananciales trata únicamente de lo que el artículo 1.418-1.^o llama *efectos*, aceptando nosotros la terminología del autor citado, no empleando para nada el vocablo *consecuencias*.

En primer lugar, la confusión que hemos dicho podía plantearse respecto del tema que nos ocupa se origina al tener en cuenta los siguientes datos: De una parte, el precedente del artículo 1.418 en el Proyecto de Código civil de 1851, que es su artículo 1.340, aludía a la renuncia a la sociedad, lo cual se presta a confusiones si tenemos en cuenta que al poner en relación el artículo 1.418-1.^o con el artículo 1.394, párrafo segundo, decíamos que éste, según la doctrina dominante, se refiere exclusivamente a la renuncia a los gananciales, lo cual no quiere decir, por otra parte, que en los supuestos de renuncia comprendidos en el párrafo primero del artículo 1.394 (renuncia impropia o renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales) y en el artículo 1.364 (renuncia verdadera y propia a la sociedad de gananciales) no vaya a establecerse la excepción prevenida en el artículo 1.418 respecto de la necesidad de inventario. Lo que queremos decir y demostrar es que estos dos últimos supuestos de renuncia no están enunciados en el texto de este artículo aun cuando en él queden comprendidos implícitamente.

Más agrava la cuestión la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 1 de febrero de 1949, la cual se expresa en términos totalmente inadmisibles al entender que cuando el Código habla de renuncia a los *efectos* y *consecuencias* de la sociedad de gananciales se demuestra claramente «que si tal renun-

(30) *Op. cit.*, pág. 850.

(31) *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

cia se opera en tiempo hábil se produce una verdadera ficción jurídica, por virtud de la cual se presume que la sociedad de gananciales no ha existido nunca ni ha producido efectos y consecuencias». Y es inadmisib'e por la razón fundamental que da BAS y RIVAS, y es que si se establece esa ficción no pueden existir efectos y consecuencias, porque es como si la sociedad de gananciales no hubiera existido nunca, en cuyo caso, como decíamos antes al ocuparnos de la renuncia a la sociedad de gananciales, siguiendo la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO, y no puede haberlos, ya que el régimen matrimonial se ha transformado *ab initio* en régimen total, pues toda ficción en derecho produce los mismos efectos que la realidad misma (32).

No obstante, el mismo BAS y RIVAS nos trata de explicar la orientación apuntada en la resolución citada como una posible tendencia fiscal, «pues se da la circunstancia—dice—de que el vigente Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, en el apartado 8) de su artículo 22, nos cita a la renuncia a *los efectos y consecuencias* de la sociedad de gananciales, y a continuación el apartado 9) del propio artículo menciona expresamente la renuncia a la *sociedad*, como si ésta y aquellos efectos y consecuencias fueran la misma cosa» (33).

BAS y RIVAS hace un examen gramatical del significado de los términos *efectos y consecuencias* e identifica *efectos* a gananciales, es decir, la *cuota* que a la disolución de la sociedad corresponda a los cónyuges. Mientras que considera como *consecuencias* a otros *derechos* que aquéllos pueden tener sobre la sociedad. Y aunque reconocemos que la distinción gramatical de estos términos no es muy acertada, así resulta de su empleo por el Código, entendiéndolo, no obstante que la distinción legal, de acuerdo con la opinión del autor citado, es totalmente posible, y ello no solamente porque así lo establezca el artículo 1.418-1.º, sino porque se trata de entidades distintas, ya que siendo ambos derechos sociales o comunitarios, que a la disolución de la sociedad están atribuidos a los cónyuges o a sus herederos, en los primeros el contenido patrimonial de los mismos es inmediato o más bien directo: la cuota es un conjunto de *bienes*, al menos considerada en abstracto, mientras que en los segundos es indirecto y se refiere a la posibilidad misma de ampliar o reducir con su ejercicio no solamente la cuota, sino el caudal social, el activo resultante de la liquidación.

O dicho con otras palabras: el derecho a los *efectos* es un tanto proporcional a las resultas de la liquidación, mientras que el derecho a las *consecuencias* influye de una manera más directa en la liquidación misma. Ello queda totalmente aclarado con los supuestos que cita BAS y RIVAS como comprendidos en tal re-

(32) *Op. cit.*, pág. 849 y sigs.

(33) *Op. cit.*, pág. 859.

nuncia. «Si el marido renuncia a las consecuencias de la sociedad de gananciales posiblemente ha renunciado, entre otras cosas, a que no sea de cargo de la sociedad lo que perdió y no pagó en juego lícito (art. 1.411, párr. segundo), lo que donó o prometió a los hijos comunes (art. 1.409) y la indemnización de las pérdidas o deterioros que durante la vida de la sociedad conyugal han sufrido los bienes muebles que aportó como parte de su capital (art. 1.425)» (34). Por último entendemos que como estas renunciaciones no son incompatibles con la renuncia a la cuota, que puede darse con independencia de la contemplada, es posible admitir que ambas se acumulen, en cuyo caso comprenderán, como el artículo 1.418-1.º prevé, dos conceptos diversos.

4. LA RENUNCIA A LA CONTINUACIÓN EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—Ya hemos visto cómo la doctrina dominante refería el párrafo primero del artículo 1.394 a la renuncia que hemos denominado *impropia*, o renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales, en los supuestos de los artículos 1.417, párrafo último, y 1.433, siendo ésta incluso considerada por la mayoría de los autores como el único supuesto posible de renuncia a la sociedad. Y, por otra parte, como siguiendo la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO y BAS Y RIVAS, y apoyándonos en las afirmaciones de MUCIUS SCAEVOLE y MANRESA, podría construirse el verdadero supuesto de *renuncia* con base en el texto del artículo 1.364, proposición segunda.

Pero vamos ahora a tratar del primer supuesto, el de la renuncia a la continuación. ¿Cómo se opera ésta? El artículo 1.394 dice que sólo se permitirá la renuncia en los casos de separación judicial (párrafo primero). Hace esto suponer entonces que para que pueda hacerse la renuncia ¿es preciso pedir primero la separación conforme el artículo 1.433? (35). No creemos que esto haya de establecerse con tal sentido lógico, pues las consecuencias son ridículas y absurdas. Más razonable es pensar que el marido, o la mujer, que se encuentre en esas situaciones, aparte de poder renunciar a las ganancias, pueden o renunciar a la continuación de la sociedad o pedir la separación. De forma que puede quedar extinguida la sociedad, conforme el artículo 1.417 (36), en los supuestos del artículo 1.433, es decir, cuando se pida la separación y, también, cuando se renuncia a su continuación, porque ambas facultades parece que son de una misma entidad e importancia, y

(34) *Op. cit.*, págs. 850-951.

(35) Cfr. «El marido y la mujer podrán solicitar la separación de bienes y deberá decretarse cuando el cónyuge del demandante hubiera sido condenado a una pena que lleve consigo la interdicción civil o hubiera sido declarado ausente, o hubiera dado causa al divorcio» (párrafo primero, artículo 1.433).

(36) Cfr. «Concluirá también la sociedad en los casos enumerados en el artículo 1.433» (párrafo último del art. 1.417). V. arts. 72 y 73-4.º C. c. nueva redacción.

si la una es permitida, y a la otra alude con defectos de expresión el artículo 1.394, el cual debiera referir la posibilidad de la renuncia, no a los supuestos de separación judicial, sino a aquellos en que la separación puede pedirse, resulta que no hay inconveniente en que se admita en tales términos.

Al afirmar, a tenor del artículo 1.364, que la renuncia a la sociedad también es posible en todos los supuestos de disolución del matrimonio hace pensar, por otra parte, que el artículo 1.394, párrafo primero, no se refiere únicamente a la renuncia a la continuación de la sociedad, sino también a la propia renuncia de la sociedad, lo cual no deja aislado, por otro lado, al propio artículo 1.364, como flotando en el vacío, sino que le confiere un entronque dentro del sistema del Código en este aspecto, aun cuando sea para poner límite a la facultad en él contenida, ni baldía y sin objeto la prohibición referida y contenida en el propio artículo 1.394, párrafo primero, por lo que seguidamente vamos a decir.

Y así vemos que esa renuncia a la *continuación* es poco menos que imposible, como dice MANRESA (37), por el límite que a ella pone el artículo 1.439 del Código (38), y que BAS Y RIVAS la hace coincidir con la facultad de pedir la separación, concedida por el artículo 1.433 a los cónyuges, diciendo que como dicha facultad es potestativa y que para ejercitarla basta la voluntad unilateral, constituye una renuncia (39). Argumento que no deja de ser un poco artificioso y que, a nuestro modo de ver, debiera contraerse en el sentido de decir que la solicitud o petición de separación lleva implícita una renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales, lo que es bien distinto, y con lo cual ésta pierde entidad e independencia. Y aún más, si resulta que el planteamiento de los efectos de esa renuncia, en cuanto a la consideración del régimen a que quedan sujetos los bienes del matrimonio supone, o la necesidad de atenerse a lo dispuesto en los arts. 1.434 y 1.444 del Código civil y más concretamente a lo establecido por el artículo 1.435 (40), cuando el que ejerce la citada facultad sea

(37) *Op. cit.*, IX, pág. 435 y sigs.

(38) Cifr. «Cuando cesara la separación por reconciliación en caso de divorcio, o por haber desaparecido la causa en los demás casos, volverán a regirse los bienes del matrimonio por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que durante ésta se hubiera ejecutado legalmente» (art. 1.439, párrafo primero). Esta última expresión sólo puede referirse a las facultades contenidas en los artículos 1.433, 1.364 y 1.394, párrafo primero; pero en este último caso la facultad de renuncia no cabe duda que está condicionada a lo dispuesto por este artículo como una interpretación más restringida aun de su significado y que veremos más adelante (en nota 43) viene a rectificar.

(39) *Op. cit.*, pág. 860.

(40) Cifr. «La facultad de administrar los bienes del matrimonio, otorgada por este Código al marido, subsistirá cuando la separación se haya acordado a su instancia; pero no tendrá la mujer en este caso derecho a los

el marido, y al artículo 1.436 (41) cuando se trate de la mujer, o si no la de tenerse que formular la siguiente pregunta: ¿cuál ha de ser el régimen patrimonial que rijan cuando el marido y la mujer renuncien a la continuación de la sociedad en caso de no ser aplicables las prescripciones referidas al Código civil? La contestación no puede ser más sencilla: hay que atenerse al régimen del Código para la separación, ya que no se dispone de una norma tan concreta como la del artículo 1.364 del mismo (42).

En definitiva, si, de un lado, se confunden renuncia en petición de separación, en su ejercicio y en sus consecuencias y, por otra parte, el artículo 1.439 pone a ambas un límite temporal resolutorio, no vamos a entretenernos en distingos e indigaciones que carecen de todo interés práctico, salvo algunas consecuencias de orden concreto que, por lo demás, no son del caso (43). Y es más, hasta podemos llegar a pensar que la norma del artículo 1.394, párrafo primero, prohibiendo la renuncia a la sociedad de gananciales, no se ha dictado pensando en este supuesto, que carece de relevancia, solamente, o aun en absoluto, sino en la *verdadera* y *propia* renuncia a la sociedad de gananciales, contenida en el artículo 1.364, pues esta otra, a la *continuación*,

gananciales ulteriores y se regularán los derechos y obligaciones del marido por lo dispuesto en las Secciones segunda y tercera, Capítulo III de este Título» (art. 1.435 del Código civil). Más adelante se fijarán las dudas que pueda suscitar este precepto de ponerle en relación con el artículo 1.364, de acuerdo con lo expuesto por M. SCAEVOLA, y se fijará al respecto una postura definitiva que ya ha sido anticipada en relación con el objeto propio de nuestro estudio.

(41) Cifr. «Si la separación se hubiera acordado a instancia de la mujer por interdicción civil del marido se transferirá a la misma la administración de todos los bienes del matrimonio y el derecho a todos los gananciales ulteriores con exclusión del marido. Si la separación se acordase por haber sido declarado ausente el marido o por haber dado motivo para el divorcio, la mujer entrará en la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le haya correspondido. En todos los casos a que este artículo se refiere quedará la mujer obligada al cumplimiento de cuanto dispone el párrafo segundo del artículo 1.434.» (Artículo 1.436 del Código civil.)

(42) De acuerdo BAS y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 860.

(43) Así sucede con el problema que plantea el artículo 1.439 al interpretar su texto, pues hay quien ha entendido que al decir dicho precepto que los bienes del matrimonio se regirán por las mismas reglas que tuvieron antes de la separación, supone que los bienes van a pasar a la misma «situación» que tenían, como si se reanudara la misma sociedad extinguida y disuelta, en contra de la opinión acertada de BAS y RIVAS, el cual entiendo, de acuerdo con PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN (en *Notas a Banececeras*, IV-1, pág. 175), que el vocablo «reglas» se refiere a «régimen», y «que, por tanto, surgió una nueva comunidad, ya que, por otra parte, el propio artículo 1.439 prueba lo que se afirma, pues ordena que al tiempo de reunirse los cónyuges harán constar por escritura pública los bienes que nuevamente aporten y que serán los que constituyan, respectivamente el capital propio de cada uno, aunque en parte o en todo sean los mismos existentes antes de la liquidación practicada por causa de separación.» (BAS y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 861.)

sin entidad independiente muy clara, ya está regulada en los artículos 1.433 y siguientes del Código, sin que ofrezca ni pueda ofrecer mayores problemas que los de índole práctica e interpretativa de tales preceptos, que no son pocos, ciertamente, pero que carecen de interés, al menos desde el punto de vista adoptado en el momento presente (44). Con lo que se nos ha aclarado buena parte del problema, ya inicialmente planteado, de la relación entre los artículos 1.364 y 1.394 de nuestro Código civil.

5. LOS LÍMITES DE LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—Como hemos visto, con estas consideraciones preliminares en nuestra investigación llegamos a una conclusión inicial, y es que de los casi numerosos tipos de renuncia que hemos sugerido pueden tener lugar con, o a propósito, de la sociedad de gananciales, la mayoría de ellos sólo nos interesan como figuras afines del objeto de nuestro trabajo. Y así, a un lado y a otro, hemos ido descartando, primero, la renuncia a los gananciales, contenida en el artículo 1.418-1.º, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.394 en sus dos aspectos de *efectos* (cuota) y *consecuencias* (otros derechos) y, después, la renuncia a la *continuación* en la sociedad de gananciales, con todas su posible problemática o en todo caso comprendida en los artículos 1.433 y siguientes del Código civil, y a duras penas comprendida en la prohibición del párrafo primero del artículo 1.394, sino más bien encerrada en los límites de su propio régimen para ella establecido por analogía en los artículos 1.433 y siguientes. Es decir, a nuestro juicio, el artículo 1.394 no autoriza esta renuncia al menos «intencionadamente», porque ya está autorizada en sus propias posibilidades de ejercicio y a propósito de éste regulada, aun cuando de una forma innecesaria y redundante queda comprendida dentro de su oscuro texto formulada con el carácter de prohibición general y que en tal sentido ha de ser tomado, aunque a primera vista parezca distinto. Este precepto le reservamos, aunque no en exclusiva, para la renuncia contenida en el artículo 1.364 y a ella también constreñimos el objeto de nuestro estudio, con lo cual, a nuestro juicio, el artículo 1.394 gana algo efectivo que impedir o autorizar a *contrario sensu*.

Pero no hay que olvidar aquí que los verdaderos límites a la renuncia de la sociedad de gananciales y los de las otras renunciaciones, como ya opina SÁNCHEZ ROMÁN, vienen impuestos más que por la aplicación de principios concretos de carácter aislado, de la consideración que el régimen de gananciales tiene de capitulaciones matrimoniales, según lo dispone el artículo 1.315, el cual

(44) BAs y RIVAS no adopta una postura clara y concreta como la que mantenemos en el texto (*Op. cit.*, págs. 854 y sigs. y 860 y sigs.) y en contra contamos con la opinión de M. SCARVOLLA que hace coincidir el artículo 1.364 con el 1.435, como ya hemos aludido, pero esta postura es inadmisibile, siendo criticada por BAs y RIVAS (*Ibid.*) y sobre lo que, como hemos advertido, volveremos más adelante.

establece, en su párrafo segundo, «que a falta de contrato sobre los bienes se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales», y de la prohibición existente de modificar las mismas después de contraído el matrimonio, establecida por el artículo 1.320 (45). Añadiendo el ilustre civilista citado que con el Código se han restringido extraordinariamente las posibilidades de renuncia referidas (46), por lo que decíamos inicialmente que con su promulgación se había operado un cambio de sesgo radical en la manera de aparecer orientado en la ley el presente tema. Pero si hemos de rectificar, en cuanto se refiere a la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, que más que por consideración que confiere el Código al sistema de gananciales como supletorio y a su inalterabilidad se debe, como veremos más detenidamente en lugar oportuno, a la rigidez de la sociedad de gananciales, manifestada no solamente en ese capital aspecto de la inalterabilidad de las capitulaciones, sino, más aún, en la voluntad expresa del legislador de prohibir la renuncia para con ello reforzar esa rigidez que se ha querido imprimir a la institución de la sociedad de gananciales. Por otra parte, es preciso tener presente también la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales y si ésta choca con la posibilidad de su renuncia. Pero antes es preciso aclarar el concepto de renuncia y después entregarnos a los precedentes del tema en el derecho histórico. A lo que vamos a dedicarnos seguidamente, pero referido, salvo consideraciones incidentales, a la que hemos calificado de renuncia verdadera y propia de la sociedad de gananciales, o *renuncia a la sociedad*, concedida a favor de la mujer o de sus herederos por la proposición segunda del artículo 1.364.

Por último es de hacer constar que avanzada la elaboración de este trabajo ha sido promulgada la ley de 24 de abril de 1958 en virtud de la cual se acomete una extensa reforma del Código civil, la cual afecta, si bien indirectamente, pero con más trascendencia de lo que parece a su tema central, es decir, al sentido de la renuncia a la sociedad de gananciales, y ello por razones que se deducen del espíritu general de la reforma y en particular por la nueva redacción del artículo 1.413 fundamentalmente (46 bis). De ello nos ocuparemos en el momento oportuno.

(45) Cifr. «Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros» (art. 1.320).

(46) *Derecho civil*, V-1, pág. 835.

(46 bis) Cifr. El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales, pero necesitará el consentimiento de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido, y del modo previsto en el párrafo siguiente para actos de disposición sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga realizando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales podrá el juez de Primera Instancia, a solicitud fem-

II

LA RENUNCIA EN EL DERECHO PRIVADO

1. NOCIÓN PREVIA.—«Si concebimos el derecho subjetivo como una delegación de la soberanía del Estado que nos hace árbitros de una relación jurídica—decía magistralmente JERÓNIMO GONZÁLEZ—o, con un criterio más individualista, como una específica facultad de actuar en la dirección que nuestra voluntad escoja, siempre que no quebrante alguna prohibición legal, nos vemos lógicamente conducidos a la conveniencia de admitir su dejación o renuncia, cuando no implique transgresión o culpa. En realidad, lo que distingue el deber del derecho no es la necesidad o la posibilidad jurídica de una línea de conducta, sino que en ambos supuestos se parte de la posibilidad del actor (prestación obligatoria o ejercicio de una acción) para centrar la específica diferencia en la coactividad o arbitrariedad de la opción.» Y añadía: «Resalta esa diferencia específica cuando contemplamos ambas figuras desde el punto de vista del abandono de una pretensión jurídica; ilícito si la potestad se nos ha conferido para cumplir un deber; lícito si la norma jurídica nos impone una línea de conducta y deja a nuestra libre elección el camino que hemos de seguir» (47).

Esta posibilidad o derecho a renunciar estaba ya reconocida en la antigua regla romana *omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare* (D. IV, 41, 4), según ATZERY, que la hace depender también de la distinción entre actos facultativos y actos obligatorios (48), y que se caracteriza en el poder que tiene el titular para abandonar el derecho a que la renuncia se refiere por su propia voluntad (49). Lo cual, en términos generales, a nadie extraña, concibiendo tal facultad como un postulado incontrovertible del Derecho moderno, donde a diferencia de lo que sucedía en el antiguo, la doctrina más reciente trata de caracterizar y de precisar, conceptual y efectivamente, este concepto, de gran importancia institucional de una manera genérica, huyendo del particularismo de planteamiento del Derecho romano y medieval (50) y que ha dejado aún su estela en nuestros días, pues

dada de la mujer, oyendo a su consorte y, previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes (art. 1.413 del Código civil, párrafos primero y segundo). V. DE CASTRO: Apéndice al *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1958, págs. 44-52.

(47) *Op. cit.*, en «Estudios», II, pág. 17.

(48) *Delle rinunzia secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1910, págs. 4-5.

(49) *Op. cit.*, págs. 47-48.

(50) RAYNAUD: *La renonciation a un droit*, en «Revue Trim. de Droit Civil», 1936, XXXV, pá. 765 y sigs.; MEXNIAL: *Des renonciations au Moyen Age et dans notre Ancien Droit*, en «Nouvelle Revue Historique de droit française et étranger», 1900, pág. 108 y sigs.; 1901, págs. 241 y 657; 1902, págs. 440 y 640 y sigs.; 1904, págs. 608 y sigs.

son muchos los autores en todos los países que no se ocupan de la renuncia más que con referencia a los distintos supuestos particulares de la misma (51).

Y así TRAVESAS, planteando la cuestión en términos generales, considera que la facultad de renunciar es una facultad nacida de la cualidad del propio derecho subjetivo, motivo por el cual, nos dice, hay derechos irrenunciables; lo que desde otro punto de vista viene a confirmar lo anteriormente dicho (52), pero para entrar en el concepto de renuncia hay que partir de su distinción en relación con la noción de *transmisión*. Y así efectivamente, como dice el mismo TRAVESAS, se puede hacer salir de la propia esfera patrimonial un derecho de dos maneras, transmitiéndole a un tercero, o bien produciendo su extinción, sin que se opere esa transmisión, o impidiendo su nacimiento. Pues bien, la declaración de voluntad productora de este segundo resultado constituye la renuncia (53). Por eso dice LESSONA que cuando se abandona un derecho para transmitirlo a otro, se habla de *enajenación*, no de renuncia. Resaltando cómo estas dos palabras, *renunciatio* y *alienatio*, se han perpetuado desde el Derecho romano para designar dos conceptos distintos (54).

En suma, dentro de la categoría de los actos o negocios jurídicos de disposición, ateniéndonos a una clasificación de aquéllos por su contenido, y que suponen una disminución para el patrimonio del sujeto, la doctrina dominante considera que tales actos o negocios

(51) Lo que se agudiza aún más en la doctrina francesa más usual y corriente: PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., La Habana, 1945, IV, núms. 313-325; V, núm. 327, y IX, números 766 y 931-957, etc.; PLANIOL, RIPERT et BOULENGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, I, París, 1950, núms. 2.852-2.855, etc.; COLIN y CAPITANT: *Curso*, III-2, págs. 233 y sigs.; II-2, págs. 639 y 1.146 y sigs., etcétera; JOSSEBRAND: *Cours de Droit civil positif française*, París, 1930, números 1.337 y 1.605, etc.; no obstante, los primeros dedican al planteamiento general del tema alguna atención: PLANIOL: *Op. cit.*, V, número 327, pág. 350.

(52) *La renuncia*, en R. G. L. J., vol. 155, págs. 566 y sigs.; de acuerdo en parte, MEISSSELS: *Zur Lehren vom Verzicht*, en «Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht», de Grunhut, XVIII, pág. 669 y sigs., y totalmente: ATZERI: *Op. cit.*, págs. 47-48; PIRAS: *La rinunzia*, págs. 27 y sigs.; VON THUR: *Teoría general del Derecho civil alemán*, trad. cast., Buenos Aires, 1947, II-1, pág. 204; ALBALADEJO: en *Notas a El negocio jurídico*, de CARIOTTA FERRARA, Madrid, 1956, pág. 120.

(53) *Op. cit.*, pág. 544; BEKKER: *Pandekten*, II, 1886, pág. 230; BACHER: *Revision des Verzichtsbegriffs*, en «Jherings Jahrbücher», V, página 258; MEISSSELS: *Op. cit.*, pág. 669; COHN: *Erban und Verzichtmachung* B. G. B., en «Beiträge de Gruchot», XLVII, pág. 255 (citas de TRAVESAS: *Ibid.*).

(54) *Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil*, en «Revue Trim. de Dr. Civil», 1912, págs. 387 y sigs.

En Derecho anglosajón la renuncia tiene un carácter parecido; véase al efecto, GORLA: *La rinunzia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella Common Law*, en «Rivista di Diritto Commerciale», L, núm. 9-10, Milano, 1952, I, pág. 342 y sigs.

pueden revestir dos formas distintas, según que la disposición sea *traslativa* o meramente *abdicativa*, dando lugar aquéllos a los *negocios de enajenación* (traslativa o constitutiva) y ésta a la *renuncia* (55). Huelga decir también que la misma doctrina hace resaltar el carácter abdicativo de la renuncia (56), la cual puede ser definida con CASTÁN como el desapoderamiento o abandono de un derecho por su titular sin transmitirlo a otra persona (57).

Por último se han hecho por la doctrina varias clasificaciones de las distintas clases de renunciaciones en orden a la más fácil discriminación de su concepto genérico y de la fundamentación de cada una de ellas, haciéndose famosa la realizada con arreglo a su contenido por BARTOLO (58), de la que nos ocuparemos más adelante; aquí ahora nos interesan más aquellas que nos sirvan para diferenciar la renuncia de otras figuras afines, y de todas podemos escoger la de BIANCHI, el cual las clasifica del siguiente modo:

a) *Declarativas*, las que suponen un nudo reconocimiento del derecho ajeno y la insubsistencia del derecho propio.

b) *Preventivas*, o sea no aceptaciones, al rehusar la adquisición de un derecho que aún no ha entrado en nuestro patrimonio.

(55) ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil (Parte general)*, I-1, páginas 36-37; VON THUR: *Teoría Gen.*, II-1, págs. 392 y sigs.; FADDA e BENZA: *Notas a WINSCHIED, Diritto delle Pandette*, Torino, 1926, IV, página 379; RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp. de la 3.ª ed. ital., I, pág. 240; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1943, pág. 213 y sigs.; COVIELLO: *Doctrina general del Derecho civil*, trad. cast., México, 1948, pág. 360; CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 112 y sigs.; GORLA: *L'atto di disposizione dei diritti*, en «Annali della Università de Perugia», 1936, pág. 46; DE DIETRO: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, II, pág. 780; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, loc. cit.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas a ENNECERUS, Tratado (Parte general)*, I-1, págs. 42-43.

(56) Bibliografía citada en nota anterior y además: CHIRONI: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Torino, 1922, I, pág. 96; FADDA e BENZA: *Op. cit.*, IV, pág. 619; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 361; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 38; RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 782 y sigs.; MARTY et RAYNAUD: *Droit civil français*, I, Paris, 1955, págs. 286 y sigs.; AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil français*, IV, Paris, 1902, pág. 331; PLANIOL y RIPPERT: *Tratado*, V, núm. 327; CASTÁN: *Op. cit.* pág. 227, y *Derecho civil*, 9.ª ed., I-2, página 85; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 119; SANTORO PASSARELLI: *Dottrina Generale del Diritto civile*, Nápoli, 1954, pág. 73.

(57) *Op. cit.* pág. 227. LESSONA la define como manifestación de voluntad, acompañada o seguida en materia de derechos reales de abandono material y cuyo fin es extinguir, sin transmitirlo a un tercero, un derecho actual que pertenezca o deba pertenecer ulteriormente al renunciante o impedir que este derecho llegue a nacer (*Op. cit.*, pág. 387); COHN, como la declaración de voluntad dirigida al abandono de una situación jurídica y, por tanto, de una relación jurídica (*Op. cit.*, pág. 251); ATZERI como la remisión de un derecho que se verifica por efecto de la voluntad unilateral de su titular (*Op. cit.*, pág. 1); RUGGIERO, como la dejación de un derecho sin ánimo de transmitirlo a otro (*Op. cit.*, pág. 387), y CARIOTTA FERRARA, como aquel negocio jurídico por el que se hace dejación de un derecho con la consiguiente extinción del mismo (*Op. cit.*, pág. 112).

(58) RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 766-767.

c) *Abdicativas* o extintivas, tendentes a abandonar pura y simplemente un derecho perteneciente al renunciante.

d) *Traslativas* (o sea *in favorem*), que contienen no un abandono puro y simple del derecho, sino su cesión a favor de una determinada persona y que en realidad constituyen un negocio jurídico ordinario (59).

Estas últimas no es preciso insistir mucho para evidenciar que no son verdaderas renunciaciones; de ello pasaremos a ocuparnos en el epígrafe siguiente.

Si nos interesa resaltar una distinción que ha sido notablemente descuidada por la doctrina moderna, y es que junto a las renunciaciones a que nos venimos refiriendo, como renunciaciones a derechos o a situaciones jurídicas (ya veremos más adelante de precisar su objeto), hay que destacar la renuncia a las leyes, tema que también interesa al Derecho privado, que ha sido, como decimos, en general preterido por la doctrina y en particular por los autores que se preocupan del estudio de la renuncia en general.

Por otra parte interesa hacer constar también que la renuncia no es, ni mucho menos, un acto típico sujeto a una irremediable univocidad, sino que reviste, como ya había intuido BAROLO, en el campo del Derecho privado mismo diversas formas atemperadas a la distinta naturaleza de los derechos sobre que recae, formas que de una manera o de otra se vienen transmitiendo desde el Derecho romano a través del Derecho intermedio (*derelictio*, remisión de deuda, repudiación de herencia), si bien transformándose, cuando, por otra parte, como ya hemos dicho, hasta nuestros días no se han ido precisando los verdaderos caracteres de la renuncia en un intento de estructuración del concepto genérico de la misma, y buena parte de las dudas que suscita su naturaleza jurídica se derivan de las concomitancias que se han querido establecer entre supuestos actuales de renuncia y algunas instituciones romanas, como la remisión de deuda, por ejemplo (60).

2. LA LLAMADA RENUNCIA TRASLATIVA O «IN FAVOREM».—De lo que hemos venido anticipando interesa resaltar aquí que la renuncia es un acto abdicativo, que renuncia y enajenación que-

(59) *Tratato delle servitù legali*, 1888, pág. 591 (cita de TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 556). ATZERI: *Op. cit.*, págs. 39-46.

(60) LESSONA: *Op. cit.*, págs. 376 y sigs.; CHIRONI: *Istituzioni*, I, pág. 93; POTIER: *Oeuvres, Traité des Obligations*, París, 1821, núm. 578; FADDA e BENSA: *Op. cit.*, II, pág. 854.

(61) De acuerdo, ATZERI: *Op. cit.*, pág. 38; LESSONA: *Op. cit.*, páginas 362-303; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 557; RAYAUD: *Op. cit.*, págs. 770 y sigs. y 782 y sigs.; CASTÁN: *Los efectos de la renuncia...*, pág. 228; ENNECERUS: *Traité*, I-1, pág. 37; VON THUR: *Teoría general*, II-1, página 203 y sigs.; FADDA e BENSA, en *Diritto delle Pandette*, IV, pág. 379; RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 240; CASTÁN: *Derecho civil*, 9.ª ed., I-2, pág. 85; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 119; SIBICIANO: *Théorie générale des renonciations en Droit civil française*, th. París, 1932, pág. 69; BAZILE: *Les donations par renonciation*, th. París, 1929, pág. 23 y sigs.

dan perfectamente diferenciadas y como consecuencia de las dos anteriores a este respecto que en la renuncia la ventaja ajena tiene carácter ocasional (61).

Por tanto, la renuncia *traslativa* no es verdadera renuncia. Si resulta alguna ventaja de un tercero, la renuncia, dice ATZERI, no hace más que crear su condición externa, y la adquisición del derecho se verifica en virtud del propio derecho del tercero o por atribución de la ley, como en el acrecimiento (62).

No obstante lo que acabamos de afirmar se ha discutido por la doctrina la posibilidad de hablar de una renuncia traslativa. En la nuestra, por solo referirnos a ella, ya lo admitía MANRESA y más recientemente JERÓNIMO GONZÁLEZ (63). Pero esta distinción y la consiguiente admisión de tal categoría de renuncia está hoy, como puede verse, universalmente desechada, y es ya generalmente admitido que no cabe hablar de renuncia *traslativa*, ya que ésta no sería otra cosa que una renuncia de enajenación, lo que ha permitido decir a CARIOTTA FERRARA que «una renuncia traslativa no existe; el adjetivo es incompatible con el sustantivo» (64).

Toda esta confusión de conceptos viene producida porque junto a la renuncia propiamente dicha, tanto la ley como la jurisprudencia o la doctrina, en los distintos países de nuestro sistema jurídico, aplican el término renuncia con extraordinaria profusión en un sentido no técnico, aparte de que existen una serie de figuras afines a la misma que hay que tener en cuenta también en el sentido que indicamos (65); si bien es de notar, como observa agudamente VON THUR, que en unas y en otros «nos encontramos con un proceso que se asemeja a la renuncia del derecho en cuanto alguien agrava su situación jurídica mediante una declaración de voluntad» (66).

Ahora bien, para precisar más la distinción apuntada, podemos, en primer lugar, acercarnos al concepto de la llamada renuncia traslativa, definiéndola con TRAVIESAS como aquella que se lleva a cabo mediante una declaración de voluntad de una persona que aceptada por otra produce la transmisión del derecho

(62) *Op. cit.*, pág. 37; de acuerdo, RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 782; SUBICIANO: *Op. cit.*, pág. 74; RIPPERT: *Cours de droit*, 1930-1931, pág. 151.

(63) *Comentarios*, I, pág. 65, y *Estudios*, II, págs. 18 y sigs. y 27 y sigs.

(64) *El negocio jurídico*, pág. 112. La sentencia de nuestro T. S. de 1 de octubre de 1891 ya decía que no debía confundirse la renuncia traslativa con la extintiva.

(65) En los trabajos monográficos que citamos y en las obras generales se pueden encontrar numerosas y hasta completas alusiones a esas situaciones, a las que se les aplica el término renuncia. LESSONA, por otra parte, al final de su trabajo ya citado, establece como figuras afines de la renuncia las siguientes: la renuncia traslativa, la confesión, la donación, la prescripción, la remisión de deuda, la resignación de un beneficio y la transacción (*Op. cit.*, págs. 381-387).

(66) *Teoría general*, II-1, pág. 208.

de la primera a la segunda. Añadiendo el autor citado que «la renuncia traslativa es un negocio jurídico específico, venta, cesión, donación», mientras que la renuncia propiamente dicha «es forma de distintos negocios jurídicos (abandono de propiedad, perdón de deuda, repudiación de herencia)» (67). No obstante, esta última expresión de TRAVIESAS que citamos mal entendida es un tanto peligrosa, pues por ahí se nos escurriría de nuevo el difícil concepto de la renuncia de derechos, pero sobre todo es discutible, aunque la idea sea perfectamente aprovechable. Es discutible, porque la renuncia no es una «forma» ni en sentido técnico ni en sentido lato, y ya hemos dicho que no podía tener una configuración típica; es simplemente un acto de disposición que varía según la naturaleza de los derechos sobre que recae en su apariencia, pero que a su vez en todos los distintos casos posibles encuentra su unidad primordial en el fin que se propone: la extinción del derecho sobre que recae. En cambio, la renuncia traslativa tiene por finalidad no la extinción, sino la transmisión (68), por lo que no es una verdadera renuncia (69).

Pero los efectos directos o *indirectos* de la renuncia pueden ser no obstante muy diversos, nos dice CASTÁN, que no siempre esto quiere decir que la renuncia produzca el *aniquilamiento* del derecho abandonado. Es como si el derecho quedara vacante, sin sujeto, como en la herencia yacente, y que de esta situación se beneficiara una tercera persona, la cual adquiere el derecho *originariamente*, pero dándose la circunstancia de que su contenido no estaba ya configurado cuando pertenecía al que le renuncia, quien, por otra parte, no tenía intención de producir tal efecto, o aunque teniéndola no es relevante, jurídicamente hablando, en cuanto a los condicionamientos previos y requisitos de tal renuncia (70). Esta posibilidad se ve aumentada por el hecho de que la renuncia, como veremos, no sólo puede recaer sobre derechos **concretos, sino también, para algunos autores, sobre expectativas** (71). Y, por otra parte, de la naturaleza *abstracta* del acto *abdicativo* (72).

(67) *Op. cit.*, págs. 557-558.

(68) Véase, por todos, TRAVIESAS: *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

(69) Por todos, ATZERI: *Op. cit.*, pág. 44 y sigs.

(70) CASTÁN: *Efectos de la renuncia, etc.*, pág. 228; FADDA e BENSA, en *Diritto delle Pandette*, de WINSCHIED, II, pág. 400; RUGGERO: *Instituciones*, I, pág. 240; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 214; TRAVIESAS: *Op. cit.*, págs. 559-560; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., I, pág. 735; VON THIER: *Teoría general*, II-1, página 298.

(71) JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, pág. 17 y sigs.; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 561 y sigs.; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 364 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 159 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 791 y sigs.

(72) ENNECCHERUS: *Tratado*, II-1, pág. 214; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGÜER: *Notas al anterior*, *Op. cit.*, II-1, pág. 218; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, págs. 30-31. En Derecho español hay que tener en cuenta las limitaciones de admisión de los negocios abstractos. Vid. ROCA

CASTÁN, en un análisis de los efectos directos e indirectos de la renuncia, nos dice que hay casos en que el renunciante pierde un derecho que no puede ser adquirido por nadie (renuncia del acreedor a su garantía). Pero en otros, o se adquiere un derecho igual por el tercero (el de los llamados en segundo término a la herencia respecto del que renuncia), o al menos supone para aquél un incremento patrimonial (renuncia a un derecho real limitativo de la propiedad, renuncia a un crédito). Y, por último, hay supuestos en los que la renuncia sin dejar de ser tal pierde casi por completo su carácter extintivo, entre los que se encuentran el que aquí más nos interesa y los que le son afines (73). Y ello, más que por una modificación en el acto de renuncia, por la especial naturaleza de los derechos renunciados. Y así decía, por otra parte, CLEMENTE DE DIEGO que la renuncia extingue el derecho «siempre que no haya coparticipación de varios sujetos en un mismo derecho, porque entonces puede acrecer a éstos sin extinción» (74). Lo cual, por otra parte, no estorba el carácter extintivo de la renuncia, porque el acrecimiento deriva, de una parte, del llamamiento solidario (herencia), o de la titularidad común, siendo un fenómeno que obedece a la propia naturaleza de las cosas con independencia del hecho que la determina y, en definitiva, depende de la superior decisión de la ley (75).

Por último hemos de atenernos a la diferencia de régimen y consecuencias existente entre la renuncia propiamente dicha y la renuncia llamada *traslativa*. En cuanto a lo primero es obvio que, dado el peculiar efecto traslativo, será preciso exigir la necesi-

SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 738. Se admite este carácter abstracto de la renuncia en la R. de la D. G. R. de 11 de julio de 1901; de una manera parcial e imprecisa, pues, los negocios abstractos no son admitidos por la misma D. G. de los R. hasta la R. de 31 de julio de 1928.

(73) *Efectos de la renuncia, etc.*, págs. 228-229; *Derecho civil*, I-2, págs. 85-88; PÉREZ Y ALGUER: *Op. cit.*, 1-2, pág. 40.

(74) *Derecho civil*, II, pág. 790.

(75) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 521; de acuerdo, ATZERI: *Op. cit.*, pág. 37. En nuestro Derecho el acrecimiento por analogía de lo dispuesto para la sucesión hereditaria tiene aplicación en los supuestos de los artículos 395, 544 y 575 del Código civil, como supuestos seguros, según la autorizada opinión de JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Op. cit.*, pág. 41; apoyándose en la opinión de WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, I, página 163, nota 5; de acuerdo, LESSONA: *Op. cit.*, pág. 368 y sigs. y RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 571; pero aun así todos los supuestos citados no son reconocidos como de acrecimiento por GONZÁLEZ PALOMINO, salvo el del artículo 575 (*Op. cit.*, pág. 550 y sigs.); en cambio, este autor extiende el acrecimiento a la llamada renuncia a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, establecida en el párrafo segundo del artículo 1.394 en relación con el artículo 1.418-1.º de nuestro Código civil (*Op. cit.*, pág. 563), siendo de la misma opinión ROCA SASTRE: *La comunidad de gananciales*, págs. 176-177. Sobre el tema del acrecimiento puede verse la reciente monografía del profesor BELTRÁN DE HEREDIA (Pablo): *El derecho de acrecer*, Madrid, 1950.

dad de aceptación o la solemnidad en la forma (76), y al mismo resultado se llega si hacemos la consideración ya indicada de que tales renunciaciones han de revestir necesariamente la forma de un negocio jurídico específico (así sucede, por ejemplo, con los supuestos de los números 2 y 3 del artículo 1.000 del Código civil español, en los que se habla de *donación* y *cesión* (77), bajo la cual han de atenerse a una o a otra de tales exigencias o incluso ambas, según la clase de negocio de que se trate. En cuanto a la finalidad no hay que olvidar que las renunciaciones traslativas son concebidas *in favorem* o como renunciaciones *convencionales*; aquéllas suponen una liberalidad, en cambio a la verdadera renuncia nos parece imposible festinarla como liberalidad (78); supone únicamente, como ya hemos dicho, la dejación de un derecho. Estas, al ser convencionales, no sólo pierden el carácter abdicativo, sino que además adquieren, al igual que las anteriores, una *bilateralidad* que es incompatible con aquél (79).

Antes de pasar a ocuparnos del tema del carácter unilateral de la renuncia, y aun cuando sea anticipar conclusiones, es preciso decir que la renuncia a la sociedad de gananciales, verdadera y propia, contenida en el artículo 1.364 del Código civil, sólo puede concebirse como verdadera renuncia, es decir, como acto *abdicativo* en sentido lato, ya que ateniéndose a una clasificación usual de las renunciaciones (abdicativas, preventivas y reconocitivas) (80) la calificaríamos de renuncia *preventiva*, pero en modo alguno ninguna de estas categorías dejan de ser verdaderas y propias renunciaciones, conservando cada una de ellas su esencial carácter abdicativo o extintivo: son matices dentro de una superior unidad conceptual: la renuncia de derechos. Esta misma ca-

(76) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 362; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 44.

(77) TRAYBASAS: *Op. cit.*, pág. 557. La sentencia del T. S. de 1 de octubre de 1891, ya establecía: «No puede confundirse la renuncia traslativa, completamente análoga a la cesión, con la renuncia extintiva, que consiste en el desprendimiento voluntario de un derecho sin transmitirlo a nadie».

(78) ATZERI: *Op. cit.*, pág. 38; PLANIOL-RIPPERT, *Tratado*, V, n.º 327, pág. 350; CASTÁN: *Derecho civil*, 1-2, pág. 85, etc.

(79) Respecto de las llamadas renunciaciones *convencionales*, es preciso decir que éstas son verdaderos contratos; de acuerdo, VON THUR: *Teoría General*, II-1, pág. 301. No está muy claro el tratamiento de la cuestión en RAYNARD: *Op. cit.*, págs. 764 y sigs., ni la dedican extraordinaria atención otros autores. A nuestro juicio, la cuestión, si bien se mira, no tiene grandes problemas, el concepto de renuncia convencional es claro; ahora bien, lo que sí puede suceder, y por eso entendemos que la renuncia no perdería su carácter de tal es que formara parte del contenido de un negocio convencional, en el conjunto de un negocio *complejo*, solución a la que parecen apuntar, BRETON: *Théorie générale de la renonciation aux droits réels*, en «Revue Trim. de Dr. Civil», 1928, pág. 298, y SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 104. Este mismo autor entiende, por otra parte, que la renuncia tiene un carácter neutro, entendiéndolo por tal una operación jurídica que no entra ni en la categoría de los actos a título gratuito, ni en la de los actos a título oneroso (*Op. cit.*, pág. 79-80).

(80) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.ª ed., I, págs. 734-735.

lificación apuntada valdría utilizando la clasificación de BIANCHI que antes hemos aceptado, considerándola, con arreglo a ella también, renuncia preventiva pensada como tal renuncia de derechos; pero si tenemos en cuenta que también podemos considerarla como renuncia a un régimen especial—el de la sociedad de gananciales—, es decir, configurando un supuesto que se despega de la renuncia de derechos y se acerca a la renuncia de leyes, podríamos pensar ciertamente que también se aproxima a las que el autor citado llama renunciaciones *declarativas* (nudo reconocimiento del derecho ajeno, insubsistencia del derecho propio).

Estas dificultades de encuadramiento no deben sorprendernos; ya hemos dicho que la renuncia no tenía un planteamiento unívoco, sino diverso, pues toda una gama de supuestos análogos se escalonan desde la renuncia como acto abdicativo en sentido estricto hasta las llamadas renunciaciones traslativas, que no son tales renunciaciones, formando una serie de categorías intermedias que pueden considerarse como verdaderas renunciaciones cuando en ellas concurren sus dos características fundamentales: ser actos de disposición de finalidad no traslativa y, por otra parte, como veremos, ser actos unilaterales. Por eso del seno de los actos de renuncia en nuestro Derecho se destacan con peculiaridades propias la renuncia a la sociedad de gananciales (art. 1.364 del Código civil) y la renuncia a la herencia (arts. 988 y siguientes del Código civil) (81), a los que ROCA SASTRE considera renunciaciones *preventivas*, y sin que esté falta de razón al decir que esta categoría de renunciaciones se debieran llamar *repudiaciones*, reservando el término renuncia para designar exclusivamente a las renunciaciones *abdicativas* «*strictu sensu*» (82).

Lo mismo sucede con las otras renunciaciones afines a la de la sociedad de gananciales, a las cuales se las puede bien calificar como renunciaciones *abdicativas* en sentido estricto: renuncia a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales y nuda renuncia a los gananciales (83), ya que, por otra parte, si éstas

(81) A estos supuestos ha de añadirse la renuncia al legado y a la legítima, y de una manera dudosa a esa renuncia híbrida que BAS y RIVAS llama renuncia a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, pero que puede encuadrarse perfectamente entre las renunciaciones abdicativas.

(82) *Derecho Hipotecario*, I, págs. 734-735, y *La comunidad de gananciales*, cit.

(83) Según ROCA SASTRE, entre las renunciaciones *abdicativas* (cuando se abandona un derecho adquirido y ya incorporado al patrimonio) se incluyen la renuncia al dominio útil en el censo enfiteútico (arts. 1.625 y 1.631), abandono del predio sirviente (art. 509), renuncia a la medianería (art. 575), al condominio (art. 395), a la servidumbre y al usufructo (arts. 544, 546 y 513), a los bienes gananciales (art. 1.394). Y entre las *preventivas* (cuando se abandona un derecho deferido, o sea un derecho a la adquisición del cual está llamado el renunciante), comprende las renunciaciones a la herencia, legados y legítima (*Derecho Hipotecario*, I, pág. 734), a la que nosotros añadimos la renuncia a la sociedad de gananciales (1.364).

se hicieran no indeterminadamente constituiría una *donación* la heccha gratuitamente, o un contrato *oneroso*, al mediar contraprestación (84). En el caso de *verdadera y propia renuncia*, cuando ésta verse sobre los gananciales, los herederos del premuerto, si el que la hace es el supérstite, o el cónyuge superviviente, si la efectúan los herederos del difunto, adquieren los gananciales renunciados en virtud de acrecimiento, es decir, por *ministerio de la ley*; mientras que si la renuncia es traslativa los adquieren en virtud del vínculo que sirve de causa a la adquisición. A este respecto entre las cuestiones que suscitan, y muy en relación con el tema que vamos a tratar seguidamente, es interesante hacer notar que la doctrina se ha planteado el tema de si cabe la acción pauliana contra los actos de renuncia (85), siendo en el presente caso esta cuestión ociosa, porque, en definitiva, en la renuncia a la sociedad de gananciales y en las restantes afines, los derechos de los acreedores, aun cuando no estuvieren protegidos por el régimen de la acción pauliana (arts. 1.111 y 1.291 del Código civil), por tratarse de actos desprovistos de carácter traslativo y no haber base suficiente para el ejercicio de la referida acción (86), por disposición de la ley se encuentran amparados por derogaciones especiales del normal régimen que con arreglo a su naturaleza extintiva habrían de tener, siendo manifestaciones de este fenómeno en nuestro derecho, movidas por evidentes razones de orden práctico, las siguientes: lo establecido en el artículo 1.937 para el caso de prescripción consumada (87), norma análoga a la establecida en el artículo 1.009 para la repudiación de herencia y que el artículo 1.394, párrafo segundo, y 1.418, párrafo último, extienden a la renuncia a la sociedad de gananciales y a los restantes supuestos afines (88).

3. CARÁCTER UNILATERAL DE LA RENUNCIA.—Estrechamente ligado con el tema de la renuncia como acto abdicativo aparece su

(84) De un caso de renuncia de gananciales a título *oneroso* se ocupa la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1918, que considera contrato con causa onerosa y no donación la renuncia por la viuda de su derecho a los gananciales, a cambio de la obligación impuesta a los hijos del marido de satisfacer a aquélla una pensión anual. A otro caso análogo se refiere la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de mayo de 1911, en la que la viuda hace renuncia de sus gananciales y aportaciones a favor de sus hijos, calificándola aquel centro directivo de *donación*.

(85) RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 784-785; TRAVESAS: *Op. cit.*, págs. 571 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 532 y sigs.; COLIN Y CAPITANT: *Op. cit.*, I, núm. 880; PLANIOL Y RIPERT: *Tratado*, VII, núm. 941.

(86) Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1927 y 10 de julio de 1928.

(87) Cifra: «Los acreedores y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor» (art. 1.937 del Código civil).

(88) ROCA SASTRE: *Derech. Hipotecario*, I, pág. 738; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 784-785.

otra característica: la de que este acto ha de ser también unilateral.

La determinación de esta característica en la doctrina se presenta un tanto confusa; ello depende, en primer lugar, de la variedad de planteamiento con que aparece la renuncia en el Derecho privado a través de numerosos supuestos análogos entre sí y a que los autores normalmente, porque además ello es preciso que sea así, se dedican a estudiar esta característica del acto de renuncia haciendo un examen de su aparición o concurrencia en los diversos supuestos establecidos como posibles de tal acto dispositivo.

Y, por otra parte, a que, como sabemos, tanto en el Derecho actual como en el antiguo, se emplea el término renuncia no siempre en su acepción técnica, a lo que se une, en fin, el que sólo modernamente se ha tratado de hallar un concepto unitario de la renuncia, ocultándose en el fondo de cada concepción contraria a la corriente doctrinal que seguimos un abigarrado conjunto de figuras afines a la renuncia que vienen a oscurecer las conclusiones emitidas.

Ya en el Derecho romano, según LESSONA, en la fórmula de ULPIANO, *«is dem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur»*, se revela que no aparece tratada la cuestión de una manera uniforme, sino haciendo depender la solución de la naturaleza especial de los derechos (89). Pero en el fondo de este razonamiento late una verdad que no es posible despreciar en absoluto.

En la doctrina moderna ya para algunos autores no puede haber regla general para la eficacia de la renuncia; hay renunciaciones válidas unilaterales, las hay que precisan una aceptación (90). Y así UNGER hace depender la distinción de la concordancia entre los medios de adquirir y los medios de perder el derecho, diciendo que cuando no se puede crear un derecho unilateralmente, tampoco puede destruirse unilateralmente (91). Para WACHEK, la renuncia unilateral no tiene fuerza para ligar al renunciante cuando falta la aceptación del tercero, por lo que no es valedera (92). De parecer análogo era SAVIGNY, quien considera que una renuncia unilateral es completamente ineficaz, pero seguida de aceptación puede constituir un contrato (93), y el propio UX-

(89) *Op. cit.*, pág. 366.

(90) Véase LESSONA: *Op. cit.*, págs. 366 y sigs.; BEKKER: *Pandekten*, II, §, 108; VANGEROW: *Lahrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1863, I, § 127; UNGER: *System des Osterreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, 1802, II § 94; GIANTURCO: *Sisteme di Diritto Civile*, Nápoli, 1804, pág. 224; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, II, página 332. De este criterio vacilante son también AUBRY et RAU: *Droit Civil française*, IV, págs. 331 y sigs. y otros muchos.

(91) *System*, II, § 94.

(92) *Pandekten*, I, pág. 335.

(93) *Sistema de Derecho romano actual*, IV, pág. 90.

GER cree que el acto unilateral no basta para extinguir un derecho (94), e incluso WACHER llega a decir que la unilateralidad no es requisito decisivo a la concepción de la renuncia (95).

Otras veces los autores se muestran favorables decididamente a concebir la renuncia como acto normalmente unilateral (96). Y así decían FADDA y BENSA que la verdadera renuncia debe tener una plena eficacia por la sola voluntad del titular del derecho, pues si el derecho subjetivo se considera como una facultad de obrar o como un interés protegido por la ley no es dudoso que cada uno pueda servirse de esta facultad o hacer valer o no su interés, al menos que una razón especial de orden público lo impida (97).

Y RAYNAUD mantiene que la renuncia es un acto unilateral, es decir, produce efecto desde que es manifestado, porque es válido sin aceptación de nadie (98); pero en el transcurso de su trabajo, y con el ánimo de sacar a flote un concepto unitario de la renuncia se muestra acaso excesivamente rígido en el mantenimiento de este principio.

Porque lo que no cabe duda es que, desde luego, la renuncia es un acto de voluntad unilateral. Pero a veces sin dejar de serlo, por razones de índole práctica, el Derecho positivo exige la concurrencia de algunas condiciones o requisitos en orden generalmente a los efectos indirectos de la renuncia, que vienen a desvirtuar externamente las consecuencias de esta calificación jurídica.

Por eso la más reciente doctrina alemana e italiana viene a admitir con ciertas atenuaciones, o más bien salvedades, el carácter unilateral de la renuncia. Pero esto no esterba realmente a su naturaleza jurídica basada en los dos caracteres que le hemos venido aplicando, pues si bien se piensa, estas atenuaciones o salvedades al reconocimiento de la renuncia como acto unilateral no actúan configurando el concepto de la misma como tal, sino en virtud de causas exógenas al mismo en el sentido ya indicado. Estando en lo cierto VON THUR cuando afirma «que por su esencia y efectos la renuncia es un negocio unilateral; por

(94) *System*, II, § 18.

(95) *Op. cit.*, pág. 257.

(96) LESSONNA: *Op. cit.*, págs. 366 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 36 y 90 y sigs.; MEISSELS: *Op. cit.*, págs. 669 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 773 y sigs.; MARTY et RAYNAUD: *Droit Civil*, I, pág. 286; BETTI: *Teoría General del Negocio Jurídico*, pág. 215; CHIRONI: *Istituzioni*, I, pág. 93; RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 240; COVELLO: *Manual*, pág. 360; SANTORO PASSARELLI: *Dottrine*, pág. 73; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 559; CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85 y sigs.; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, págs. 735 y sigs.; FADDA e BENSA: *on Diritto delle Pandette*, de WINSCHELD, I, pág. 158; VON THUR: *Teoría General*, II-1, pág. 300; ENNECCERUS: *Derecho Civil*, I-2, pág. 37; PIRAS: *La rinuncia*, pág. 27; WALSMANN: *Der Verzicht*, pág. 110; BAZILE: *Op. cit.*, págs. 9-10; SIRICIANO: *Op. cit.*, págs. 81 y sigs.

(97) *Ibid.*

(98) *Op. cit.*, pág. 774.

tanto, y salvo razones especiales, la declaración del titular del derecho es suficiente» (99).

De todos modos ésta es cuestión intrincada y muy peligrosa en estrecha relación con el problema de los efectos del acto unilateral, muy debatido por la doctrina desde siempre. En Roma los Proculéyanos negaban toda eficacia a la sola voluntad unilateral, mientras que los Sabinianos, al contrario, la aceptaban. Por ello se hace preciso, más que indagar en la doctrina de una manera general, tratar de reconstruir el concepto que buscamos con los materiales dispersos en el Derecho positivo a través de los distintos supuestos más relevantes de renuncia. Los agruparemos de la siguiente manera:

1.º *Renuncia a los derechos reales.* — Hemos de distinguir ante todo la renuncia a la propiedad y la renuncia a los derechos reales sobre cosa ajena.

En la renuncia a la propiedad no parece que se planteen problemas respecto a su carácter unilateral; el propietario puede renunciar a su derecho a voluntad (100), únicamente habrá de tenerse en cuenta que si se trata de inmuebles habrá de inscribirse la renuncia en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos frente a terceros (101). La renuncia aquí considerada será abdicativa según la clasificación anteriormente aceptada; por tanto, su registración, si afecta a inmuebles inscritos, es, según ROCA SASTRE, la propia de un acto perfecto en el sentido de no necesitar del complemento de aceptación alguna (102).

Lo mismo puede decirse de la renuncia a la nuda propiedad o a la de la propiedad gravada con otro derecho real, o a la cuota del condominio, pero no podemos entretenernos en examinar los numerosos problemas que aquí se plantean (103).

(99) *Teoría General*, II-1, pág. 300.

(100) Con la renuncia la cosa objeto de la propiedad deviene *res derelicta* (mostrenca o *nullius*, según sea inmueble o mueble).

(101) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 369; CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 113; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en «Notas» a ENNECCERUS: *Derecho Civil*, III-1, pág. 369; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, págs. 737 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil*, Valladolid, 1935, II, págs. 262 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, ed. 1941, II, pág. 182; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en «Estudios», II, págs. 32 y sigs.; ALBADALEJO, en «Notas» a CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 120; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 133; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 777-778; VON THÜR: *Teoría General*, II-1, pág. 298.

(102) *Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., I, pág. 458. Tal renuncia servirá de título inscribible conforme al artículo 2.º-2.º de la Ley Hipotecaria.

(103) Tal, como entre otros, el de si es preciso abandonar la posesión también cuando se renuncia al dominio, o en qué medida va implícito el abandono en la renuncia (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., I, págs. 460-461; WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, notas a la página 384, vol. IV); o el interesante problema de si en la renuncia de la cuota de copropiedad se adquiere por los comuneros del renunciante en virtud de ocupación la porción vacante, o si lo es por acrecimiento, y si el acrecimiento se produce sólo por ministerio de la ley o es precisa la aceptación

En lo que concierne a los derechos sobre la cosa de otro no se encuentran ciertamente por la doctrina más dificultades para demostrar el carácter unilateral de la renuncia, pues aun cuando beneficiaría al propietario de la cosa gravada con el derecho limitativo renunciado, esto no le hace perder, como hemos visto, el carácter abdicativo ni tampoco da bilateralidad al acto de renuncia, pues esto no es más que expresión de la elasticidad del dominio (104). Siendo favorable a esta tesis en nuestro Derecho el textos de los artículos 513 (que extingue el usufructo por la renuncia del usufructuario), 546 (la servidumbre se extingue por la renuncia del dueño del predio dominante), 599 (renuncia a la medianería) y otros del Código civil, aparte del artículo 4.º del mismo, que establece el principio general de la renuncia de los derechos (105).

En lo concerniente a la renuncia del derecho real de hipoteca (*remissio pignoris*) tampoco surge ninguna especialidad. Esta es perfectamente posible, comprendiendo o no en ella el crédito, sin que sea precisa la aceptación del propietario (106). No sucedía lo mismo en el Derecho romano, en el que aceptación era precisa (*Digesto*, XIII, 7, 9, 3; XX, 6, 8, 1-5, y *Codex*, VIII, 26, 2), en lo que los autores se muestran conformes (107). En cambio, en el Derecho moderno (francés, alemán, italiano y español) se

para que tenga lugar (LESSONA: *Op. cit.*, pág. 369; VITALEVI: *Delle comunione dei beni*, III, núms. 809 y sigs.; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en «Estudios», II, págs. 39 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 521 y sigs.), materia ésta en la que, como apuntaba JERÓNIMO GONZÁLEZ, ciertamente, es difícil sentar un criterio rígido en vista de nuestro ordenamiento positivo (artículos 395, 575 y 544 del Código civil), pudiendo consultarse sobre el particular la siguiente doctrina, aparte de la citada: MEISSELS: *Op. cit.*, pág. 678; JURKING, en *Jahrbuch für Dogmatik*, 10, pág. 203, y BAZILE: *Op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(104) GERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 285. Sobre este particular ver JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, págs. 42 y sigs., y sobre todo la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de abril de 1927, que proclama el carácter unilateral de tales renunciaciones. De acuerdo, LESSONA: *Op. cit.*, pág. 372; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 777 y sigs.; VON THUR: *Teoría general*, II-1, pág. 299; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 133 y sigs.; VENEZIAN: *Dello usufructo...*, II, 1936, págs. 776 y sigs.; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 114. En los derechos reales dice BAZILE, la renuncia se revela como una «contraocupación» que aparece con los mismos caracteres que la ocupación (*Op. cit.*, pág. 13; de acuerdo se muestra en esta afirmación DEMOËRE, en *Revue Trim. de Dr. Civil*, 1905, págs. 724 y sigs.)

(105) Ni siquiera les enumeramos porque creemos no tiene objeto a nuestro propósito; al respecto, puede verse ALBADALEJO: en *Op. cit.*, pág. 120, y CASTÁN: «¿Es renunciable la enfiteusis?», en «R. G. L. J.», 1079, págs. 338 y sigs., respecto de la renuncia en los censos.

(106) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., III, págs. 820 y sigs.

(107) ROCA SASTRE: *Ibid.*, en nota 1; WINSCHIED: *Diritto delle Pandette*, I, pág. 248, nota 2; MEISSELS: *Op. cit.*, págs. 10 y sigs.; BACHER: *Op. cit.*, pág. 240; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 373.

puede construir la renuncia de la hipoteca y de los demás derechos reales de garantía como acto unilateral (108). En el Derecho alemán sucede, no obstante, que aun sin dejar de ser unilateral, pues la renuncia transmite al deudor la hipoteca (que puede ser hipoteca de propietario), se exige la aceptación del deudor (109).

2.^o *Renuncia a los derechos de crédito*.—En ésta existen más dificultades, pero ello depende, a juicio de LESSONA, siguiendo a CIROXONI, de que no está más que intuída, pero no definida claramente la distinción entre la renuncia al crédito y la remisión (110).

Vamos nosotros a estudiar esta cuestión, primero, a través del Derecho romano, después en la doctrina y, por último, en el Derecho positivo, si bien de una manera somera, aunque esta cuestión ha sido muy debatida, como veremos.

En el Derecho romano es sabido que una relación obligatoria no podía disolverse más que por la *conventio* bajo las tres formas de *acceptilatio*, de *mutuus discensus* y de *pacto de non petendo*. La solución de este problema entre los romanos, según LESSONA, hace que los romanistas recojan una visión inexacta respecto de la unilateralidad de la renuncia del crédito (111). No obstante, BARBEYRAC—POTHIER combatiría después esta opinión—, un autor del antiguo Derecho francés, en sus notas a PUFFENDORF, mantiene la validez de una remisión unilateral del crédito. Distinguiendo entre el acreedor que tuviese una voluntad absoluta de abdicar el crédito, el cual puede hacer eficaz este objetivo por la sola declaración de voluntad, y aquel otro acreedor que declara hacer remisión de la deuda a su deudor pretendiendo con ello hacerle una donación (112).

Este pasaje de POTHIER tiene para LESSONA un interés evidente aceptando la distinción apuntada al menos y razonando de la forma siguiente: Queda claro que en virtud del principio *in cito beneficium non datur* no se puede remitir una deuda sin el consen-

(108) Véase LESSONA: *Op. cit.*, pág. 373; AUBRY ET RAU: *Cours*, 5.^a ed., III, núm. 292; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni*, VI, núm. 227; GIANTURCO: *Sisteme*, pág. 225; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 136 y sigs.; PIRAS: *Op. cit.*, págs. 44 y sigs.; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, págs. 114 y sigs.

(109) Véase LESSONA: *Op. cit.*, pág. 374.

(110) *Op. cit.*, pág. 376; CIROXONI: *Istituzioni*, pág. 93.

(111) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 373; LAGARRIGUE: *La rénonciation*, th., París, 1854, págs. 23 y sigs. y 27 y sigs.; BAZILE: *Op. cit.*, pág. 17 y sigs. Véase ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, Madrid, 1943, II, pág. 149. Claro que en el Derecho moderno estamos en el mismo caso, por eso lo que digamos de la renuncia al crédito ha de ser temado evitando posibles confusiones (WINDSCHEID: *Diritto delle Panderte*, IV, págs. 383, 387 y 397; OERTMANN: *Introducción al Derecho civil*, pág. 180; TRAYBAS: *Op. cit.*, pág. 558), es decir, no nos referimos nunca a la renuncia a la relación jurídica.

(112) *Ouvres, Traité des Obligations*, núm. 578; LESSONA: *Op. cit.*, pág. 376.

miento del deudor; pero, por otra parte, el acreedor puede no conservar su crédito a pesar suyo, puesto que puede obtener el mismo resultado con el no ejercicio. Y desde otro punto de vista, como al acreedor no se le puede forzar a aceptar el pago (otra cosa es la consignación y sus efectos liberatorios), será inútil subordinar la renuncia a la adhesión del deudor, puesto que el acreedor encontrará en una abstención prolongada el medio de obtener el resultado que él busca. Por tanto, la renuncia puede ser unilateral. Esta tesis de LESSONA es seguida posteriormente por DUCOIN y SIBICIANO (113).

Pero entre los autores modernos esta cuestión se ha discutido mucho, siendo la orientación general contraria o, al menos, dudosa respecto del tema planteado (114). Ello debido en parte a la influencia del tratamiento de la cuestión en el Derecho romano, unido a que en éste, al menos en su fase primitiva, las formas de extinción de los derechos o de las relaciones jurídicas habían de guardar una íntima relación con sus formas de constitución (115), noción que se ha extendido en esta materia con una amplitud tal que ha de ser tomada como no aceptable, según ya hemos apuntado anteriormente. Y también a su especial regulación en el Derecho positivo.

Así, en el Derecho prusiano la aceptación era exigida salvo en la renuncia formulada ante el juez (116). Del mismo modo en el Derecho moderno alemán, el B. G. B. exige un contrato para dejar sin efecto la obligación (117). En Italia las dudas que anteriormente se planteara la doctrina, bajo el imperio del Código derogado, han dejado de tener objeto desde el momento en que

(113) DUCOIN: *Essai d'une théorie générale de la renonciation en Droit civil française*, 1h., París, 1913, págs. 114 y 145 y sigs.; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 117, y también, entre otros: FADDA e BÉNSA: *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandecte*, II, pág. 872, y CIIRONI: *Istituzioni*, pág. 93.

(114) GEORGI: *Teoria generale delle obbligazioni*, VII, núm. 307; CEROCIELLO: *La remissione del debito nel diritto civile positivo*, Roma, 1923; GANGI: *Remissione del debito e de la solidarietà*, Torino, 1905, núm. 12; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni*, IV, núm. 131, pág. 573; SRAJRA: *Mutuo, dissenso e remissione del debito*, en «*Rivista di Diritto Com.*», 1916, II, 428; COLIN y CAPITANT: *Curso*, II, núm. 1.304; AUBRY et RAU: *Cours*, IV, pág. 331 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 768 y 779 y sigs.; ATZERT: *Op. cit.*, pág. 102 y sigs.; PIRAS: *Op. cit.*, pág. 42 y sigs.; PLANIOL et RIPPERT: *Traité*, II, núms. 604 y 605; VON THÜR: *Teoría general*, II-1, pág. 299; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 115 y sigs.

(115) ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, II, pág. 149.

(116) LESSONA: *Op. cit.*, pág. 378; DERNBURG: *Preussen Privatrecht*, § 285 (cita de LESSONA, *Ibid.*).

(117) § 305 del B. G. B. Al parecer, en el seno de la Comisión, cuando se discutió el Proyecto del Código civil alemán, se propuso, dice LESSONA, establecer la renuncia unilateral del crédito, lo mismo que se permite renunciar a un derecho sobre la cosa de otro con tal carácter (§§ 875, 876, 1.064 y 1.065), pero se creía que esta interpretación iba a ser tomada abusivamente, por lo que se la rechazó (*Op. cit.*, pág. 378). De acuerdo, VON THÜR: *Teoría general*, II-1, pág. 299.

el nuevo Código, en su artículo 1.236, empleando una fórmula no muy feliz, parece decidirse por la bilateralidad de la renuncia al crédito (118).

En Derecho español, no teniendo nuestro Código precepto análogo al artículo 1.236 del Código civil italiano, no hay ningún obstáculo para admitir la renuncia como negocio unilateral, sin que a ello estorbe, según ALBADALEJO, el artículo 1.187, que le aplica ciertas normas sobre forma e inoficiosidad referentes a la donación (119).

3.º En la *renuncia a los derechos sucesorios*, en la doctrina más reciente y en los Derechos francés e italiano, la solución aparece clara y favorable a la unilateralidad de la misma (120). En cambio, el B. G. B. exige lo mismo que para la renuncia del crédito, un contrato, dada la importancia que el legislador alemán da a estos supuestos (121). En nuestro Derecho, a la vista de los artículos 983 y 1.000, es perfectamente admisible el carácter unilateral de la repudiación de herencia, y más aún se evidencia de lo dispuesto en el artículo 1.008, que determina que tal renuncia debe hacerse por escrito dirigido al juez en uno de sus supuestos (122) (123).

4. En la *renuncia a los derechos de familia*, del mismo modo

(118) Dicho precepto dispone que la declaración del acreedor de condonar el débito extingue la obligación cuando se comunica al deudor, salvo que éste declare dentro de un plazo adecuado no querer beneficiarse de ella. Véase CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, págs. 116-117.

(119) Según el autor citado en el texto «no prueba que la renuncia sea—como la donación—un contrato, sino que sólo significa: 1.º Que el límite más allá del cual son inoficiosas las donaciones (contratos) es también un límite a otros actos (unilaterales): condonación; y 2.º Que la *forma* (forma de la declaración de voluntad del renunciante), si la condonación es expresa, se ajustará a lo dispuesto sobre la forma de las donaciones (y la aceptación del favorecido no es forma, sino otra declaración de voluntad)» (*Op. cit.*, pág. 120). En contra, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1935 y la del TEAC de 27 de mayo de 1952.

(120) Véase MALLET: *De la renonciation à la succession*, th. París, 1931; MEYSSON: *La répudiation des successions et des legs*, th. París, 1931; BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL: *Des successions*, 3.ª ed., II, n.º 1.598; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 769 y sigs., en Francia. Si bien para PLANIOL-RIPERT: *Traité*, III, núm. 2.547, nota 2, se trata de una donación directa, y para COLIN Y CABYANT: *Curso*, III, núm. 1.025, de una donación indirecta. En Italia: LESSONA: *Op. cit.*, pág. 378; FADDA y BENZA: *Op. cit.*, II, pág. 880; CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, pág. 117, y PIRAS: *Op. cit.*, págs. 179 y sigs.

(121) VON THIER: *Teoría general*, II-1, pág. 298; CASPERS: *Erlan und Verzicht nach dem B. G. B.*, Strasburg, 1904, pág. 47; LESSONA: *Op. cit.*, página 379.

(122) De acuerdo, ALBADALEJO: *Op. cit.*, pág. 120; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en *Estudios*, II, pág. 19; ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 2.ª ed., I, pág. 466.

(123) Según dice BAZILE, muy acertadamente, las normas establecidas para la renuncia a la herencia viene a ser normas derogatorias del régimen general de la renuncia (*Op. cit.*, págs. 36-37).

y aún más unánimemente, es concebida con carácter unilateral (124), cuando ésta sea permitida por consideraciones de orden público, siendo esta parte del Derecho civil el ámbito propio para desenvolverse esta materia más fácilmente, lejos de dudas y de aclaraciones, como sucede en el Derecho civil patrimonial puro, lo que viene facilitado, además, por el carácter *preventivo* o *declarativo*, que suelen revestir tales renunciaciones.

Del examen que hemos realizado de la renuncia en las distintas clases de derechos y del que claramente resulta la posibilidad de concebir en abstracto y en concreto la renuncia como acto unilateral, queda una consecuencia importante, y es que la renuncia ha de estar sometida al estatuto de los negocios jurídicos unilaterales.

Esto, aparte de su reflejo en la capacidad, forma y efectos de la renuncia, ha sido objeto de estudio en cuanto a su posibilidad de *revocación*. A este respecto, dice ROCA SASTRE, que si la renuncia es un acto unilateral, se perfecciona y constituye por la sola voluntad del renunciante que la lleva a cabo, como tal acto jurídico. Si su existencia y nacimiento con este carácter se hace depender, en cambio, de una *aceptación*, sería entonces un acto bilateral, y hasta tanto que la aceptación se efectuase podría ser revocado (125). Pero esta argumentación no es muy satisfactoria, ni da una visión completa, pues hay negocios unilaterales que pueden ser revocados. A nuestro juicio la irrevocabilidad de la renuncia adquiere relevancia con independencia de su consideración como negocio unilateral, y precisamente por el fin que cumple en la vida jurídica, por su función peculiar, ya que es incompatible el carácter de *acto concluyente*, que ostenta la renuncia, sobre todo cuando ésta tiene una primordial finalidad *declarativa*, con la posibilidad de su revocación, lo que sería un evidente contrasentido. Y ello también, porque puestos a distinguir la renuncia no es simplemente un negocio unilateral, o mejor dicho, sino que, considerada en abstracto, no siempre adquiere el rango de negocio jurídico, aunque sea unilateral, aproximándose, en algunos casos, a un simple «*acto real*» *negativo* (abandono) (126), y en todo caso a lo que la doctrina alemana denomina *actuaciones de la voluntad*, las cuales, sin tener un fin directo de manifestación, dan realidad, en determinados casos, a una voluntad negocial, que por aquéllos se exterioriza (127); pero sin entrar en estas precisiones, que más que nada, en el mejor de los casos, sólo llevan a un bizantinismo terminológico, hay que hacer constar que la renuncia no puede encajar de una forma ab-

(124) ATZERI: *Op. cit.*, pág. 134; LESSONA: *Op. cit.*, págs. 379 y sigs.; VON THUR: *Teoría general*, II-1, pág. 306.

(125) *Derecho hipotecario*, I, 2.^a ed., pág. 461; de acuerdo, RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 774; SIBICIANO: *Op. cit.*, págs. 96 y sigs.

(126) De acuerdo, BAZILE: *Op. cit.*, pág. 13.

(127) ENNECCERUS: *Tratado*, 1-2, pág. 56.

soluta en esos moldes a que hemos aludido, porque, en definitiva, puede manifestarse bajo formas jurídicas diversas, y constituirse bien en un «*actio real*» *negativo* (abandono) o en una *declaración de voluntad* (128), manifestada ya en un negocio jurídico *unilateral* (renuncia pura y simple de la herencia, por ejemplo) o en un negocio jurídico *bilateral* (cuando la renuncia sea la base de la contraprestación de la otra parte, lo cual no le hace perder su carácter unilateral) (129), o formando parte de ellos, o aun con independencia de todo negocio, como una mera *actuación de la voluntad* (130). Llegándose al caso de que la renuncia es irrevocable si así lo exige la materia sobre la que versa y con independencia de su «vestidura» negocial. Así, por ejemplo, en consideración a la renuncia objeto de nuestro estudio, la de la sociedad de gananciales, resulta que admitida ésta por el artículo 1.364, proposición segunda, y permitida sólo a *contrario sensu* del artículo 1.394, párrafo primero, para después de disuelto el matrimonio, o cuando éste pueda disolverse por separación judicial, una vez ejercitada por la mujer o sus herederos es irrevocable. Pero si admitimos que ésta renuncia puede hacerse constante matrimonio, como veremos, no pura y simplemente, sino referida para el momento de su disolución legal, y por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.056, respecto de la partición de la herencia por los ascendientes entre sus descendientes, como una y otras facultades han de estar supeditadas a la libertad de testar, la cual es irrenunciable, resultará que si se verifica esa renuncia en tales condiciones, será siempre revocable.

Igual sucede con la revocación de la renuncia a la herencia, permitida por el artículo 790 del Código de Napoleón. Y aun cuando el nuestro carece de un precepto análogo, el inciso segundo del artículo 997, habla de la posibilidad de su impugnación —la de la renuncia a la herencia—, y el 1.001 autoriza a los acreedores a aceptar la herencia, y el 1.004 concede, también a éstos, la facultad de instar al heredero para que se determine a aceptar o a renunciar (131). Todo lo cual viene a confirmarnos en la idea ya apuntada de que es el mismo principio que establece la irrevocabilidad de la renuncia, el que permite estas derogaciones parciales, que han hecho dudar de la cualidad citada; sea uno de los caracteres de la regla, una vez más, la posibilidad de

(128) No empleamos el término «declaración de voluntad» en su acepción estricta y rigurosamente técnica, identificable con el concepto de «negocio jurídico», como entiende la doctrina alemana (véase, por todos, ENNECCERUS: *Op. cit.*, I-2, pág. 8 y sigs.), sino más bien en un sentido más general y lato.

(129) De acuerdo, BRETÓN: *Op. cit.*, pág. 298; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 104; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 120.

(130) Esto es, con otras palabras, a nuestro juicio, lo que viene a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1942.

(131) RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 774; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios*, II, págs. 30-31.

excepciones contra la misma (132). Abundando en lo que venimos diciendo, vamos a concluir este punto afirmando que la renuncia es normalmente irrevocable, y ello puede apreciarse analizando su función en las distintas categorías de renunciaciones y conscientes de que las excepciones apuntadas, y otras posibles, no vienen a perturbar este carácter, sino a confirmarle. Y así, si no puede admitirse, en tales términos, duda de tal condición, ni en las renunciaciones *preventivas* o *declarativas*, ni en las *recognoscitivas*, por la seriedad con que debe ser tomado el propósito del renunciante; menos aún cabe en las *abdicativas*, cuando normalmente, más aún que las anteriores se ha producido una ventaja para un tercero. El hecho de que el que renuncia a un derecho pueda volver a adquirirle (ocupación de la cosa abandonada) no efectúa la adquisición en virtud de la revocación de la renuncia, sino en gracia a un nuevo acto jurídico.

Menos dificultades plantea en nuestro Derecho la consideración de la renuncia como negocio unilateral que constituye o aparece en una *declaración de voluntad no recepticia*. Pues aunque suponga una ventaja para un tercero, en términos generales, y aun la abdicativa, no es preciso que llegue a conocimiento de nadie para su validez (133).

Por otra parte, el carácter extintivo y unilateral de la renuncia favorecen evidentemente su configuración como negocio *abstracto*, en el cual no es preciso que vaya expresa la causa, aun cuando ha de tener una cierta e idónea, pues sabido es que en nuestro Derecho no se admite el negocio abstracto de una manera absoluta (134). Para SIBICIANO, la causa hay que encontrarla en el *animus derelinquendi*, lo cual es un tanto vago e impreciso (135); más adecuada es la opinión de este mismo autor al respecto de la calificación que da a la renuncia, como *acto neutro*, que no entra ni en la categoría de los actos a título gratuito, ni en la de los actos a título oneroso (136).

Por último, como ya hemos anticipado, es perfectamente posible concebir la renuncia como contenido de un negocio *bilateral* o, mejor dicho, formando parte de él como una de sus pres-

(132) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Ibid.*; BAZILE: *Op. cit.*, págs. 36-37.

(133) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 2.ª ed., I, pág. 459; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 120; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas a ENNECERUS, Derecho civil*, I-2, págs. 42-43, y II-1, pág. 219; de acuerdo, RAYNAUD: *Op. cit.*, pág. 774; en contra, CARIOTTA FERRARA: *El negocio jurídico*, pág. 119; ENNECERUS: *Derecho civil*, I-2, pág. 37 y II-1, pág. 214.

(134) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 2.ª ed., I, pág. 459; 5.ª ed., I, pág. 738; ENNECERUS: *Op. cit.*, II-1, pág. 214; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Op. cit.*, II-1, pág. 218; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios*, II, páginas 30-31. V. Resolución de la D. G. R. y N. de 11 de julio de 1901, en la que hasta la manifestación abstracta de cancelación para que se lleve a cabo ésta sin que sea preciso el que se haya pagado el total de la deuda, y lo dicho en la nota 72.

(135) *Op. cit.*, págs. 176 y sigs.

(136) *Op. cit.*, págs. 79-80.

taciones; pues bien, como ya dijimos, aun en este supuesto no pierde su carácter *unilateral* (137).

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RENUNCIA.—Vamos aquí a ocuparnos muy brevemente, para completar la materia, a los requisitos y efectos de la renuncia.

En cuanto a los requisitos *personales*, en primer lugar hemos de apuntar que para renunciar será preciso tener no solamente la correspondiente capacidad de obrar general, sino también la concreta capacidad de ejercicio o poder de disposición. De forma que para renunciar un derecho o una situación jurídica habrá que ser *titular* de los mismos, lo cual es una aplicación del principio *nemo dat quod non habet*, o más propiamente: *beneficia non obstruduntur*; ello es una consecuencia clara y concluyente de ser la renuncia un acto de *disposición* (138). En tal sentido ha de tomarse la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1903, y el principio en ella formulado de que sólo puede renunciar el que tiene derecho a hacerlo. Aparte de esto no es preciso una capacidad específica, entendiendo la generalidad de los autores que hasta gozar de la capacidad general para enajenar (139); otros, como AUBRY y DAT, entienden que por analogía debe exigirse la capacidad para enajenar a título gratuito (140); en cambio, DUCOIN entiende que ni siquiera es precisa esa capacidad, pues en el caso de la renuncia no se trata de constituir un derecho a favor de otra persona (141); a lo que se objeta por BAZILE que sí es precisa esta capacidad, pues aunque no haya que tener en cuenta para nada el derecho de un posible adquirente, sí hay que considerar que las reglas que establecen la capacidad de disponer afectan a la salvaguarda de los intereses patrimoniales y tiene carácter de orden público (142). Notemos de pasada, a este respecto, cómo en la renuncia a la sociedad de gananciales, la mujer casada, mayor de edad, que tiene su plena capacidad limitada, a pesar de la reciente reforma del Código civil, de cierto aire feminista, puede renunciar por una derogación al régimen común en la materia, impuesto por el propio precepto que establece la renuncia.

En cuanto al *objeto* de la renuncia, es decir, en cuanto a qué derechos pueden ser renunciados, se ha planteado por la doctrina una aguda polémica, en relación con el principio que acabamos de formular de que sólo pueden ser renunciados los dere-

(137) BRETÓN: *Op. cit.*, pág. 298; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 104; ALBALADEJO: *Op. cit.*, pág. 120; en contra, CARIOTTA FERRARA: *Op. cit.*, págs. 118 y 119; en PIRAS: *Op. cit.*, págs. 46 y sigs., se trata la cuestión de una manera confusa.

(138) CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85-86; VON THÜR: *Teoría general*, II-1, págs. 294-295.

(139) SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 167.

(140) *Op. cit.*, IV, págs. 331 y sigs.

(141) *Op. cit.*, pág. 58.

(142) *Op. cit.*, pág. 34.

chos propios, y en razón a cuáles de esos derechos tendrán tal

TRAVIESAS hace una clasificación de los autores en este sentido de la siguiente manera:

a) Para MEISSELS sólo puede renunciarse a derechos *adquiridos* (143).

b) Para FRITZ, no sólo se puede renunciar a los derechos adquiridos, sino también a los *diferidos* (144).

c) Para REGELSBERGER, se puede renunciar a derechos, facultades, liberaciones, posibilidades, derechos futuros y posibles en el futuro; no, en cambio, a obligaciones ni cargas a las cuales esté ligado el renunciante.

d) Para AUBRY y RAU y para PACIFICI-MAZZONI se puede renunciar a los derechos eventuales y condicionales como derechos ya existentes, no a simples expectativas, únicamente cuando éstas sean accesorias (145).

Como se ve, salvo la orientación seguida por MEISSELS, se concede por la doctrina gran amplitud al objeto de la renuncia.

De forma que pueden renunciarse toda clase de derechos, aun los futuros, pero no las expectativas. A este respecto, para determinar hasta qué punto se puede establecer la distinción entre derechos futuros y expectativas, LESSONA, dice, que son derechos futuros, aquellos que existiendo no han entrado aún en nuestra esfera jurídica (condición, término, etc...), siendo entonces futuros de una manera relativa; en cambio, cuando el derecho no existe no es más que una expectativa, entonces es futuro de una manera absoluta (146). En el primer caso es susceptible de renuncia (147). Si hay que hacer constar que la renuncia a un derecho futuro sólo podría hacerse sobre la base de cómo vaya a surgir (148).

Por otra parte, no sólo son renunciables los derechos propiamente dichos, sino también toda clase de facultades o situaciones jurídicas, si bien es de hacer notar también que en este supuesto a lo que realmente se renuncia no es a la situación o posición jurídica, sino más propiamente al derecho a la misma (149).

Y, por último, es preciso hacer constar aquí que por razones del propio fundamento de la renuncia, no se pueden renunciar aquellos derechos cuyo ejercicio lleva consigo el cumplimiento de una serie de obligaciones; así sucede con los derechos que im-

(143) *Op. cit.*, pág. 669.

(144) Citado por TRAVIESAS: *Ibid.*

(145) *Cours*, IV, pág. 332; *Istituzioni*, II-I, págs. 461-462; TRAVIESAS: *Op. cit.*, págs. 560-562.

(146) *Op. cit.*, págs. 163 y sigs.

(147) ATZERI: *Op. cit.*, págs. 6 y sigs. y 159 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 792 y sigs.

(148) TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 361.

(149) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios*, II, págs. 18 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85 y sigs.

plican un interés público (derecho al nombre), o un interés público familiar (patria potestad), o todos aquellos en que la facultad concedida está configurada por el Derecho como un poder-función, o cuando, en suma, se trata de salvaguardar el orden público, o los intereses de un tercero, en lo que es concorde y unánime la doctrina (150). Materia que en nuestro Derecho consagra el párrafo segundo del artículo 4.º del Código civil, estableciendo un principio general aplicable a toda clase de renunciaciones de derechos y que encuentran sus desenvolvimientos particulares en otros preceptos; así, por ejemplo, el artículo 1.394, en cuanto a la renuncia objeto de nuestro estudio y afines (151)

Queda decir también que la renuncia puede hacerse a término si es suspensivo; nunca podrá renunciarse al ejercicio de un derecho durante cierto tiempo y haber verdadera renuncia; pero no puede hacerse bajo condición o modo tampoco, pues en este caso perdería el carácter de renuncia (152).

En cuanto a la *forma* de hacerse la renuncia no puede establecerse un principio general, pues depende en gran medida de la categoría del derecho renunciado.

En términos generales, puede decirse que es libre cuando no está determinada por la ley, como sucede en los supuestos de los artículos 18, 21, 25 y 1.280-1.º, 2.º, 4.º y 6.º de nuestro Código, por ejemplo, y así el propio Cuerpo legal, en su artículo 1.935, establece que la renuncia a la prescripción ganada puede hacerse en forma *expresa* o *tácita*. Pero en lo que es unánime la doctrina y la jurisprudencia es en que siempre ha de hacerse de una forma expresa, clara y terminante, lo cual es una manifestación de los adagios *renuntiatio est strictissimae interpretationis* y *renuntiatio non presumitur* (153). Y así se expresan también las sentencias de 17 de noviembre de 1931 y 13 de junio de 1942, diciendo esta última resolución que «la renuncia de derechos autorizada por el artículo 4.º, párrafo segundo, del Código civil, no tiene requisitos propios distintos de los que corresponden en cada caso, en relación con la naturaleza del acto que se realiza.

(150) LESSONA: *Op. cit.*, págs. 368 y sigs.; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 4 y 223 y sigs.; RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 796 y sigs.; WALSMANN: *Op. cit.*, págs. 144 y sigs.; TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 560; CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, I-1, 549; MANRESA: *Comentarios*, I, págs. 64 y sigs.

(151) Así también los artículos 816, 991, 1.002, 1.102 y 1.935 del Código civil prohíben otras renunciaciones. Prohibiciones parecidas se encuentran en la disposiciones de arrendamientos rústicos y urbanos y en materia de contrato de trabajo. Véase también BONET RAMÓN: *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1956, págs. 282 y sigs.

(152) V. TRAVIESAS: *Op. cit.*, pág. 464 y bibliografía allí citada; ATZERI: *Op. cit.*, págs. 516-517. El artículo 990 del C. c. no permite la renuncia de la herencia bajo plazo o condición, y el 652 la renuncia de la acción concedida al donante por ingratitud del donatario. V. MANRESA: *Comentarios*, I, págs. 62 y sigs.

(153) SIBICIANO: *Op. cit.*, págs. 190 y 195.

y la materia sobre que recaiga», habiendo de hacerse de manera que no dé lugar a dudas «bien en forma directa o indirecta, pero ha de ser terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación» (154).

En cuanto a los *efectos* de la renuncia, aparte de lo que ya hemos dicho al tratar de su naturaleza jurídica, que aquí no es del caso, queda por indicar lo que es obvio, que toda renuncia produce sus efectos frente al renunciante, sus herederos y sucesores a título particular y frente a sus acreedores (155), la garantía que ofrece el artículo 1.001 del Código civil en favor de estos últimos, o la facultad del artículo 1.937 (de oponer la prescripción renunciada), en un caso más particular, no es más que una confirmación de esta doctrina.

Por otra parte, hay que hacer constar que los efectos de la renuncia se producen ordinariamente *ex nunc*; es decir, sin alcance retroactivo. No obstante, algunos autores estiman acertadamente que la renuncia alcanza efectos *ex tunc* en algunos supuestos (contrato en favor de tercero renunciado y, sobre todo, renuncia a la herencia) (156). Y lo mismo sucede por ministerio de la ley en la renuncia a la sociedad de gananciales establecida en el párrafo segundo del artículo 1.364 de nuestro Código civil, ya que por aplicación de una ficción jurídica, se entiende que la sociedad de gananciales no ha existido nunca, hallándose establecido *ab initio* el régimen dotal.

5. LA RENUNCIA DE LEYES.—La renuncia de leyes, de muy difícil deslinde en la práctica, respecto de la renuncia de derechos concedidos por aquéllas, está en íntima relación con el tema del valor de la ley y arrastra ante nosotros cierto prestigio histórico, que nos lleva a la consideración inevitable de su evolución.

«En el desenvolvimiento del Derecho romano, dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, las leyes y plebiscitos podían o no tener una sanción para asegurar su propia efectividad». Y así, en efecto, por razón de su *sanción*, había leyes *perfectae*, leyes *minus quam perfectae* y leyes *imperfectae*. Solamente la transgresión de las primeras provocaba la nulidad de los actos ejecutados contra ellas, la de las segundas implicaba solamente la imposición de una pena; mientras que las *imperfectae* simplemente marcaban la pauta a seguir de un acto (157).

Según DE CASTRO Y BRAVO, en las últimas fases del Derecho

(154) CASTÁN: *Derecho civil*, I-2, págs. 85 y sigs.; TRAVIASAS: *Op. cit.*, pág. 570; ATZERI: *Op. cit.*, pág. 33; SIBICIANO: *Op. cit.*, págs. 147 y sigs.; DUCOIN: *Op. cit.*, págs. 58 y sigs.; BAZILE: *Op. cit.*, pág. 35.

(155) De acuerdo, ATZERI: *Op. cit.*, págs. 504-505.

(156) ENNECCERUS: *Derecho civil*, I-2, pág. 37; VON THUR: *Teoría general*, II-1, pág. 301 y nota 223; WALSMANN: *Op. cit.*, pág. 116, cita 161; en contra, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Op. cit.*, I-2, págs. 42-43, y, al parecer, TRAVIASAS: *Op. cit.*, pág. 570.

(157) *Prohibiciones de disponer*, en «Estudios», I, págs. 486 y sigs.

romano se va evolucionando hacia la interpretación de toda ley prohibitiva como declaratoria de la nulidad de los actos ejecutados contra ella, principio que ya sentó ULPIANO y ANTONINO y que se recoge en la regla de TEODOSIO, *si fuerit facta, non solo inutilia, sed pro infecti etiam habeantur* (C, I, 14,5) y en el propio Código de JUSTINIANO (C, V, 14, 10), manteniéndose en el Derecho intermedio, aunque en la práctica eran muy frecuentes y numerosas las renunciaciones generales y particulares de leyes a través de los actos *contra legem*, a lo cual favorecieron en principio las complejas circunstancias políticas y sociales de la Edad Media (158).

En nuestra Patria, las Partidas reproducen débilmente el precepto: «Otro sí decimos, que todo pleyto que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado» (Ley XXVIII, tít. XI, Partida 5.^a), pero no por ello dejan de ser menos frecuentes las renunciaciones, que se han generalizado a la sombra de las más ingeniosas y sofisticadas teorías, como decía GUTIÉRREZ (159). Pero esta práctica choca con el espíritu que anima la codificación y ya durante todo el siglo pasado la doctrina, la jurisprudencia y el propio Proyecto de Código civil de 1851 preparan la consagración del valor de la ley en el propio Código civil, viendo su necesidad para atajar los males nacidos de un reiterado abuso en la práctica de toda clase de renunciaciones (160).

Y es precisamente el párrafo primero de su artículo 4.º el que establece la prohibición de tales renunciaciones al determinar: «Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo que la ley misma ordene su validez» (161).

Es claro, por otra parte, que en el Derecho moderno apenas plantea problemas esta cuestión, pues es evidente en el espíritu de las modernas legislaciones el carácter irrenunciable de las leyes, aunque algunos códigos, en general los germánicos, no contengan normas concretas sancionadoras de tal principio, mientras que la mayoría de los latinos se refieren al mismo de una manera que desde cierto punto de vista resulta confusa, pues en tal punto concurren, y así en nuestro artículo 4.º, párrafo primero, con la proclamación del valor de la ley, la sanción impuesta al respeto a ella debido y una distinción necesaria entre normas *imperativas* y permisivas o *dispositivas* para hacer viable la aplicación de este principio, amén de que la distinción citada está a caballo de la idea del *orden público*, cuya relatividad se ha puesto de relieve en los tiempos actuales, por lo que es muy difícil

(158) *Derecho civil*, I-I, pág. 534.

(159) *Códigos...*, Madrid, 1871, I, pág. III.

(160) DE CASTRO Y BRAVO: *Ibid.*

(161) DE CASTRO: *Op. y vol. cit.*, pág. 534; de acuerdo, PRIETO CASTRO: *Para el estudio de los derechos irrenunciables*, en A. D. C., 1948, I-II, pág. 261.

y escurridiza toda labor de investigación en esta materia, donde, por otra parte, las renunciaciones a las leyes se confunden con la renuncia a los derechos concedidos por aquéllas, como ya hemos dicho.

Pero volviendo al párrafo primero del artículo 4.º del Código civil, claramente se deduce que este precepto se refiere a toda clase de actos, mientras que el 1.255 se refiere a los contratos con un contenido casi análogo, pero que, por otra parte, no se refiere a toda clase de leyes, sino solamente a las imperativas, y que en todo caso no se aplica la sanción en este precepto establecida cuando la propia ley ordene su validez de modo expreso (162).

Este mismo sentido tenía el precedente del propio artículo 4.º, párrafo primero, en el Proyecto de 1851, si bien aquél guardaba respecto del tema que nos ocupa una dicción más explícita: «La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de las leyes prohibitivas; lo hecho contra éstas será nulo si en las mismas no se dispone lo contrario» (163).

En suma, la irrenunciabilidad de las leyes resulta como un postulado del Derecho moderno, reforzado en nuestro sistema positivo por lo dispuesto en el reiterado artículo 4.º párrafo primero, y su sanción comporta la nulidad. Pero el exponer el análisis de esta cuestión, que sólo hemos enunciado, excede de los límites de este trabajo.

Únicamente hemos traído esto aquí a colación porque la renuncia a la sociedad de gananciales puede pensarse no solamente como una renuncia de derechos o de situaciones jurídicas, sino también como una renuncia de leyes. Y, en efecto, así lo es también: renuncia a un régimen legal, el de la sociedad de gananciales. Régimen establecido por unas normas que tienen un indudable alcance imperativo, en lo que es unánime la doctrina y la jurisprudencia (164) por si fueran poco las prescripciones que establecen los artículos 1.315 y 1.320 del Código civil, y también perfectamente posible porque es la propia ley, en el artículo 1.364 del Código civil, la que ordena su validez y posibilidad dentro de los límites del artículo 1.394 del mismo.

(162) MANRESA: *Comentarios*, I, págs. 57 y sigs.; JERÓNIMO GONZÁLEZ, en «*Estudios*», I, págs. 486 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, I, 1949, páginas 206-207; PRIETO CASTRO. *Ibid.*; DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil*, I-1, pág. 537.

(163) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, I, pág. 17.

(164) La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1931 declara irrenunciable el régimen familiar.

III

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES

1. PLANTEAMIENTO.—Dominada la renuncia por una inevitable relatividad en relación con la distinta naturaleza de los derechos o situaciones a que puede referirse se hace preciso un detallado análisis de la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales. Pero esta tarea que de por sí podría ser objeto de una extensa monografía es de una dificultad instrumental extrema, dada la disparidad de opiniones y lo abundante de la bibliografía. Por ello, sin renunciar al obligado examen que hemos de desarrollar seguidamente, dado el carácter y los límites de este trabajo, no vamos a intentar más que una investigación sumaria del problema.

La forzosidad de este planteamiento no viene dado solamente, como es sabido, por la disparidad doctrinal en torno al tema, la cual se remonta a las más antiguas fuentes bibliográficas, sino que se extiende entre los autores nacionales y aun los extranjeros a todas las etapas de la evolución del Derecho civil moderno, no pudiendo remontarse al Derecho romano porque la institución o sus variantes, dentro de los regímenes matrimoniales de comunidad era ajena al espíritu de los romanos y extraña al *Corpus Iuris*, aun cuando no faltan autores que sostienen que sus antecedentes se encuentran ya en la época del Bajo Imperio, bajo la influencia cristiana (165), sino más bien de las dificultades que se derivan de la terminología utilizada por el Código civil que ha venido a oscurecer, al menos a primera vista, el problema. Así, en efecto, «en algunos artículos—dice CASTÁN—, como por ejemplo el 1.392 en relación con el 1.413, parece vislumbrarse la antigua concepción del dominio exclusivo del marido (166). En otros, como el 1.414, que habla de que el marido sólo puede disponer de la mitad de los gananciales por testamento, parece resplauder la de la copropiedad romana, aunque sea de tener en cuenta, para no dar demasiado alcance a ese precepto, que el testamento no despliega sus efectos hasta la disolución del matrimonio. Finalmente el art. 1.395, al mandar que se apliquen como su-

(165) MINGUÓN: *Historia del Derecho español*, 4.^a ed., Barcelona, 1953, pág. 146; VIOLET-LE-DUC: *Histoire du Droit civil française*, 3.^a ed., págs. 826 y sigs.; LEFEVRE: *Leçons d'introduction générale a l'histoire du Droit matrimonial française* (citados por CASTÁN: *Derecho civil*, III, ed. 1941, pág. 562). También AUBRY: *La communauté de biens conjugale, origine et évolution du régime legal*, París, 1911; ACHER: *Origines de la communauté conjugale*, París, 1907; ROBERTI: *Le Origine romano-cristiane delle comunione dei beni fra coniuge*, 1919. Recientemente también BRONDI: *Il Diritto romano cristiano*, III Milano, 1954, pág. 107.

(166) Se refiere a su redacción antigua.

pletorias las reglas del contrato de sociedad, puede dar a entender que en el Código es predominante la concepción de los gananciales como una forma de sociedad civil (167). A esta serie de imprecisiones se han sumado las direcciones contradictorias de una jurisprudencia desorientada, aun cuando en la Dirección General de los Registros se puede observar una tendencia dominante a considerar a la sociedad de gananciales como una comunidad «en mano común»; pero a ambos extremos nos referiremos más adelante en el transcurso del presente capítulo.

Por ello, sin asidero legal y jurisprudencial propiamente dicho, hay que volcarse en el examen de las numerosas teorías que se han suscitado en la doctrina.

2. CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS PROPUESTAS POR LA DOCTRINA. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO SOCIEDAD ESPECIAL (168).—Aparte de la teoría ya modernamente abandonada que establecía la propiedad exclusiva del marido respecto de los bienes del matrimonio (169), con relación a la naturaleza jurídica de la comunidad conyugal se han establecido las teorías fundamentales que agrupamos del siguiente modo:

A) La que considera la comunidad de gananciales como una sociedad civil especial.

B) Como una comunidad de bienes de tipo «romano», es decir, *por cuotas*.

C) La que prefiere hablar de una comunidad de bienes de tipo «germánico», comunidad «zur Gesamte Hand» (en mano común); y

D) La que sin apartarse absolutamente de la idea de comunidad considera a la sociedad de gananciales como un «patrimonio de destino» o afecto a un fin dinámico (170).

(167) *Derecho civil*, III, págs. 563-564.

(168) Las teorías que se examinan en este lugar del texto son las más destacadas en el derecho moderno; para el derecho antiguo de Castilla se aludirá incidentalmente a las concepciones de sus glosadores en el capítulo siguiente.

(169) Antiguos tratadistas del Derecho consuetudinario francés: BEAUMANOIR, DUMOULIN y POTHIER, y entre los modernos, ROGUIN: *Le régime matrimonial*, París, 1905, núm. 225; criterio que ha sido duramente criticado, entre otros, por PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, VIII, núm. 156; CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito civil en comentario ao Código civil português*, Coimbra, 1932, VI, núm. 829, nota 3. También TROPLONG: *Du contrat de mariage*, París, 1830.

(170) Pueden verse sobre este particular las clasificaciones que hacen CASTÁN: *Ibidem*; PUIG PEÑA: *Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales*, en R. D. Pr., 1947, XXXI, págs. 356 y sigs.; LACRUZ BERNEDO: *Naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales*, en R. G. L. J., 1950, págs. 3 y sigs.; en la doctrina extranjera, entre otros, ROGUIN: *Op. cit.*, en «Droit civil comparé», núm. 256 y sigs.; MASSE: *Du caractère juridique de la communauté entre époux*, París, 1902; STOLFI: *Diritto civile*, V (*Diritto di famiglia*), núm. 607 y sigs.; MESSINCEO: *Op. cit.*, págs. 130 y sigs.; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, VIII, núm. 156; CUNHA

Vamos a ocuparnos ahora de la que considera a la sociedad de gananciales como una forma de sociedad civil de naturaleza especial.

La doctrina española antigua estaba acostumbrada a designar a la que más propiamente debiera llamarse comunidad de gananciales con el nombre ya tradicional de sociedad de gananciales, el cual fué incorporado a la dicción legal contenida en el propio Código civil como rúbrica de su capítulo V, título III del Libro IV del mismo, aparte de algunas alusiones a tal denominación en varios preceptos, y esta tradición, según dice el profesor LACRUZ BERDEJO, «se perpetúa hasta nuestros días—aparte del cauce legal indicado—a través de ASSO, y DE MANUEL, SALA, FERRERO, G. GOYENA, SÁNCHEZ ROMÁN, FALCÓN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLE, DE DIEGO, VALVERDE, ALAS, DE BUEN... SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE añaden además que el matrimonio forma una personalidad jurídica: la sociedad conyugal, al lado de la cual aparece la personalidad económica formada por la sociedad legal de gananciales» (171). Como ya hemos dicho más arriba, esta opinión es la que parece seguir el Código cuando en su artículo 1.395 establece que la sociedad legal de gananciales ha de regirse por las normas del contrato de sociedad en todo aquello que no esté específicamente regulado en las normas que establecen su régimen propio; no obstante esta numerosa corriente doctrinal, entiende que la sociedad de gananciales no es una sociedad común, sino especial, condicionada por el fin superior del matrimonio y de la familia. Opinión que es también compartida por buena parte de la doctrina francesa e italiana del primer cuarto de siglo (172). Incluso hay una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1915 que sostiene que la sociedad de gananciales constituye una entidad distinta de la personalidad de los cónyuges, criterio que se vuelve luego a reiterar en cierto modo en otra de 18 de diciembre de 1950.

Pero esta tesis por errónea es insostenible totalmente. Aun así ha sido resucitada recientemente por el profesor ROYO MAR-

GONÇALVES: *Op. cit.*, vol. cit., núm. 829; TEDESCHI: *Il regime patrimoniale della famiglia*, en el vol. I-3 del *Tratato di Diritto civile*, de VASSALLI, Torino, 1950.

(171) *Op. cit.*, págs. 18-19.

(172) AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil française*, VIII, págs. 277 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS y SURVILLE: *Du contrat de mariage*, 3.ª ed., I, pág. 254; BIANCHI: *Contratto di matrimonio*, pág. 522; GIORGI: *Persona giuridica*, I, págs. 60 y sigs.; RICCI: *Corso teorico-prattico di Diritto civile*, VII, pág. 126 (citas de CASTÁN: *La renuncia...*, pág. 230); STOLFI: *Diritto civile*, V, págs. 306 y sigs.; RUGGIERO: *Istituciones*, pág. 819; COLIN y CAPITANT: *Curso*, VI, pág. 115; AUBRY: *Op. cit.*, págs. 15 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE: *Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*, París, 1906; CARBONNIER: *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des mutations de société et d'association*, Bordeaux, 1932; DECIENAX: *La nature juridique de la communauté des biens entre époux*, París, 1934.

TÍNEZ, quien entiende que el régimen de gananciales cabe dentro del concepto general de sociedad establecido en el artículo 1.665 del Código civil, aun cuando reconoce que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica propia y que una varia escala de matices la separa de la sociedad común apoyada en el carácter peculiar del fin a que está ordenada, trascendente al interés del individuo y exenta de todo afán de lucro; pero, a pesar de ello, dice textualmente: «Algo instintivo, fenomenológico, si se quiere; nos descubre como más adecuada para los gananciales la idea de sociedad que la de comunidad, porque en ellas no domina la nota del goce plácido de algo común, nota estática, sino la nota dinámica del esfuerzo, del desvelo y de la ganancia o conquista» (173). Pero con ello el autor citado más que atender a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales se remonta hacia los fundamentos éticos de esa sociedad (a la que preferimos seguir llamando con ese nombre de grato sabor tradicional, pues la denominación no estorba a la calificación jurídica que le podamos dar) con un punto de vista de altas miras que le enaltece, no por ello podemos participar de la opinión citada.

Las razones y fundamentos que encuentran en líneas generales los autores clasificados en esta teoría, que ni siquiera hacen la reserva apuntada por ROYO MARTÍNEZ, entienden que en la sociedad de gananciales se dan los requisitos fundamentales que concurren en la formación contractual de la sociedad común: *affectio societatis* y personalidad jurídica independiente. Pero esta doctrina es abiertamente criticada, porque la sociedad de gananciales, pese a todo lo que se diga, carece de carácter de persona jurídica como dice CASTÁN (174) y LACRUZ BERDEJO, quien rebatiendo las doctrinas de BONNECASE, CARBONER y DECHENAUX hace constar que entre la sociedad civil y la sociedad de gananciales existe una diferencia de origen, diferencia de situación jurídica en sus miembros y diferencia de fines, careciendo ésta de personalidad jurídica independiente, no cumpliéndose los requisitos que el Código civil exige para el nacimiento de la sociedad común y que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1949 especifica como el intento de obtener un lucro común partible como fin principal y directo, cuando, por otra parte, lo accesorio son las ganancias y lo principal que estén atendidas las necesidades de la familia; faltando, en fin, la *affectio societatis* (175). De esta misma opinión es también BAS y RIVAS (176) y DE LA CÁMARA ALVAREZ que, partiendo de la opinión de LACRUZ BERDEJO, insiste que en la sociedad de gananciales se evidencia la falta de

(173) *Derecho de familia*. Sevilla, 1940, págs. 197 y sigs.

(174) *Efectos de la renuncia...*, pág. 232; participan también de esta opinión, PIANOLI y RÜBERT: *Op. cit.*, VIII, pág. 102, y FERRARA: *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, pág. 61.

(175) *Op. cit.*, págs. 18 y sigs.

(176) *Op. cit.*, págs. 845 y sigs.

personalidad jurídica, porque el marido contrata en nombre propio no obrando como órgano, como pretende CARBONNIER, y, en cambio, obliga a la sociedad (arts. 1.401-1.º, 1.408 y 1.422), no existiendo tampoco patrimonio propio de la sociedad, sino que el marido responde de su gestión hasta con sus bienes privados (177).

En la misma dirección doctrinal se mantienen los que defienden las restantes teorías respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y que vamos a examinar seguidamente. Y ha participado también de este criterio, ya desde antiguo, la Dirección General de los Registros, como puede verse en resoluciones de 19 de octubre de 1927 y 11 de octubre de 1941, entre otras muchas, negando a la sociedad de gananciales personalidad jurídica independiente, por lo que no son inscribibles bienes que ostenten o pretendan ostentar tal titularidad (178).

3. TEORÍA DE LA COMUNIDAD ROMANA.—Descartada la posibilidad de construir la sociedad de gananciales de nuestro Código civil y en general la comunidad conyugal como una sociedad, aun cuando de carácter especial, donde se rechaza como principio toda facultad individual que pueda aunarse contractualmente, y se impone un estatuto jurídico que va a situar los bienes del matrimonio, y concretamente los gananciales, bajo un régimen especial de comunidad no hay más remedio que acudir a ésta para explicar su naturaleza jurídica, dirección que ha sido seguida por la más reciente doctrina. Planteándose la cuestión de si se ha de optar por considerarla como comunidad romana (por cuotas) o más bien comunidad germánica («zur Gesamte Hand») en mano común.

Pero la primera tesis es unánimemente desechada y sólo goza de predicamento para el caso de que la sociedad esté en liquidación, teniendo lugar la transformación de ésta a su disolución, que durante el matrimonio ha sido considerada como comunidad en mano común, en comunidad por cuotas. Esta parece ser la orientación seguida por GARCÍA GRANERO (179). PUIG PEÑA, que por una parte no adopta postura concreta respecto a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, diciendo que del sentido del Código caben todas las concepciones posibles (180), parece por otra aceptar esta tesis de la transición o cambio (181). De la que también participa más concretamente HERNÁNDEZ ROS CO-

(177) *El legado de cosa ganancial*, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, *Curso de Conferencias*, 1952, págs. 3 y sigs.

(178) De acuerdo también ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 4.ª ed., III, págs. 170 y sigs.; PUIG PEÑA: *Tratado*, II, pág. 286. Téngase también en cuenta la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, que citaremos más adelante.

(179) *Cobitularidad «Gesamte Hand» o comunidad en mano común*, en R. C. D. I, núm. 214 y sigs.

(180) *Tratado de Derecho civil español*, II-1, pág. 290.

(181) *Contribución al estudio...*, págs. 356 y sigs.

DORNÍU (182), frente a la de BAS Y RIVAS, que sin participar de ella adopta una postura vacilante (183), y últimamente ROCA SASTRE, que considerándola como una comunidad afecta a un fin (*Sondervermögen* o *Zweckvermögen*), patrimonio separado o de destino atribuido en bloque a los dos cónyuges, entiende que disuelto el matrimonio, mientras se liquida, se transforma en una comunidad por cuotas (184). Solución que, por otra parte, parece estar de acuerdo con lo dicho en el artículo 1.392 de que a la disolución del matrimonio los cónyuges hacen suyos por mitad los gananciales obtenidos. Y esta orientación parece también que ha sido seguida por la jurisprudencia (185) y que llegó a hacer sostener a MANRESA que podía hablarse de una doble acepción de la palabra *gananciales*; una para el tiempo que dura la sociedad, y otra, una vez disuelta (186), y en un principio también por la propia Dirección General de los Registros (187); pero a partir de la Resolución de 17 de noviembre de 1917 se apartó definitivamente de esta orientación, afiliándose a la solución de considerar a la sociedad de gananciales como una manifestación en nuestro derecho de la comunidad en *mano común*, criterio que es el que podemos considerar como dominante hoy en la doctrina, como iremos viendo por otra parte.

Pero además esta tesis de alteración o cambio es insostenible desde cualquier punto de vista y se opone a ello la diferencia radical entre la comunidad en *mano común* y la comunidad por cuotas. Mas aún con participar de ella no se nos solucionaría ninguno de los problemas que se plantean como consecuencia de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales cuando al defender la posibilidad de tránsito de naturaleza jurídica está en contra de toda consideración lógica y del más mínimo rigor científico, y por ello los reparos que se ponen a la consideración de la sociedad de gananciales como comunidad por cuotas, de tipo romano, valen para la sociedad en liquidación lo mismo que antes de ella. Y de entre ellos bástenos con citar aquí el que la copropiedad o comunidad por cuotas, a la que se refieren los artículos 392 y siguientes del Código civil, recae sobre bienes determinados, y en cambio la sociedad de gananciales versa sobre un

(182) *Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición. ¿Cuándo se transmite a la mujer?*, en R. D. Pr., XXVII, pág. 507.

(183) *Op. cit.*, pág. 847.

(184) *Derecho hipotecario*, III, 4.ª ed., págs. 107 y sigs. y 183 y sigs. De acuerdo BRILLIARD; *De la condition des biens communs et leur gérances depuis la dissolution de la communauté*, th., París, 1927.

(185) Véanse las sentencias de 30 de enero de 1930 y las en ellas recogidas.

(186) LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 25.

(187) Resoluciones de 8 de enero de 1878, 16 de diciembre de 1904, 21 de febrero de 1889, 22 de septiembre de 1904, 20 de septiembre de 1884, 29 de abril de 1902 y 9 de enero de 1915.

patrimonio (188); este criterio se desprende también del hecho de que en la liquidación de la sociedad de gananciales no se conceden a los supuestos condueños otros derechos que los nacidos de la facultad de dividir las ganancias por mitad como tales condueños, y así, por ejemplo, no disfruta del derecho de retracto respecto de la cuota correspondiente al otro cónyuge o a los herederos del premuerto (189). Y aun respecto del destino de la cuota renunciada por el cónyuge sobreviviente a los herederos del difunto se plantearía la dificultad de su *acrecimiento* con arreglo al criterio de parte de la doctrina que entiende que en tales casos no se da el acrecimiento, sino que se adquiere la otra cuota por ocupación, ya que al ser abandonada por el otro titular deviene *nullius* (190), lo que no tiene mayor importancia, pues, como ya hemos dicho, el criterio dominante en esta cuestión, del que participamos, extiende la posibilidad del acrecimiento a los supuestos de copropiedad o comunidad romana (191). No obstante, todo ello refuerza, como aspectos parciales de la aplicación de unos principios más generales, la tesis que sustentamos.

4. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO COMUNIDAD GERMÁNICA «ZUR GESAMMTE HAND».—Es esta teoría la más extendida en la doctrina dominante desde que fué consagrada entre nosotros por el criterio reiterado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y defendida por CASTÁN (192) y ROCA SASTRE (198), seguidos por BATLLE VÁZQUEZ y BONET RAMÓN (194), PÉREZ GONZÁLEZ (195), CASTRO y BRAVO (196) y también por PUIG PEÑA y

(188) Que reconoce el mismo, PUIG PEÑA: *Contribución al estudio...*, págs. 356 y sigs.; de acuerdo, LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 31; PLANIOL y RIPERT: *Op. cit.*, VIII, núm. 156; ENNECCERUS: *Derecho civil (Derecho de Familia)*, IV-I, Barcelona, 1941, pág. 437. Véase BOUCHET: *Essai sur l'indivision qui suit la dissolution de la communauté des biens entre époux*, th., Grénoble, 1931.

(189) Con el mismo criterio fué resuelto por el T. S., pero *constante* matrimonio de negar tal derecho por sentencia de 28 de febrero de 1898.

(190) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 514 y sigs., basándose en la opinión de MODESTINO, PAULO, ULPIANO y otros juristas romanos a propósito del planteamiento de la cuestión por el primero en *Digesto*, XLI, 7, 3, y en contra de la opinión de ilustres romanistas como WINSCHIED (*Diritto delle Pandette*, I, núm. 169, pág. 606, nota 5), BONEANTE (*Scritti giuridici*, III, págs. 435 y sigs.) niega el acrecimiento en los supuestos de copropiedad en la forma indicada en el texto; CASTÁN (*Efectos de la renuncia...*, citando a MEISSELS: *Ob y loc. cit.*, pág. 678) es partidario del criterio opuesto.

(191) Véase lo dicho antes, núms. 3-I y 4-II, del texto y bibliografía allí citada. También ROCA SASTRE: *La comunidad de gananciales*, páginas 176-177, y BELTRÁN DE HEREDIA: *La comunidad*, pág. 257.

(192) *Efectos de la renuncia...*, págs. 234 y sigs.

(193) *La naturaleza jurídica...*, págs. 160 y sigs.

(194) En la continuación con CASTÁN de la obra de MUCIUS SCAEVOLA, XXVI, pág. 496.

(195) En *Notas* a ENNECCERUS, *Derecho civil (Derecho de Familia, de WOLFF)*, IV-I, págs. 416 y sigs.

(196) *Derecho civil de España*, 2.^a ed., I, pág. 582, nota 3.

HERNÁNDEZ ROS CODORNÍU, aun sosteniendo su transformación en comunidad romana *por cuotas* para el período de su liquidación (197); y por otra parte con ciertas variantes por BAS Y RIVAS, que entiende que la sociedad de gananciales «es un fruto de transacción entre sistemas económicos extremistas que ha ido decañtándose con los años con supervivencias romanas y un marcado carácter germánico» (198); BELTRÁN DE HEREDIA, que la considera como una comunidad de bienes especial de derecho familiar (199). Y en la doctrina extranjera por FERRARA (200), CHIRONI (201), MASSE (202), CICC (203), JOSSEKAND (204), PLANIOL Y RIPERT (205), ENNECCERUS (206), HEDEMANN (207), ESSER (208) y HECK (209), entre otros muchos. Siendo únicamente contrarios a esta teoría los que defienden la tesis de considerar a la comunidad conyugal como un patrimonio de destino, entre los que cuenta en primera fila LACRUZ BERDEJO, el cual reconoce, por otra parte, los buenos servicios prestados por esta dirección doctrinal al estudio y comprensión de la naturaleza jurídicas de la sociedad de gananciales, y ROYO MARTÍNEZ, que como ya hemos visto se aparta de la doctrina dominante (210).

Pero antes de exponer las razones por las cuales esta doctrina considera a la sociedad de gananciales como un supuesto de comunidad *en mano común* vamos a señalar, si bien de una forma elemental, las características de esta forma de comunidad. Pero esto no es nada fácil, en primer lugar, como es de sobra sabido, en nuestros Código, en los artículos 392 y siguientes, se empieza hablando de la comunidad en general y luego se refiere exclusivamente a la copropiedad de tipo romano, es decir, no sólo a una comunidad por cuotas, sino también a una comunidad concreta, la referida al derecho de propiedad sobre bienes individuales, la cual no sólo es una forma de estar la propiedad, sino aun de cómo están sus titulares, porque ser propietario es más bien

(197) *Op. y loc. cit.*

(198) *Op. cit.*, pág. 846.

(199) *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, página 97.

(200) *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, págs. 883 y sigs.

(201) *Comunione degli utili fra coniugi*, en «Studi e questione di diritto civile», III, pág. 494 (citado por CASTÁN: *Efectos de renuncia...*, página 234).

(202) *Op. cit.*, págs. 409 y sigs.

(203) *Le obligationi nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, págs. 12 y sigs.

(204) *Cours*, págs. 886 y sigs.

(205) *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1943, I, págs. 903 y sigs.

(206) *Derecho civil alemán*, trad. esp., Barcelona, 1944, II 2, págs. 378 y sigs.

(207) *Schuldrecht*, ed. 3.^a, Berlín, 1949, págs. 312 y sigs.

(208) *Schuldrecht*, Berlín, 1949, págs. 423 y sigs.

(209) *Grundriss des Schuldrecht*, págs. 366 y sigs.

(210) *Op. y loc. cit.*

estar en copropiedad: por eso se ha dicho que la comunidad es una manifestación de la titularidad compartida (211). En segundo término hay que hacer constar, como observa BELTRÁN DE HEREDIA, que las dificultades terminológicas, conceptuales y sistemáticas son extraordinarias, lo que ha llevado, por ejemplo, a que se trate de la comunidad por el B. G. B. y por muchos tratadistas germanos en el tratado de las obligaciones y en el de los derechos reales (212). De todos modos, considerada la comunidad en general, se pueden ver dos formas distintas de conceptualarla: la romana, nacida de principios individualistas y meramente técnicos, y la germana, dominada por un profundo sentido de solidaridad social, según las opiniones de BONFANTE y BARASSI (213). Y así dice BELTRÁN DE HEREDIA que «el dilema entre individuo y grupo social, que como hemos visto anteriormente es la clave de todo el problema de la comunidad, se resuelve por el Derecho germánico en favor del segundo. Frente al tipo de comunidad romana o por cuotas partes, organizadas sobre la base individualista que reconoce la autonomía de los derechos de los copartícipes, el Derecho germánico desenvuelve un tipo distinto de comunidad organizada según el principio de la mano común (*sur Gesamte Hand*), en virtud del cual el derecho corresponde a los distintos titulares no individualmente considerados, sino en su unión. Esta forma de comunidad responde en su estructura y en su organización al principio colectivista típico del Derecho germánico en el cual se produce un intenso desarrollo de todas las formas comunitarias de organización jurídica» (214).

Esta diferencia de origen es indudable que ha dejado en ambas una huella indeleble y que se manifiesta en sus notas distintivas. La fundamental de todas ellas es que en la comunidad germánica «el propietario de la cosa o patrimonio no lo son los comuneros individualmente considerados, pero tampoco lo es el grupo colectivo asociado o personificado, sino el complejo, la colectividad» (215).

HEDEMANN caracteriza la comunidad *Gesamte Hand* por el hecho de que los participantes están recíprocamente vinculados, de lo que se deduce como consecuencia: 1.º Indisponibilidad de partes que no existen. 2.º Imposibilidad de exigir la división; y 3.º Administración común (216). Matizando aún más, otros autores entienden, respecto de este último extremo, que el principio de igualdad que impera en la comunidad romana está aquí

(211) CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., I-2, pág. 582.

(212) *Op. cit.*, págs. 1-11.

(213) Citados por BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 4.

(214) *Op. cit.*, pág. 79.

(215) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, págs. 79-80; de acuerdo, ENDEMANN: *Lehrbuch der deutschen bürgerlichen Recht*, II, 70, y BARASSI: *La proprietà e la coproprietà*, Milano, 1951, págs. 175 y sigs. (citados por el primero: *Ibid.*).

(216) *Tratado de Derecho civil*, trad. esp., II, pág. 265.

supeditado al de organización jerárquica (217). Otros, como PELAYO HORE, se fijan en otro aspecto que consideran dominante para distinguir ambas formas de comunidad: el de la indivisibilidad referida a la vigencia o no de la máxima *nemo in comunione potest incitus detinere* (218), y este concepto se viene a reforzar cuando se dice, entre otros por SANTORO PASSARELLI, que junto a la indivisibilidad de la naturaleza de la cosa (indivisibilidad que cuenta en la comunidad romana) existe una indivisibilidad establecida por voluntad de la parte, del juez o de la ley (219). O, en fin, en la imposibilidad de establecer cuotas en la comunidad germánica (220), lo cual sólo puede admitirse en la acepción que de la palabra *cuota* da GIERKE, como observa BELTRÁN DE HEREDIA, referida a designar una «relación de participación» entre los distintos sujetos que integran el grupo (221).

De todos modos hemos de pensar que sólo pueden darse estas características en consideración a la vinculación de tal forma de comunidad a un fin superior, no sólo como manifestación del principio de solidaridad que domina toda esta materia, sino de mayor entidad ética que el mero disfrute de los derechos nacidos de esa especial forma de estar como titular. Es decir, en la comunidad germánica el fundamento de la misma le es trascendente; no así en la comunidad romana, que está orientada a hacer compatible el aprovechamiento y el disfrute de unos mismos derechos, los cuales han llegado a concurrir en un mismo objeto. Por eso la comunidad romana, nos dice JORS-KUNKEL, no está pensada como estado duradero (222) mientras que la comunidad germánica subsiste, mantiene WIELAND, mientras no se extingue el vínculo que la establece (223), incluso la muerte de uno de sus miembros no disuelve la comunidad; lo que hace que GARCÍA GRANERO entienda que no se puede catalogar a la sociedad de gananciales como supuesto de comunidad germánica, ya que la muerte de uno de los cónyuges y otras causas, como sabemos, extinguen y disuelven la sociedad (224). Pero ello no puede ser motivo de tan tajante conclusión, pues si en tales casos la comunidad de gananciales queda disuelta o extinguida es porque ha cumplido el fin para

(217) ROCA SASTRE: *Op. cit.*, en R. C. D. I., VI, págs. 170 y sigs.; HERNÁNDEZ ROS CODORNIU: *Op. cit.*, págs. 507 y sigs.

(218) *Indivisión perpetua en el Código civil*, en R. D. Pr., 1942, pág. 458.

(219) *Dottrina generale del Diritto civile*, Nápoli, 1954, pág. 46.

(220) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 81; de acuerdo, VON THUR: *Teoría general*, I-1, pág. 104, y FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 436 (citado por el primero: *Ibid.*).

(221) *Op. cit.*, pág. 81; GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 678 y sigs. En contra de esta opinión: GARCÍA GRANERO: *Cotitularidad y comunidad en mano común*, en R. C. D. I., págs. 145 y sigs., y LACRUZ BERDEJO: *Op. cit.*, pág. 29.

(222) *Derecho privado romano*, Barcelona, 1947, pág. 173.

(223) *Les droits réels dans la Code civil suisse*, I, art. 652, citado por BELTRÁN DE HEREDIA, y de acuerdo en mismo en *Op. cit.*, págs. 82-83.

(224) *Op. y loc. cit.*

el que fué constituida y originada, argumento que con los precedentes apuntados resulta claro y concluyente.

Por eso hemos de participar, sin negar hasta ciertos límites la influencia que en la sociedad de gananciales vaya a tener la consideración de ser ésta una comunidad de bienes especial de Derecho familiar, como entiende BELTRÁN DE HEREDIA, en la opinión de que puede configurarse como una supervivencia en nuestro derecho de la comunidad germánica, sin olvidar que esta materia, como otras muchas, está influida por el poderoso influjo que el Derecho romano ha ejercido sobre el Derecho privado moderno, aun sobre aquellas instituciones que como la sociedad de gananciales tienen un marcado origen de rango germánico, oscureciendo su nitidez a una consideración actual, pero sí que por ello se resistan a evidenciar el sentido bajo el que fueron introducidas a un examen más detallado y exigente.

Viene a confirmar nuestra tesis la consideración de los términos en que se halla redactado el propio artículo 1.392 del Código civil que entiende referida la participación de los cónyuges en las ganancias para después de disuelto el matrimonio, momento en el que la sociedad de gananciales entra en un régimen específico para el que no hay que buscar otras calificaciones jurídicas que las establecidas por el propio Código civil.

Mas aun examinando las notas distintivas de la comunidad germánica y aplicándolas a la sociedad de gananciales podemos apreciar el rastro que aquélla ha dejado en su configuración jurídica, aun cuando la identidad por las razones expuestas nunca pueda ser absoluta.

Así nos encontramos con que al considerar la primera de las características que establece HEDEMANN, que es la referida a la indisponibilidad de partes, que por otra parte hemos visto, de acuerdo con FERRARA y BELTRÁN DE HEREDIA, que no existen, hallamos que, según el artículo 1.392, no puede hablarse de gananciales hasta disuelto el matrimonio, y que el marido y la mujer son indistintamente titulares de un patrimonio sin que ninguno de ellos tenga constante matrimonio derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación, cuando por otra parte hemos dicho, al comienzo de este trabajo, que los gananciales no podían ser renunciados constante matrimonio (225).

Respecto de la segunda de las características, referidas a la imposibilidad de exigir la división, pueden hacerse las mismas consideraciones constante matrimonio y recordar aquello de que la indivisibilidad viene impuesta no por una imposibilidad física que haga a la división antieconómica, como decía SANTORO PASSARELL-

(225) De acuerdo, CASTÁN: *Los efectos de la renuncia...*, pág. 236; MANRESA: *Op. cit.*, IX, págs. 400 y sigs.; CIURONI: *Op. cit.*, pág. 404; BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 850 y sigs.

11, sino por una imposibilidad jurídica nacida del fin que justifica la existencia y fundamento de la comunidad (226).

Por último, respecto de la manera de llevarse a cabo la administración y aun la responsabilidad del administrador (supeditada al fundamento de la comunidad), participa bien claramente (artículo 1.412 y siguientes del Código civil) la sociedad de gananciales del principio jerárquico que se pone de manifiesto en la comunidad germánica frente al individualista de la comunidad romana.

Resaltando aún más la característica de HEDEMANN exige de administración común de la redacción dada al artículo 1.413 en la reciente reforma del Código civil, la cual en este sentido viene a reforzar la tesis de concebir la sociedad de gananciales como una comunidad en mano común.

Ni siquiera el tema de la renuncia afecta a esta configuración jurídica de la sociedad de gananciales. La renuncia, como ya hemos dicho, se refiere a todo derecho o situación y no hay razón para negarla respecto de la titularidad en *mano común*. Es más, cuando la renuncia es referida a la misma sociedad por una ficción legal se entiende que ésta no ha existido nunca, pero los resultados y consecuencias de esta renuncia nos ponen de manifiesto que este supuesto es como si la mujer o sus herederos se salieran de la comunidad y ésta permaneciera en favor del marido o de sus herederos, pues el hecho de faltar uno de sus miembros por muerte, y lo mismo por renuncia, no supone la extinción de la comunidad, sino la continuación de la misma aun con un solo miembro, lo que se vería de una forma más patente si fuera permitido renunciar a la sociedad de gananciales constante matrimonio, lo cual ya hemos apuntado que no es posible, dado el límite puesto a esta renuncia por el artículo 1.394, párrafo primero, más que por consideraciones dimanantes de la naturaleza jurídica de la propia sociedad de gananciales, las cuales habrían de ser aplicables igualmente al supuesto del artículo 1.364, proposición segunda, del Código civil, por haber dotado el legislador a esta sociedad de un carácter rígido, siendo una de las manifestaciones del mismo la prohibición de su renuncia constante matrimonio. Aun cuando también es verdad que esta rigidez se ha suavizado un poco, al menos en apariencia, con la reforma del artículo 1.413 del Código civil.

Pero aun la consideración de que la renuncia no es posible constante matrimonio hace más fácil la configuración de la sociedad de gananciales, como comunidad germánica en *mano común*, en gracia a la generalizada tendencia de considerar que resulta indis-

(226) *Op. v loc. cit.*

(227) Véase PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, II-1, página 289, quien con referencia al Derecho positivo anterior a la reforma decía que la comunidad germánica, en su «forma más pura y genuina, exigiría la gestión conjunta de los cónyuges» (nota 11).

ponible en ella la situación de comunero, y atendiendo a su torcida interpretación, la cual ha de enderezarse (227), entendiéndose que esta indisponibilidad ha de ser entendida respecto de una participación en cuotas y la posibilidad de hacerlas suyas por medio de la división, pero nunca respecto a la facultad de renunciar, porque entonces no se renuncia a una cuota, sino a todo derecho derivado de la comunidad, al igual que se admite la renuncia de la herencia y se configura a ésta en estado de yacente e indivisa como comunidad en mano común (228).

Tampoco es obstáculo a esta configuración jurídica la renuncia a los gananciales o a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales sin necesidad de acudir en tales supuestos a la consideración de la sociedad de gananciales en liquidación como comunidad romana *por cuotas*, ya que la facultad de dividir las ganancias por parte de los cónyuges o de los herederos no viene dada por la especial naturaleza en que los bienes del matrimonio o de la sociedad se encuentran, sino por efecto de haber sido disuelta la sociedad, cuando, por otra parte, en relación a la renuncia, sus efectos y en particular el acrecimiento, viene impuesto no por la consideración de comunidad en que se encuentran los bienes, sino por la «unidad de llamamientos» respecto de su liquidación, como sucede respecto de la herencia (229), porque respecto de sí consideramos como comunidad germánica subsistente en este período liquidatorio, la porción vacante que ha sido renunciada seguiría perteneciendo al todo de la comunidad, pues a su subsistencia no le afecta para nada, como hemos visto, la participación de uno de sus titulares, y si, por el contrario, la consideramos como comunidad romana resultaría que por algún sector de la doctrina, y aun siguiendo una orientación que no juzgamos acertada, pero que no dejaría de ser la admisión de una dificultad por nuestra parte, se le negara tal efecto (230) o se le hiciera depender no del acrecimiento, sino de la ocupación de la porción vacante (231), lo cual es inadmisibles, porque cabría plantear si ésta podría ser realizada no sólo en beneficio del cónyuge o herederos del premuerto beneficiados por la renuncia, sino aun por los herederos del propio renunciante.

(228) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, págs. 97 y sigs.; CASTÁN: *Derecho civil*, 8.ª ed., II, pág. 292; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La comunidad hereditaria*, en R. C. D. L., VII, 1931, pág. 174; OSSORIO MORALES: *Comentario a la sentencia de 25 de enero de 1943*, en R. G. L. J., 1943, pág. 565. Criterio también mantenido por la jurisprudencia del T. S. en sentencias de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, 30 de abril de 1935 y 25 de enero de 1943, y por la D. G. de los Registros en resoluciones de 29 de agosto de 1925 y 1 de junio de 1943.

(229) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 220 y sigs. Véase sobre este particular OSSORIO MORALES: *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, págs. 321 y sigs.

(230) LEZÓN: *Ops. y locs. cit.*

(231) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 559 y sigs.

5. TEORÍA QUE CONSIDERA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO UN PATRIMONIO DE DESTINO.—Con todo, no se agotan en las teorías expuestas, las apuntadas para configurar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, en parte, porque no satisface a una mentalidad latina la admisión en nuestro derecho de la comunidad *zur Gesamte Hand*, que le ha llevado al mismo CASTÁN, últimamente, a plantearse alguna velada duda sobre la admisión en nuestro derecho de tal tipo de comunidad (232), la cual es exagerada, a nuestro juicio, por LACRUZ BERDEJO (233), cuando ello viene a reconocer tan sólo lo que ya hemos indicado respecto a que la comunidad germánica, necesariamente, dada la enorme influencia que ha ejercido el Derecho romano modernamente, aún en Alemania desde su recepción, no puede presentarse en el derecho actual con una nitidez absoluta y que no podemos exigir (234).

Ello mismo, y olvidando la diferencia de abolengo de ambos tipos de comunidad, ha llevado a establecer, por no renunciar a estudiar la comunidad como una unidad dogmática, escalas dentro de la misma, lo cual puede ser muy didáctico, pero científicamente resulta inadmisibile (235). PELAYO HORE también mantiene la existencia de un tipo intermedio de comunidad social, entre la comunidad y la sociedad, trayendo en su apoyo a otros autores (JOSSEMAND, BARASSI y HEDEMANN) (236). Incluso se ha intentado por un sector muy autorizado de la doctrina, poner de relieve que la diferencias entre la comunidad romana y la germánica son menores de lo que se cree entre nosotros. Y hasta se ha sustentado, siguiendo más o menos estas orientaciones, que la sociedad de gananciales era una manifestación en nuestro derecho de la *communio incidens* (237), volviendo con ello al confusionismo de adscribirla durante su subsistencia, o para el período de su liquidación, a la comunidad romana.

La tesis de la aproximación entre la comunidad romana ha nosotros por LACRUZ BERDEJO, quien apoyándose en la doctrina sido defendida en Alemania por LARENZ (238), y seguida entre

(232) *Derecho civil*, ed. 1949, I, pág. 330.

(233) *Op. cit.*, pág. 29.

(234) De acuerdo, BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 80. Para una ampliación de la influencia del Derecho romano en el Derecho privado moderno, y aun en Alemania, puede verse el libro de WIEACKER: *Historia del Derecho privado moderno*, trad. esp., Madrid, 1957.

(235) Véase MEDRANO y RUIZ DEL ÁRBOL: *Problemas de la indivisión en la comunidad*, en R. D. N., 1958, XIX, págs. 53 y sigs.

(236) *Indivisión perpetua...*, pág. 458.

(237) CASSO ROMERO: *La «comunio incidens»*, Curso de conferencias del Colegio Notarial de Valencia, 1945, págs. 158 y sigs.

(238) *Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft*, en «Jhering's Jahrbücher», XLVIII, 1933, págs. 108 y sigs.

de EISELLE (239) y de BINDER (240), sobre los derechos de los copartícipes en la comunidad y considerando con LARENZ, que en la comunidad, la propiedad, es decir, el derecho, sufre una transformación y desmembración en su contenido jurídico, por encima de su división o indivisión, y siguiendo la evolución de la doctrina de GIERKE hacia una asimilación cada vez mayor entre la comunidad en mano común y la persona jurídica (241), para considerar la sociedad de gananciales, sin abandonar del todo la tesis de la comunidad germánica (242), como un patrimonio de destino configurado en una comunidad en *mano común*, y en la que existen *cuotas*, concebidas éstas *intelectualmente*, no del contenido de esa comunidad, sino de la participación en ella de sus miembros (243), siguiendo en esto a MESSINNEO (244). Y matizando aún más esta caracterización diciendo que se trata de un patrimonio *autónomo, dinámico y afecto a un fin*.

Pero al dar este breve paso, aun cuando se le quiera considerar así, respecto de la opinión de GIERKE, en cuanto al concepto de *cuotas*, en la comunidad y en el sentido que hemos indicado en el epígrafe anterior, resulta que la desviación es más considerable de lo que se pretende, pues el concepto de *cuota* intelectual no puede ser entendido de otro modo, que como exponente de la condición de comunero, como miembro de la comunidad (245).

Por otra parte, ese pretendido acercamiento entre ambas formas de comunidad es inadmisibles, pues, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, muy acertadamente, «no responde a la realidad de las cosas, porque es de todo punto incompatible con el régimen positivo que para la comunidad se estableció, no solamente en el derecho romano, sino también en el Derecho español actual (246). E igualmente esa derivación hacia la personalidad del grupo social a la que inevitablemente alude la consideración de la sociedad de gananciales, como patrimonio, y que fué iniciada por BRINZ (247); hoy superada al imponerse la doctrina que sustentara FERRARA, siguiendo a GIERKE, de que la unidad de la persona jurídica es una unidad ideal, distinta de sus asociados y per-

(239) *Zur Lehre von Miteigentum*, en «Archiv für Civilistisches Praxis», LXIII, 1880, págs. 33 y sigs.

(240) *Rechtsstellung des Erben*. III, Leipzig, 1905, págs. 45 y sigs.

(241) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, Berlín, 1873, pág. 155; *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín, 1887, pág. 343; *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, págs. 660, 661 y 664.

(242) *Op. cit.*, pág. 31.

(243) *Op. y loc. cit.*, nota anterior.

(244) *La natura giuridica delle comunione coniugale dei beni*, págs. 144 a 170, y *Manuale de Diritto civile e commerciale*, Nápoli, 1947, I, págs. 89 y 90.

(245) BELTRÁN DE HEREDIA: *Op. cit.*, pág. 81.

(246) *Op. cit.*, págs. 82 y 163 y sigs.

(247) *Pandektenrecht*, I, págs. 522 y sigs.

fectamente diferenciada de la pluralidad de sujetos que resulta de una titularidad común (248). Y esto dejando a un lado las dificultades que para la construcción de los patrimonios autónomos existen en nuestro derecho, infinitamente mayores que para la admisión en la sociedad de gananciales de los rasgos esenciales de la comunidad germánica en *mano común*. Y con esta distinción nada tiene que ver a todas luces la afirmación que hace CASTRO Y BRAVO, de que el derecho tiene la tendencia a atribuir la situación de poder que implica el derecho subjetivo de un solo sujeto a los casos de titularidad compartida mediante una serie de procedimientos técnicos (persona jurídica, jerarquía de poder, titularidad solidaria, etc...) (249). Y más aún, la refuerza, puesto que una y otra forma de comunidad nacidas de origen diverso, obedecen a procedimientos técnicos distintos. Y así dice BELTRÁN DE HEREDIA, que «la comunidad germánica se presenta como una forma de comunidad de carácter genérico, que tiene aplicación para toda clase de derechos subjetivos, no estando limitada solamente a los derechos reales, pues, evidentemente, podrían presentarse relaciones obligatorias «en «mano común» (250).

Esta dirección doctrinal de considerar a la sociedad de gananciales como *patrimonio de destino*, ha sido también mantenida entre nosotros por ATARD (251), y, últimamente, por ROCA SASTRE (252), siendo fuertemente criticada por CASTÁN, quien la considera demasiado abstracta y complicada, resultando una híbrida composición de elementos diversos tomados de las demás. «Pero si quisiéramos aceptarla —añade— conduciría a iguales consecuencias que la de la mano común, de la cual sólo se diferencia en acentuar el punto de vista de la unidad *objetiva* del patrimonio, en vez de atender, como fundamental, al aspecto de la organización *subjetiva* de la comunidad» (253). Lo que hace que esta teoría, sin que sea desdeñada por nosotros, no nos reporte utilidad alguna respecto al objeto de nuestro estudio. Y de ello mismo nos va a convencer el propio profesor LACRUZ BERDEJO, quien después de afirmar que a los límites que para la renuncia establece el propio artículo 1.394 de nuestro Código civil, se podría llegar deduciéndolo de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y de la vinculación a las personas de los cónyuges del patrimonio conyugal sin prescripción concreta del derecho positivo, que viene por otra parte a confirmar estas consecuencias, y de mantener que la trans-

(248) *Teoría de las personas jurídicas*, págs. 48 y sigs. (citado por BELTRÁN DE HEREDIA: *Ibid.*).

(249) *Derecho civil de España*, 2.ª ed., I, pág. 582.

(250) *Op. cit.*, pág. 84.

(251) *Conferencias sobre Derecho inmobiliario*, pronunciadas en la Universidad de Valencia y publicadas en el número de septiembre de la «Rev. Der. Priv.», 1924; cita de CASTÁN: *Efectos de la renuncia...*, pág. 235.

(252) *Derecho hipotecario*, III, págs. 170 y sigs.

(253) *Efectos de la renuncia...*, pág. 236.

misión del patrimonio de ambos, o, de la situación en el consorcio conyugal de uno de ellos, es un imposible jurídico, dice, que: «En cambio, depende sólo de normas jurídicas positivas la indivisibilidad del patrimonio consorcial hasta la muerte de uno de los cónyuges o la instauración (en los casos permitidos por la Ley) de un régimen de separación de bienes entre ellos (arts. 1.320, 1.392, 1.394 y 1.417 del Código civil y sents. de 19 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1949) con la misma configuración que tiene la sociedad de gananciales en el Código civil, podía haberse permitido la división constante matrimonio por voluntad de los cónyuges» (254). Lo que con mayor motivo nos lleva al convencimiento de que han de ser admisibles los efectos de la renuncia a la sociedad de gananciales establecida en el artículo 1.364, aun configurada ésta como comunidad *en mano común*, si bien, ni queremos llevar su alcance más allá del límite del artículo 1.394, ni podemos, no por otras razones que las ya apuntadas, del rígido carácter que el legislador ha querido imprimir a la sociedad de gananciales en el Código a pesar de las atenuaciones apuntadas debidas a la última reforma del mismo.

IV

LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.364 DEL CODIGO CIVIL

1. RECAPITULACIÓN.—Ya hemos visto inicialmente, al comienzo de este trabajo, cómo la renuncia a la sociedad de gananciales podía tener un engarce adecuado dentro del marco de nuestro derecho positivo en la proposición segunda del artículo 1.364 del Código civil, ganándose el precepto en él contenido un objeto que regir, a pesar de los estrechos cauces por los que le hacen discurrir los artículos 1.315 y 1.320, de un lado, y el 1.394, de otro. Y confiriendo con ello también al propio artículo 1.394, párrafo primero, una significación que quedaba difusa y borrosa al ser referida a la posibilidad de la renuncia en los supuestos del artículo 1.417 y del 1.433, que hemos llamado renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales, que tiene ya un cauce propio en los artículos 1.435 y 1.436, en cuanto a una coincidencia o identidad de ejercicio y efectos, y a la llamada renuncia a los gananciales, o más propiamente a los gananciales y a otras consecuencias de la sociedad, contenida en el artículo 1.418-1.º.

En segundo lugar, hemos atendido a la renuncia como tal para comprobar que era posible extender su concepto genérico con toda su riqueza y variedad de matices a la renuncia concreta de que se trata y la hemos encontrado perfectamente implicada dentro de sus límites, características y efectos.

(254) *Op. cit.*, págs. 52-53.

Y, por último, estudiada la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales y adscribiéndonos a la teoría que ve en ella los rasgos de la comunidad germánica o *en mano común*, hemos visto cómo esta conceptualización no es obstáculo para que se permita la renuncia, sobre todo cuando ésta es admitida, a pesar de sus imprecisiones de dicción, dentro de los límites del artículo 1.394, y es enunciada expresamente por el 1.364, y se añade a todo ello la consideración de que las normas que establecen su posibilidad no obedecen a la consideración de principios que tomen su juego en razón de una naturaleza jurídica concreta, sino más bien al carácter con que la institución ha querido ser perfilada por el legislador por precisas normas de derecho positivo.

Quédanos, por tanto, demostrar ahora que la posibilidad de esta renuncia no la hacemos depender exclusivamente de una simple dicción legal olvidada por nuestros tratadistas o no tomada en cuenta debidamente, sino que tiene un sólido antecedente en el antiguo derecho castellano, al amparo de la Ley 60 de Toro (Ley 9.^a, Tit. 4.^o, libro X de la Novísima Recopilación).

2. LA INTERPRETACIÓN DE SÁNCHEZ ROMÁN DE LA LEY 60 DE LAS DE TORO.—Cuando la mujer renunciare las ganancias, no será obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiese hecho durante el matrimonio.» Dice textualmente la Ley 60 de Toro.

La generalidad con que estaba redactada esta ley suscitó una larga polémica en la doctrina antigua. El estado de la misma lo recoge SÁNCHEZ ROMÁN, siguiendo una orientación restrictiva, sin duda, por el extraordinario influjo que dejó en la doctrina y en la jurisprudencia de la última época del derecho anterior al Código civil, del postrero, de los grandes comentaristas de las Leyes de Toro, LLAMAS Y MOLINA (255), quien considera que esta renuncia ha de entenderse para después de disuelto el matrimonio, pero refiriéndose en primer término, como lo hace también la generalidad de la doctrina, a la *estricta renuncia a los gananciales*, trayendo en su apoyo lo que dice la Ley 14 de Toro (256), y concretando sus puntos de vista a las consideraciones siguientes:

«1.^a Que las donaciones entre marido y mujer están terminantemente prohibidas por la Ley, no siendo las que pudieran resultar de la renuncia de bienes gananciales por la mujer, las únicas taxativamente efectuadas como válidas.

2.^a Que el espíritu general que domina en toda la materia de gananciales es opuesto a dicha renuncia por la mujer durante el ma-

(255) *Comentario crítico jurídico-literario de las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1827, II, págs. 184 y sigs.

(256) «Mandamos que el marido y la mujer suelto el matrimonio, aunque casen la segunda o tercera vez o más, puedan disponer libremente los bienes multiplicados durante el primero, segundo o tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de los tales matrimonios o de alguno de ellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron...».

trimonio, toda vez que los fines de los gananciales son, en primer término, atender a las cargas comunes de la sociedad conyugal y en segundo procurar ulteriormente un decoroso sustento a la mujer en caso de viudez.

3.^a Que igualmente se opone a tal doctrina el espíritu de la ley que se interpreta, pues su sola lectura indica que lo que el legislador quiso fué proteger a la mujer contra las dilapidaciones del marido... y que de igual modo es contraria a la letra puesto que en ella se dice en su epígrafe «la mujer no pague las deudas hechas», y en su texto, «que el marido hubiere hecho durante el matrimonio»; que es un tiempo pretérito manifiesto respecto de la existencia del matrimonio anterior.

4.^a Que la Ley nada dice tampoco de que la renuncia haya de ser a favor del marido; habla tan sólo de la renuncia en general, como medio de liberar a la mujer de la responsabilidad de las deudas contraídas por el marido en la administración de los gananciales.

5.^a Porque así se deduce de algunas declaraciones de la jurisprudencia (sentencia de 11 de enero de 1857, 18 de octubre de 1861, 12 de junio de 1862 y 20 de junio de 1865).

Pero así todo SÁNCHEZ ROMÁN, y aun diciendo que esta tendencia restrictiva no consideraba válida la renuncia de gananciales sino después de disuelto el matrimonio, o de liquidar la sociedad por renunciar a su continuación, resulta con ello que el ámbito de la Ley 60 queda a primera vista extendido a la *renuncia a la continuación* en la sociedad legal de gananciales, cuando en realidad entendemos que no es por imperio de la Ley 60, sino de la consideración de que gozaba la sociedad de gananciales, sin norma prohibitiva como la del artículo 1.394 de nuestro Código civil que se lo impidiera, ya que, por otra parte, esa facultad se extiende a ambos cónyuges, lo cual no está muy de acuerdo con las razones que del citado autor hemos expuesto, pues una y otra renuncia obedecen a principios totalmente dispares. Por otro lado, nos dice en el mismo lugar, reiterando lo ya expuesto, que «aun cuando no pudiera hacer la mujer la renuncia de gananciales durante el matrimonio, le era lícito renunciar a la continuación de la sociedad legal en dicho tiempo, y en virtud de ella, lejos de renunciarlos y perderlos, promover su división y la entrega de la mitad correspondiente del activo resultante después de la liquidación» (257). Lo que nos lleva a la convicción—que el mismo SÁNCHEZ ROMÁN trata de evidenciar, resaltándolo debidamente—que el Código civil ha cambiado en esta materia el carácter de que gozaba en el antiguo derecho de Castilla la sociedad de gananciales (258), carácter más flexible, como en otras legis-

(257) *Op. cit.*, pág. 821, nota 1.

(258) *Op. cit.*, III, pág. 835.

laciones se puede hoy observar (259), aun con la misma concepción respecto a su naturaleza jurídica, teniendo en nuestro derecho vigente unos límites que son concretamente de derecho positivo, como ha reconocido la más moderna y autorizada doctrina (260).

3. CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE SÁNCHEZ ROMÁN.—Por estas razones, y porque la jurisprudencia, que nunca fué tan unánime y concorde como pretende hacer ver SÁNCHEZ ROMÁN, respecto del criterio restrictivo relativo a la renuncia a los gananciales constante matrimonio, no podemos abandonar la investigación de los criterios contrarios cuando, por otra parte, en la posibilidad de dicha renuncia hemos de encontrar un sólido apoyo de la renuncia a la sociedad de gananciales y un precedente ajustado a la proposición segunda del artículo 1.364 de nuestro Código civil.

La jurisprudencia aludida, aparte de la sentencia de 18 de diciembre de 1861, se recoge y resume, unificándose en la de 17 de noviembre de 1892. Respecto de la primera, hemos de decir, que no puede interpretarse en el sentido que lo hace SÁNCHEZ ROMÁN, pues declara que «para que la mujer no esté obligada a pagar las deudas que el marido hubiere contraído durante la sociedad conyugal, es preciso que haya renunciado anticipadamente los bienes gananciales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6.ª de las de Toro», y de acuerdo con su texto—entendemos—y no puede deducirse otra cosa—que el sentido de pretérito que establece dicha resolución, tomado a partir de cuando la mujer pretende no pagar las deudas, que es el momento de la disolución y liquidación de la sociedad, ha de estar referido a la época en que subsistía dicha sociedad, época en la cual se debía haber hecho la renuncia, o en todo caso, en el momento mismo de su disolución y antes de la liquidación, que en este caso parece deducirse no se concreta solamente a la *renuncia a los gananciales*, sino a otros tipos de renuncia, y entre ellos a la misma renuncia a la sociedad, aun cuando este enunciado no quepa *in nomine* en la terminología empleada de antiguo entre nosotros, lo que no es obstáculo a que podamos concebir su existencia y admisión *in substantiæ*.

Ahora bien, la sentencia de 17 de noviembre de 1892, establece que «ninguna ley anterior a las de Toro negó a la mujer casada la facultad de renunciar a los gananciales, ni aun equiparada su renuncia durante el matrimonio a donación en favor del marido, estaba prohibida por las que en el derecho patrio declararon la nulidad de las que mediaran entre cónyuges, puesto que las 4.ª y 5.ª, tít. II de la Partida 4.ª, más restrictivas en esta parte

(259) En el Derecho alemán del B. G. B. y en el italiano se permite, entre otras formas de cesación de la comunidad de gananciales, la mala administración del marido a petición de la mujer.

(260) LACRUZ BERRIOJO: *Op. cit.*, pág. 53.

que las de los Fueros Juzgo y Real, al decretar esta prohibición con carácter general, exceptuaron las no revocadas en vida, las que hiciesen más rico al donatario sin empobrecimiento del donante y las en que éste defiriese lo que no hubiese entrado, pudiendo ingresar preferentemente en su patrimonio, y además las hechas en alguna manera semejante de éstas, entre las cuales se comprende, por su analogía con las señaladas en la ley por vía de ejemplo, la donación del derecho eventual de participar, al disolverse el matrimonio, de las ganancias obtenidas en él y de las obligaciones que entonces resulten. La Ley 60 de Toro, inserta en la 9.^a, título IV, lib. 10 de la Novísima Recopilación, fué dictada con objeto de apartar a la mujer de la responsabilidad de las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio cuando renunciase las ganancias, y expresamente sobre el supuesto no contradictorio de los precedentes que con reconocerse por el legislador y ser base única y esencial de su precepto, quedó autorizado de la validez de esta renuncia, sin condición de estado ni de tiempo y que, por tanto, es legítimo en cualquiera en que tenga lugar y, consiguientemente, mientras la vida común de los cónyuges con licencia marital y sin fraude de herederos o de acreedores, que son a su vez condiciones ordinarias de aptitud y de moralidad de los actos jurídicos, ya que al ejercicio de un derecho reconocido y no circunscripto en la ley, no pueden señalársele límites que ésta excluye, con la generalidad de su exclusiva comprensión de toda época.»

Como vemos, en esta sentencia se establece casi una doctrina general sobre la renuncia a los gananciales, motivo por el cual hemos querido transcribirla literalmente. Sus posibilidades al objeto de nuestro estudio son muy ricas. Con ella queda definitivamente rebatida la interpretación restrictiva de la Ley 60 de Toro y del desentrañamiento de su sentido aplicable a esta ley se pueden sacar consecuencias muy valiosas al objeto de nuestro estudio. Por otra parte, la jurisprudencia posterior, amparada en la prohibición de la renuncia constante matrimonio establecida en el artículo 1.394 del Código civil, en comparación, con la sentencia comentada, supone, de acuerdo con el radical cambio legislativo, una alteración de la misma índole con relación a la jurisprudencia antigua, y así vemos cómo la sentencia de 17 de diciembre de 1894, establece que todo pacto relativo a la distribución del haber de la sociedad y a la liquidación del mismo antes de disolverse el matrimonio es nulo; y asimismo, la del 4 de enero de 1922, abunda en el mismo criterio por sustentar que la liquidación y establecimiento de la separación de bienes tiene su marco adecuado, que no es el de la vigencia de la sociedad de gananciales.

Entre las numerosas consecuencias que decimos podíamos deducir de la interpretación de la sentencia de 17 de noviembre de 1892, vamos a fijarnos en dos consideraciones fundamentales: una, el que no es obstáculo a la renuncia la consideración de que

se trata de una donación prohibida por la ley. Y es que parte de la doctrina se había acostumbrado a considerar viciosamente que en la sociedad de gananciales había ganancias concretas, en vez de una masa común con activo y pasivo, seguramente en consideración al tenor de las leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tít. 3.^o, lib. III del Fuero Real. Por ello, a primera vista, renunciar a ganancias concretas parece que ciertamente implica una donación. Y es curioso que SÁNCHEZ ROMÁN, que sostiene la posibilidad de la renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales constante matrimonio para nuestro antiguo derecho, niegue la posibilidad de renunciar a los gananciales. Todo esto es de un gran confusionismo, pero no resultaría tanto si suponemos que en lo que la mujer renuncia no es a las ganancias sino a un todo complejo formado por las ganancias y que lleva consigo la liberación de pagar las deudas, y entonces resulta que lo que la mujer renuncia, o que puede renunciar, no es a las ganancias, sino a la sociedad de gananciales misma, pues a lo mejor esto es lo que quiso decir la Ley 60 de Toro, más fácil de admitir, pues ofrece menos problemas que la renuncia a la continuación, pues no exige división, ni liquidación de ninguna clase, si bien para aquella renuncia efectuada antes o al contraer el matrimonio entendían alguno de los comentaristas de las Leyes de Toro que una vez verificada no había comunicación de frutos (MATENZO), estableciéndose el régimen de separación absoluta de bienes, en contra de la opinión de LLAMAS Y MOLINA (261).

Por otra parte, la sentencia de 17 de noviembre de 1892 pone de relieve el correspondiente existente entre renuncia a ganancias y liberación del pago de las deudas, mostrando toda la ambivalencia de la renuncia, la cual es su fundamento primordial y el principio a que obedece, nacido de una necesidad práctica y que se evidencia en su origen histórico en todos los países, concedido primeramente a favor de las mujeres nobles y extendido después a las plebeyas, introducido por razones casi políticas y ampliado por consideraciones de equidad ulteriormente (262). A la vista

(261) MATENZO: *Commentaria in libro quinto recollectiones, legum Hispaniae*, Madrid, 1597, págs. 252 y sigs.; LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 184.

(262) Así, por ejemplo, en Francia, según el Gran Consuetudinario de Carlos VI, redactado a fines del siglo XIV, la facultad de renunciar les fué concedida a las mujeres nobles a consecuencia de las Cruzadas, para protegerlas contra las deudas y cargas que estas expediciones habían impuesto a la nobleza francesa, según LOYSEL. Independientemente de esto, durante el siglo XVI, se concedió también a las plebeyas por el artículo 237 de la Costumbre Reformada de París, aunque se mantuvo con ese carácter de privilegio nobiliario en Bretaña y en el mismo París. COLIN y CAPLANT: *Curso*, VI, pág. 268; de acuerdo, CABRIL: *De la renúciación a communauté*, th., Toulonaise, 1808, págs. 1-21; DE FERRIERE: *Coutume de Paris (commentaires)*, París, 1685, II, pág. 596, núm. 10; ARGON: *Institution au droit française*, París, 1698, I, liv. III, cap. XI; LOYSEL: *Institutes Coutumières*, I, ed. Dupin-Laboulaye, pág. 149, régle X; GUILLERMOZ: *Le droit de renúciación en femme noble dans l'ancienne Cou-*

de este evidente fundamento se nos plantea el problema de si esta renuncia se refiere sólo a las ganancias, es decir, a la cuota que correspondería a la mujer en un momento determinado en que la renuncia tuviese lugar, sería precisa una división que no parece esté permitida por la Ley 14 de Toro antes citada. Por otra parte, ¿a partir de este momento vuelve a regir para los cónyuges la sociedad de gananciales? Esto sería absurdo, porque según ello se podrían renunciar las ganancias constantemente, y no es que haya obstáculo legal para ello, pero lógicamente es inadmisibles porque implicaría una falta de seriedad que no haría tutelable por el ordenamiento jurídico el interés de la renuncia, cuando, según la opinión de MATIENZO, ACEVEDO y LLAMAS MOLINA, parece, de una parte, que esta facultad de renunciar estaba concebida solamente como un efecto momentáneo, señalándose un plazo, el cual era discutido, para ejercitarla a partir del requerimiento judicial dirigido a la mujer para el pago de las deudas, pero siempre concebida con el carácter de declaración irrevocable; lo que, por otra, nada prejuzga respecto del régimen que para después de su ejercicio había de quedar subsistente, si el de la sociedad legal de gananciales u otro distinto, como consecuencia de la renuncia (263); pero en otros glosadores y en los más modernos de los tratadistas del derecho antiguo, como ESCRICHE y NAVARRO AMANDI, la renuncia implica ya una alteración de régimen, y afirmando el segundo que por ella el marido no pierde el fruto de los bienes de su mujer, sino que antes al contrario los adquiere todos se están en presencia de la admisión de que se ha producido una alteración de régimen, estableciéndose para lo sucesivo el dotal (264). Por otro lado, una concepción «particular» de las ganancias, referidas éstas a bienes singulares y haciendo abstracción de considerar a la sociedad de gananciales como un todo comprensivo del activo y del pasivo, a pesar de las incorrecciones terminológicas y aun conceptuales de nuestros antiguos glosadores de las Leyes de Toro, como más adelante pondremos de relieve, no parece corresponder a la orientación de nuestra legislación en general respecto de la institución de la sociedad de gananciales, aunque el estado de desarrollo de la doctrina no permita apreciar directamente la cuestión, pero indirectamente puede colegirse desde distintos puntos de vista y en particular de la denominación legal—sociedad—y del concepto de

tume de Paris, en Bibliothèque de l'École de Chartres, XLIV, 1883. Véase también AUBERTY: *Op. cit.*, págs. 433 y sigs.; BARRAUD: *Des clauses de partage inégal de la communauté et leur caractère juridique*, th., París, 1911; BRAUVAIS: *Des clauses de partage inégal et d'attribution total de communauté*, th., París, 1905.

(263) V. LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 184.

(264) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1874, II, 707; *bienes gananciales*, pág. 88; *Código civil de España (Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes...)*, Madrid, 1880, II, pág. 179.

su naturaleza jurídica concibiendo a la sociedad de gananciales como una sociedad, bien común, bien especial, como veremos más adelante (265).

Para encontrar algo semejante hay que acudir al Código italiano de 1865, pero no hay que olvidar que en Italia, donde está más arraigado el Derecho romano y ejerce menos influencia el germánico en el desarrollo de su propio derecho, tiene escasa importancia la comunidad de gananciales, y aun hoy, después del Código de 1942 (266); no así en nuestro país y más aún en Castilla, donde la sociedad de gananciales, obedeciendo al principio germánico que la inspira, en pleno desarrollo a través de la Edad Media y por la Reconquista, se hace consustancial con la organización de la familia, sobre todo en los territorios que hoy son de derecho común.

Por tanto es defendible la opinión de que la renuncia que encaja en la Ley 60 de las de Toro es un claro vestigio de la que hemos llamado renuncia a la sociedad de gananciales, establecida en nuestro Código civil a favor de la mujer o de sus herederos en la proposición segunda de su artículo 1.364, consideración que se aclara si tenemos en cuenta que los antiguos glosadores aplicaban la renuncia a cuando ésta se efectuaba antes de contraer matrimonio o al contraerse éste, y para ese supuesto entendían la mayoría de los que se ocupan de este punto que se producía el efecto contenido en la proposición primera del propio artículo 1.364, el de entenderse establecido el régimen dotal (267). Lo que sí pasa realmente es que esto pueda afirmarse desde nuestros días contemplando aquella Ley 60, es decir, con perspectiva histórica, no así del examen literal de las doctrinas de sus antiguos comentaristas, quienes, aparte de lo ya apuntado, obraban guiados por intuición y sentido práctico y por ello según

(265) Aun cuando, como ya hemos dicho, no se plantea el problema de una manera general, sino accidental, por asimilación al concepto romano más próximo, califican de *sociedad* a la comunidad de gananciales, según dice LACRUZ BERDEJO, muy acertadamente (*Op. cit.*, pág. 16); para hacernos una idea de ello basta ver aquí a LAMAS y MOLINA, que en *Op. cit.*, I, págs. 166 y sigs. recoge toda la doctrina antigua que incidentalmente se manifiesta sobre esta materia; para la más moderna, puede verse DE ASSO y DE MANUEL: *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805, págs. 56 y sigs., y GUTIÉRREZ: *Códigos*, vol. II, Madrid, 1871, págs. 135 y sigs.

(266) V. BRUGI: *Instituciones de Derecho civil*, trad. cast. de la 4.^a ed. ital., México, 1946, pág. 445; DE RUGGIERO: *Instituciones*, II, pág. 815; FERRARA: *Diritto civile*, I, pág. 457, nota 2; ASCOLI: *Istituzioni di Diritto civile*, Nápoli, 1922, pág. 224; PACCHIONI: *Elementi di Diritto civile*, Torino, 1926, pág. 627; DEGNI: *Il Diritto di Famiglia nel nuovo Codice civile italiano*, Milano, 1943, pág. 308; GUGLIELMO RUBBIANI: *La disposizioni sulla applicazione delle leggi in generale e il diritto delle persone nel nuovo Codice civile italiano...* Milano, 1940, pág. 257; Bozzi: *Digesto italiano*, Torino, 1939, IX, págs. 711 y sigs.

(267) LAMAS y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 184, y GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, I, págs. 566-567.

se iban configurando diversas categorías de principios jurídicos aplicables directa o indirectamente al problema actuaban éstos con su influencia en el tema y en sus variantes de la sociedad de gananciales, sirviendo su difusión y predicamento de termómetro en las variaciones conceptuales que pueden observarse, y así el problema de las donaciones entre cónyuges, la consideración de los bienes de la sociedad y otros que dividen a la doctrina sirven para dividirla en formulaciones de carácter más amplio y general no exentas de contradicciones por otra parte, por lo que sin estar avanzada la investigación histórica en este punto, como en otros muchos, entre nosotros, una averiguación real se hace doblemente difícil; no obstante, vamos a ocuparnos de examinar, si bien someramente, lo más saliente de la doctrina de los antiguos glosadores de las Leyes de Toro por si pueden servir remotamente de alguna orientación.

Pero antes vamos a rebatir, y por el mismo orden que él establecía sus conclusiones, la doctrina de SÁNCHEZ ROMÁN restrictiva de la aplicación de la Ley de 60 de Toro:

1.º En cuanto a que las donaciones entre cónyuges están prohibidas por la Ley, ya hemos visto el desarrollo que da a esta cuestión la sentencia de 17 de noviembre de 1892, ateniéndose a su contenido ya transcrito anteriormente.

2.º En cuanto al obstáculo a la renuncia por ser contrario a los bienes patrimoniales de la sociedad y del matrimonio, baste decir que configurada ésta como renuncia a la sociedad misma resulta que estos fines quedan igualmente atendidos con el nuevo régimen que se establece por la renuncia, el dotal, que, por otra parte es el común del Derecho romano (lo que en nuestro antiguo derecho era considerado como Derecho civil, en contraposición al Derecho real o nacional), según la Ley 17, título II, Partida IV, si bien sea un régimen dotal modificado por lo dispuesto o a consecuencia de lo dispuesto en la Ley 60 de Toro.

3.º Que los intereses de la mujer no resultan más perjudicados por la renuncia al no tener la obligación de pagar las deudas cuando, por otra parte, se le pueden seguir ventajas que el régimen de gananciales impide, como el usufructo general de los bienes del matrimonio a la muerte de su marido y con ello conservar la unidad económica de la familia.

4.º Aunque la ley nada diga de que la renuncia haya de hacerse a favor del marido no puede hacerse a favor de otra persona, pues ello implicaría la subrogación de un tercero en el matrimonio, lo cual desde todos los puntos de vista y aun desde la consideración de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, como hemos visto, sería un absurdo jurídico inadmisibile.

5.º Que la misma jurisprudencia, ni mucho menos, sigue el criterio mantenido por el autor comentado sosteniendo, tras de una opinión vacilante y poco clara, un punto de vista totalmente

contrario al por él mantenido, como se evidencia de la sentencia de 17 de noviembre de 1892.

4. ESTADO DE LA DOCTRINA ANTIGUA EN TORNO A LA LEY 60 DE TORO.—Como ya hemos dicho, es contrario a la renuncia de los gananciales constante matrimonio el último de los grandes comentaristas de las Leyes de Toro, LLAMAS Y MOLINA, pero aunque su obra está publicada en época ya muy próxima a nuestros días y su influencia en los legisladores de 1889 debió de ser enorme, como está bien patente y como concretaremos después, no participaban de su opinión otros autores, tales como ESCRICHE, NAVARRO AMANDI, GUTÉRREZ, F. ELÍAS, HERRERO, VISO, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (268), quienes, en general, no ponen ningún obstáculo a la aplicación en todo tiempo de la facultad concedida a la mujer respecto de la renuncia de gananciales por la Ley 60 de Toro, y del mismo criterio es otro autor más antiguo, SALA (269). La mayoría de los autores la condicionan a que de ella no se siga perjuicio de tercero y hay quien añade, como ESCRICHE y después MUCIUS SCAEVOLE (270), a que no sea efectuada bajo seducción, amenazas o algún otro engaño. En contra, en cambio, se manifiesta en esta época, MORATO (271). MANRESA (272), BOFARULL (273) y más adelante DE BUEN (274), y en general la doctrina posterior al Código, parecen admitir, en contra de SÁNCHEZ ROMÁN, la validez de la renuncia en tal momento para el derecho antiguo. Y ya entre los glosadores de este antiguo derecho mantienen la solución afirmativa de la posibilidad de la renuncia de gananciales constante matrimonio, entre otros, ANTONIO GÓMEZ (275), MATIENZO (276), PALACIOS RUBIOS (277), COVARRUBIAS (278) y ACEVEDO (279), afirmando el primero: «Nota

(268) *Ops. y locs. cit.* anteriormente, para los tres primeros; FERNÁNDEZ ELÍAS: *Notísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, pág. 314; HERRERO: *Código civil español*, Valladolid, 1872, pág. 112; VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, Valencia, 1879, I, pág. 160; GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1877, I, págs. 393-394.

(269) *Ilustración del Derecho real de España*, Valencia, 1803, I, tít. 4.º, núm. 25, págs. 41-42.

(270) *Op. cit.*, XXII, pág. 84.

(271) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano tomadas de los Códigos de Justiniano...*, Valladolid, 1868, nota al § 285.

(272) *Op. cit.*, IX, págs. 545 y sigs.

(273) *El Código civil español según la edición oficial, anotado y concordado*, II, Madrid, 1888, pág. 439, nota 2.

(274) *Op. cit.*, VI, pág. 426.

(275) *Ad leges tauri Commentarium*, ed., Madrid, 1797, págs. 633 y sigs.

(276) *Commentaria in libro quinto recollectionis legum Hispaniae*, Madrid, 1597, págs. 255 y sigs.

(277) *Glosemata legum Tauri quas vulgus de Toro appellat*, Salamanca, 1542, fols. 118 y 119.

(278) *In título «De Sponsalis», 2.ª parte, cap. 7.º, 1, núms. 14 y 15, en «Opera Omnia»*, ed. Ginebra, 1762, I, págs. 238-239.

(279) *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae, regias constitutionis quintum librum novae recopilationis complectens*, ed. Salamanca, 1579,

ex ista lege, quod luera acquisita durante matrimonio dividuntur et comunicantur inter maritum et uxorem: De quo divi late et magistraliter in legibus supra proximis. Item principaliter nota, quod uxor potet renuntiare praedictis lucris quiaesitis constante matrimonio: et ista est sola et principalis decisio hujus legis.»

Siendo de la opinión contraria GREGORIO LÓPEZ (280), LUIS DE MOLINA (281) y el ya citado LLAMAS Y MOLINA. Alegan éstos, para mantener la solución restrictiva, que la renuncia por la mujer de los gananciales supone donación *inter virum et uxorem*, entendiendo los segundos que tales donaciones eran de las permitidas, pues no empobrecían al donante, ya que le sustraían de pagar las deudas, y tampoco por el mismo motivo enriquecían al donatario, estimando que tampoco había verdadera donación, porque el dominio de la mujer sobre las ganancias no había sido adquirido por un *acto verdadero y natural*, sino *ficto y revocable* por la ley, dadas las facultades del marido, alegándose por último las facultades de la mujer casada para aceptar o repudiar la herencia y sin olvidar tampoco la invocación al viejo principio interpretativo: *Cbi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus*.

Para fundamentarse más en sus respectivas tesis es curioso observar cómo ambas posturas se apoyaban, como ya hemos anticipado, en una embrionaria concepción de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales que venía a resultar en la generalidad de los casos abiertamente opuesta, y así los detractores de la posibilidad de la renuncia constante matrimonio mantenían que no era aplicable a la sociedad de gananciales lo dispuesto en la Ley II, tít. 10, de la Partida 5.^a con referencia a las sociedades comunes, que permitía la posibilidad en todo tiempo de división y renuncia, en contra de los que defendían, con relación a la Ley 60 de Toro, su posibilidad (282). De todos modos ya se había hecho notar en aquellas épocas la tendencia a negar la posibilidad de incluir la comunidad matrimonial de bienes en aquella categoría, como puso de relieve el portugués VALASCO (283) y que ya había sido acogida en nuestra doctrina por SANZ MORQUECHO (284). Por otra parte, se niega por aquéllos y en particular por TELLO FERNÁNDEZ (285), que la mujer no adquiere constante matrimonio el

III, com. ley 9.^a, tít. 9.^o, núm. 8 (cita de LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 185).

(280) *Las Siete Partidas del sabio Rey Alonso el nono...*, ley 5.^a, tít. 11, Part. 4.^a, glosa 3.^a (ed. Salamanca, 1555), entendiendo este autor que solamente era válida cuando se hacía por la mujer al contraer el matrimonio.

(281) *De iustitia et iure*, Tratado 2.^o, Disputa 289, núm. 19 (citado por LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 185).

(282) MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 544.

(283) *Praxis partitionum et collationum inter haeredes...*, ed. Coimbra, V, 5 y sigs., fol. 14 y sigs.

(284) *Tractatus de bonorum divisione*, Madrid, 1601, XV, 2 a 14, páginas 153 y sigs.

(285) Citado por LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, I, pág. 166.

dominio y posesión de la mitad de sus gananciales, siendo de la opinión contraria ANTONIO GÓMEZ (286), GARCÍA (287) y MATIENZO (288); pero diciendo, como ya hemos anticipado, que tal dominio era revocable a resultas de la gestión del marido. Y entendiendo los primeros que la sociedad de gananciales era una sociedad legal y que, por tanto, hacía al marido deudor legal y necesario de la mujer; así COVARRUBIAS (289), a pesar de mantener respecto de la renuncia la tesis contraria, y con él LLAMAS Y MOLINA (290), TELLO FERNÁNDEZ (291), y del campo de los que admiten la renuncia constante matrimonio también ACEVEDO (292), quedando entre los segundos PALACIOS RUBIOS, quien entiende que se trata de una sociedad voluntaria y, por tanto, el marido es deudor voluntario (293), y MATIENZO (294). Pero en la afiliación a alguna de estas teorías que pudiéramos llamar básicas, se evidencian alternativas que más que aclarar la cuestión que nos interesa vienen a complicarla, por lo que no juzgamos necesario ni posible extender más nuestra investigación en este sentido, ya que de ella no podemos deducir otra cosa que lo que ya hemos anticipado: que nuestros antiguos tratadistas no tenían una orientación clara y sistemática sobre esta materia de la que deducir principios aplicables a la consideración del problema que nos ocupa.

Pero ante esta diversidad de opiniones que dividían a la doctrina, lo que sí puede ser interesante es buscar el verdadero motivo de ella, y entonces sólo puede entenderse encontrando su precedente legal en la Ley 207 y en la 223 de las del Estilo, las cuales establecían la medida en que respondía la mujer de las deudas contraídas por el marido, siendo una atenuación del principio general que había establecido el Fuero Real (Ley 3.^a, tít. 3.^o, libro 4.^o) siguiendo la pauta iniciada por el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla, declarando la obligación en común ambos cónyuges de satisfacer las deudas del matrimonio (295). Con lo cual se pone de relieve que la Ley 60 de Toro establece de una manera definitiva y con una expresión legal formulada en forma de principio, que se aparta de las Leyes 207 y 223 del Estilo, una derogación en favor de la mujer del principio general de responsabili-

(286) *Op. y loc. cit.*

(287) *Traetatus de expensis et meliorationibus*, ed. Valladolid, 1592, XIII, 20, pág. 144.

(288) *Op. cit.*, fol. 258.

(289) *Op. cit.*, in título «De testamentis», cap. XIV, núm. 2.^o

(290) *Op. cit.*, I, págs. 178 y sigs.

(291) Citado por el anterior, en *Op. cit.*, I, Com. a la Ley 16, núms. 6 y 16, págs. 179 y sigs.

(292) *Op. cit.*, Com. a la Ley 7, tít. 9, libro 5.^o de la Recopilación, núm. 12 (cita de LLAMAS Y MOLINA; *Op. cit.*, I, pág. 180).

(293) *Op. cit.*, Com. a la Ley 16 de Toro, núm. 2 y sigs., 42 y fol. 42 v.

(294) *Op. cit.*, Com. a la 7.^a, tít. 9, libro 5.^o de la Recopilación, número 7, fol. 258.

(295) FERNÁNDEZ ELÍAS: *Op. cit.*, I, c. De acuerdo, GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, IV, pág. 544

dad de los cónyuges por las deudas del matrimonio o, mejor dicho, sustituyendo la proporción de esta responsabilidad por el límite de las ganancias renunciadas (296). De ahí que todos los glossadores de las Leyes de Toro y cuantos se ocupan de esta cuestión, aun los que admiten la renuncia de gananciales sin restricciones y en todo tiempo, se hacen cuestión de la singularidad de esta norma no sólo por lo que atañe a la no obligación de pago de las deudas por la mujer que renuncia a los gananciales, sino también por el peligro que puede tener para la mujer la dicha renuncia, aceptándola muchos de ellos porque no hay más remedio que hacerlo, dada la generalidad de la ley que la establece, sin más limitación que la observada por PALACIOS RUBÍOS: «*Dummodo in hujus modi renuntiatione dolus abri; uxor scienter renuntiationem faciat*», y porque se la ha creído incapaz de alterar el buen orden doméstico, habiendo de tener presentes las indicaciones que ya antes hemos hecho al respecto (297); pero no porque sean defensores de tal garantía en favor de la mujer, sobre todo por el carácter y medio que de su desarrollo en la práctica tiene, y destacándose esta actitud frente a dicha Ley 60 cada vez con caracteres más precisos y en el sentido indicado en los autores más modernos que se ocupan de su comentario.

No conviene olvidar aquí tampoco las circunstancias históricas que vieron nacer a la sociedad de gananciales y las naturales dificultades que ésta había de vencer, proclamando las necesidades familiares nacidas en una concepción y organización sociales que eran ajenas a las contempladas por el Derecho romano que crearon un régimen opuesto, al menos en abstracto, el sistema dotal. Cuando esta especialidad institucional, recogida por el derecho como realidad viva, chocaba con el bagaje jurídico de la época, que a poco de nacer la institución como tal se impregna de romanismo.

Y tener presente que el tema a la renuncia a los gananciales así concebido en forma rudimentaria como aspecto embrionario del propio planteamiento del tema, que es la renuncia a la sociedad, es un arbitrio de equidad elaborado por los juristas seguramente primero y después por la ley para librar a la mujer de su responsabilidad por unas deudas que eran debidas a la mala administración de su marido principalmente, tema en el que se centra la introducción de la posibilidad de la renuncia.

En otros sistemas más avanzados que las Leyes de Toro, como sucede en el Derecho francés del Código de Napoleón, sin abandonarse esta vieja garantía que tenía en la tradición gala una profunda raíz en el antiguo derecho consuetudinario impregnado de germanismo (aparte de un planteamiento más amplio de la cuestión

(296) De acuerdo, GUTIÉRREZ: *Op. y loc. cit.*, nota anterior, y LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, págs. 183 y sigs.

(297) V. GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, II, pág. 368.

en relación con una concepción armónica de la sociedad de gananciales que permite, a su disolución, a la mujer aceptarla o renunciarla), se introducen nuevas garantías en defensa de los intereses de la mujer o de sus herederos, como lo son el reconocimiento del *derecho de emolumento*, por el cual goza de una responsabilidad limitada al valor de los bienes que se le adjudiquen como compensación a las ilimitadas facultades del marido como director de la sociedad, obedeciendo al principio de la jerarquía en la forma de estar los titulares en la comunidad en la concebida con arreglo al patrón germánico de la *mano común* (298). Garantías parecidas se hallan establecidas en el Derecho italiano novísimo (299). Y en el alemán se ha llegado a suprimir la renuncia, porque se ha llegado a suprimir al máximo la responsabilidad de la mujer por deudas del matrimonio (300).

Como vemos, pues, la renuncia a la sociedad de gananciales es el primer estadio de una evolución en pro de los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales para evitar que no se desvirtúen los beneficios que en interés de la mujer se trata de establecer con la introducción misma de la sociedad como sistema matrimonial.

Por eso ante los precedentes de la Ley 60 de Toro se puede pensar que nuestro Código se ha quedado a medio camino en esa evolución cuando, de otra parte, ha venido a confundir y a mezclar el sistema de gananciales con el dotal. Pero esta apreciación dicha así tan ligeramente no es, desde luego, justa. Pues el Código ha venido a corregir, si no el espíritu de la Ley 60 de Toro, sí al menos lo que su tono de generalidad podía hacer levantar, como de hecho sucedió, un cúmulo de dudas y de opiniones contradictorias, poniéndole, por otra parte, el freno del artículo 1.394 y no confundiendo ciertamente el régimen de gananciales con el régimen dotal, ya que ambos regímenes, al contrario que en Francia, se compenetraban y hacían compatibles, remediando con ello la incertidumbre que podía haber de la consideración de la Ley 60 de Toro respecto al régimen al que quedaba sometido el matrimonio una vez era efectuada la renuncia por la mujer, ya que entendemos que de haber sido este problema claro en nuestro antiguo derecho, aunque no se formule por nuestros tratadistas el problema más que de pasada, hubiera sido mayor el predicamento de que hubiera gozado la posibilidad de la renuncia constante matrimonio; y lo que sí es posible criticar es la in-

(298) V. RIBERT-BOULENGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, de PLANIOL, 4.^a ed., París, 1951, III, págs. 268 y sigs.; CARBONNIER: *Droit civil*, I, París, 1955, págs. 371 y sigs.; COLIN y CAPITANT: *Curso*, VI, págs. 409 y sigs., etc.

(299) V. la bibliografía citada en la nota 262.

(300) KIPP y WOLFF, en el *Tratado* de ENNECCERUS (*Derecho de Familia*), págs. 431 y sigs.

flexibilidad del régimen en este materia (301) por la prohibición del artículo 1.394, cuando, por otra parte, en cambio, la responsabilidad por deudas de la mujer está fuertemente limitada; con un alcance muy parecido al establecido en el derecho alemán, si bien la formulación sea diferente (302).

Es, pues, como vemos, la consideración de la justicia de la norma de la Ley 60 de Toro, y el carácter de especialidad con que se presenta en relación con sus precedentes, y con el clima creado por el derecho común, a pesar de que ese mismo carácter sirva a configurar la sociedad de gananciales como institución, al servir de contrapeso a las facultades jerárquicas del marido dueño de una administración omnimoda que rebasa sus propios límites, la que nos da la pauta para deducir que puede servir de antecedente inequívoco—aparte de las restantes evidencias, sin comentario—en la línea de una evolución progresiva a nuestro artículo 1.364, pues no en vano observó FALCÓN que la norma contenida en dicho precepto era bien justa, pues con ello «no por renunciar a los beneficios de la asociación, la mujer se libra de contribuir a los gastos comunes de la familia (303) y ello de una forma estable, por imperativo no de un mandato particular y concreto, como sucede en la separación absoluta de bienes, sino por imperio de un régimen bajo el que se entiende establecido por tal renuncia el matrimonio. Y a lo que el autor citado, sin duda, refirió al supuesto en que tal establecimiento es posible por la expresada renuncia, en hipótesis, también podemos trasladarlo a cualquier otro momento, como si el artículo 1.394 no lo prohibiera.

Por otra parte, el juzgar de la renuncia contenida en la Ley 90, como renuncia exclusiva a las ganancias, y concebida ésta para después de disuelto el matrimonio, y tales ganancias, como el saldo resultante a favor de la mujer o de sus herederos carece de todo fundamento. Pues la cuota, o beneficio de la comunidad ya disuelta y liquidada, entra en el patrimonio particular de la mujer o de sus herederos, sin amenaza de responsabilidad alguna, que ya ha superado este escollo, y su admisión queda fuera de la órbita de los preceptos que configuran a la sociedad de gananciales en sí misma, pues los efectos que produce su renuncia son indirectos, respecto de su compleción como institución jurídica, efectos de liquidación, que en nada pueden alterar su estructura fundamental, como sucede cuando se renuncia a la sociedad de ga-

(301) BURÓN: *Derecho civil español*, Valladolid, 1889, I, pág. 376.

(302) V. PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en las *Notas al Tratado*, de ENNECÉRUS (*Derecho de Familia*), IV-I, págs. 434 y sigs. Con la reforma del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, de la redacción del artículo 1.413, parece resultar aún una mayor protección a los derechos de la mujer, aunque los inconvenientes prácticos de la merma a la libertad de gestión del marido se van dejando notar por todas partes cuando esta protección, por otro lado, se extiende únicamente a los inmuebles, siendo más ideal que real, dada la configuración económica de la sociedad moderna.

(303) *Código civil español*, Madrid, 1889, IV, pág. 163.

nanciales. Pero ya hemos dicho antes cómo nuestros antiguos tratadistas no tenían esta idea limitada al equívoco que podrían suscitar los términos legales, en este caso la voz «ganancias», pues había quien, como LLAMAS Y MOLINA, entendía que efectuada la renuncia a los gananciales antes, o al contraerse el matrimonio, no se renunciaba a gananciales que no existen, sino que en tales casos se considerará contraído el matrimonio conforme a «los términos del Derecho común de los romanos» (304), opinión que es aceptada por ACEVEDO en parte (305) y atacada por MATEIZO (306).

Hecho resaltar esto, parece que si esta teoría se hubiera aplicado a los demás supuestos de renuncia contenidos en la Ley 60 de Toro, podríamos encontrar en ella un precedente ajustado al contenido íntegro del artículo 1.364. Pero no podemos ni debemos ser tan exigentes, siendo bastante a nuestro peculiar propósito, lo que creemos queda demostrado hasta la saciedad, el que la Ley 60 de Toro es el precedente de la renuncia a la sociedad de gananciales contenida en el artículo 1.364 de nuestro Código civil.

5. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 1.366 DEL CÓDIGO.—El artículo 1.364 del Código civil, en su proposición primera, si hemos de aceptar la tesis de LLAMAS Y MOLINA, expuesta para el caso de renuncia anticipada a las ganancias a que acabamos de aludir, recoge lo que podría ser una consecuencia atribuible a la Ley 60 de Toro, y la eleva a principio general, pero aún con mayor fuerza y universalidad. Y en su proposición segunda establece el mismo efecto para el caso de que la mujer o sus herederos renuncien a la sociedad legal de gananciales.

Trata con ello el Código de encauzar la discutida renuncia establecida por la Ley 60 de Toro por unos límites que estén de acuerdo con la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales entrevista fuertemente por el artículo 1.302, en sus justos términos, regulando sus efectos, de una parte, con un criterio en cuanto a la participación en la responsabilidad que se considera más justo (307) y, de otra, fijando aquéllos dentro de un régimen concreto que en virtud de una ficción legal contenida en el propio precepto altera *ab initio* el anteriormente establecido, salvando, por otra parte, el obstáculo de la prohibición de alterar las capitulaciones matrimoniales contenidas en sus artículos 1.319 y 1.320 habida cuenta del carácter que de capitulaciones matrimoniales subsidiarias tiene, salvo pacto, el régimen de la sociedad de ga-

(304) *Op. cit.*, II, pág. 184; de acuerdo, GUTIÉRREZ: *Op. cit.*, II, página 567.

(305) *Op. cit.*, III, Ley 9, tít. 9, núm. 8 (citas de LLAMAS Y MOLINA: *Op. cit.*, II, pág. 185), quien extendía la comunicación de frutos a favor del marido respecto de los dotales exclusivamente.

(306) *Op. cit.*, págs. 255 y sigs., que negaba la comunicación de frutos en absoluto, entendiéndolo que regía el régimen de separación radical de bienes.

(307) V. FALCÓN: *Op. cit.*, IV, pág. 163.

nanciales, según el artículo 1.315 del mismo, por lo dispuesto en el artículo 1.394, párrafo primero. Establece también con ello un régimen supletorio de segundo grado a favor del sistema dotal, siendo esto lo que más críticas ha suscitado, haciendo, por otra parte, a nuestro juicio, de cortina de humo para la verdadera comprensión del precepto que comentamos contenido en la proposición segunda del artículo 1.364, inexplicablemente descuidado por la doctrina.

En relación con este punto no hay que excluir el afán del Código por acercarse al derecho de las regiones forales y en particular al de Cataluña, lo que no satisfizo ni a unos ni a otros. Así DURÁN Y BAS entendía que no tenía el Código por qué establecer el régimen supletorio (308), sino haber dejado plena libertad, entendiendo que en ausencia de régimen regiría la separación absoluta, lo cual es inadmisibile a juicio de los redactores del Código y como brillantemente defendió ALONSO MARTÍNEZ (309); no faltando quien, por el contrario, entendía que el Código no debiera de haber abdicado de imponer el régimen de gananciales de una manera absoluta por imitar al Código de Napoleón (310).

Pero si la primera intención es disculpable y la segunda no debe entenderse al pie de la letra por lo que llevamos dicho de los precedentes del artículo 1.364 del Código civil, encuentra éste sus defensores en esta materia en ALONSO MARTÍNEZ, FALCÓN, MANRESA, DE BUEN, VALVERDE, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, etc. Siendo así que los ataques que ahora se le dirigen sobre este punto como sistema supletorio, no van dirigidos a su consideración como tal, sino a su rigidez o inflexibilidad.

No obstante, como ya hemos dicho y recalcado respecto del artículo 1.364, la doctrina es muy parca. MANRESA mismo elude su comentario y sólo trata de él incidentalmente, como ya hemos dado cuenta al comienzo de este trabajo (311), aunque reconociendo el verdadero alcance de la renuncia a la sociedad de gananciales: MUTIUS SCAEVOIA nos habla del carácter vago y laberíntico de este precepto, y después de una serie de razonamientos confusos trata de ponerle en relación con el artículo 1.435 diciendo que la coincidencia entre uno y otro precepto es perfecta o «al menos el último prevé un supuesto de renuncia a la sociedad de gananciales por separación de bienes» (312). Pero esto es insostenible, como ya dijimos, y porque obedecen a principios y ante-

(308) V. ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en su relación con las legislaciones forales* (ed. prólogo de CASTÁN), Madrid, sin fecha, páginas 349 y sigs.

(309) *Op. cit.*, págs. 349 y sigs.

(310) BURÓN: *Derecho civil español*, Valladolid, 1880, I, pág. 376; criterio al que alude también GUTIÉRREZ, respecto del Proyecto de 1851 (*Op. cit.*, II, págs. 538 y 539).

(311) *Op. cit.*, IX, págs. 110 y sigs.

(312) *Op. cit.*, XXI, págs. 641 y sigs.

cedentes diversos baste tener en cuenta que el artículo 1.435 se refiere a ambos cónyuges, y el artículo 1.364 sólo a la mujer o sus herederos (313), aparte de que aquél, como el 1.436, van referidos a los supuestos del artículo 1.433.

Tampoco puede establecerse parangón con el artículo 1.418-1.º, aunque su precedente en el Proyecto de Código civil de 1851, que es el artículo 1.340, habla de «renuncia a la sociedad» en vez de renuncia «a sus efectos y consecuencias», como dice su redacción actual, lo que evidencia que esto no fué olvidado por el legislador de 1889 que supo retocar debidamente el antiguo artículo 1.340 del Proyecto sin duda para evitar confusiones. Pero tampoco es admisible por casi idénticas razones que las apuntadas anteriormente, ya que el artículo 1.418-1.º se refiere a ambos cónyuges y el 1.314 sólo a la mujer o sus herederos y, por otra parte, lo que es aún más importante y decisivo, porque el artículo 1.418-1.º está establecido para la liquidación de la sociedad a la que corresponde el precepto o preceptos completos contenidos en ese mismo artículo 1.418, mientras que el artículo 1.364 supone que ésta no ha existido nunca y que no hay gananciales ni ha podido haberlos nunca (314). Sin olvidar, por último, que los principios en que se basan una y otra renuncia, como hemos indicado en el epígrafe anterior, son diversos. La renuncia a la sociedad es una garantía en defensa de la mujer o de sus herederos y que pertenece a la configuración de la misma sociedad de gananciales. En cambio, la renuncia de los gananciales por parte de ambos cónyuges es un simple derecho de disposición que únicamente produce determinados efectos específicos por la naturaleza de los bienes que se renuncian y cuyas limitaciones son las normales en fraude de terceros o en perjuicio de legítimas.

Por tanto, este precepto, aparte de establecer un régimen supletorio de segundo grado, lo cual entendemos que también lo hace, no sólo por dar satisfacción a impulsos de una política legislativa al servicio de la idea de una unificación del Derecho civil nacional o por dejarse llevar de una influencia francesa a la que se ha sobreestimado en algunos casos exageradamente, sino que ha tendido, en combinación con el artículo 1.315, al criterio que se consideraba más acertado, y al hacerlo, por lo que respecta al artículo 1.364, se ha dejado llevar por la sugestión interpretativa formada en torno de la Ley 60 de Toro, dando un paso más al enunciar como principio una simple consecuencia y rectificando aspectos que tenían su precedente en el Derecho patrio antiguo. O al menos si esto no es así, a ello se presta una fuerte asociación de ideas que unen las dos proposiciones contenidas en dicho precepto. Lo que sí ha cambiado en el Código ha sido la regulación de la renuncia a la sociedad de gananciales y a los

(313) De acuerdo, Bas y Rivas: *Op. cit.*, págs. 854-855.

(314) V. autor citado nota anterior, *Op. cit.*, pág. 852.

gananciales mismos, o más bien la facultad de dividir el caudal de la sociedad constante matrimonio y renunciar a los gananciales consecuentemente, que en la práctica esto no venía a ser, en su interpretación amplia y sin trabas, la facultad concedida por la Ley 60 de Toro, ya que los límites impuestos por los artículos 1.315, 1.319 y 1.320 impiden su posibilidad, por un lado, y el 1.392, por otro, aun de una manera más radical que el artículo 1.394, que viene a reforzar con una norma concreta lo que es consecuencia lógica de la naturaleza y carácter de toda la institución misma y a plantear una serie de dudas con una redacción incorrecta y confusa (315). Pues este precepto, admitido el espíritu del Código en la materia, debiera contraerse a prohibir la *renuncia a la sociedad de gananciales*, sin que pudiera encontrarse en él para nada alusión a la *renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales*, o a los *gananciales* mismos, que aun con el sistema del Código se les puede encontrar lugar más adecuado. Tampoco lo es mucho el del artículo 1.364, y acaso esta situación ha influido en el descuido de que ha sido objeto por parte de la doctrina. (Capítulo de la Dote.)

Pero lo que es indudable es que este precepto del artículo 1.364,

(315) No se crea que estuvo del todo ausente el tema de la renuncia del pensamiento del legislador del Código civil. Pues aparte de la redacción de los artículos 1.364 y 1.394, en 11 de junio de 1885, en plena discusión de una de las presentaciones del Proyecto de Ley de Bases se presentó una enmienda que encabezaba el diputado señor GONZÁLEZ CARBALLEDA con la que se proponía la siguiente redacción de la Base 21: «La sociedad legal de gananciales tal como hoy se halla establecida será el régimen de los bienes en el matrimonio. El Código determinará con precisión si el derecho a los gananciales es renunciable y cuándo y cómo podrá renunciarse» (*Diario de las Sesiones de Cortes Congreso de los Diputados*, X, 1885, Apéndice tercero al núm. 170). Pero por lo que se desprende de los debates del Congreso, dictámenes de la Comisión y enmiendas presentadas y su redacción definitiva en la Ley, de 11 de mayo de 1888, todo hace pensar que este tema al supeditarse a otro de más vuelo: el de la rigidez del sistema económico matrimonial (ataques constantes y reiterados de PLANAS, DURÁN Y BAS, RODRÍGUEZ SAMPEDRO y otros foralistas) y el del propio régimen de gananciales es por ellos arrastrado; lo que queda claramente comprobado a lo largo de todos estos años de intensa labor legislativa hasta que en 9 de abril de 1888 fué definitivamente aprobada la Base 21 (en el texto definitivo es la 22), pues en su discusión a la pregunta formulada por el diputado señor AZCÁRATE, sobre las limitaciones a la libertad de contratar sobre los bienes del matrimonio, a que se refiere dicha base, el presidente de la Comisión, señor GAMAZO, contesta que «aquellos que sean de derecho necesarios», entre la que está comprendida la alteración del régimen económico establecido por la voluntad o por la Ley (V. *Diario*, 1887-1888, V, núm. 88, pág. 2339), lo que viene a explicar la redacción de los citados preceptos. Para toda esta materia pueden consultarse los *Diarios de Sesiones de Cortes* desde 1881 a 1888, y en particular el período de 1885-1888; el libro citado de ALONSO MARTÍNEZ, varias obras y discurso de DURÁN Y BAS; COMAS: *Proyecto del Código civil*, Madrid, 1885, y *La revisión del Código civil español*, Madrid, 1885; GAMAZO: *Discursos y rectificaciones*, 1889, y en particular, *Discusión del Código civil*, «Revista de los Tribunales», 1892.

en relación evidente y necesaria con el párrafo primero del artículo 1.394, no fué fruto de una redacción impensada, ya que coincide con su precedente del Proyecto de 1851 que era el artículo 1.308, del cual se suprimió un aditamento que constituía su segundo párrafo y que decía textualmente así: «También se observarán las disposiciones de este capítulo (el relativo a la dote) aun en caso de existir la sociedad legal con las modificaciones determinadas en el capítulo siguiente» (relativo a la sociedad de gananciales). Quedando íntegro su párrafo primero, respecto del cual entiende GARCÍA GOYENA que para ambos casos rige el sistema dotal (316).

V

LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

I. PLANTEAMIENTO.—Ya hemos visto, y no creemos pueda quedar lugar a dudas, que la renuncia a la sociedad de gananciales es un beneficio que la ley concede a la mujer o a sus herederos como medio de verse exonerados de responsabilidad por la gestión del marido, pero que puede cumplir en interés de estas mismas personas y de la familia muy variadas funciones a través de la implantación de un régimen económico distinto, como lo establece el artículo 1.364 de nuestro Código civil, proposición segunda.

Ahora bien, la exoneración de esa responsabilidad parece que no está tan justificada después de la reforma de 24 de abril de 1958, pues el artículo 1.413, en su nueva redacción, establece una coparticipación de la mujer en la gestión de los gananciales cuando se trate de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

Pero ahora bien, esta renuncia está limitada en cuanto al momento de su ejercicio por el artículo 1.394. No obstante, se ha llegado a pensar que por referirse este precepto a la renuncia a los gananciales y a la renuncia a la continuación en la sociedad que la prohibición en él contenida no alcanzaba al artículo 1.364 (317). Para ello se puede argumentar que la prohibición de los artículos 1.319 y 1.320 de no alterar las capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio en función con lo establecido en el artículo 1.315 que confiere a la sociedad de gananciales, como sociedad legal, el carácter de capitulaciones subsidiarias no es realmente obstáculo por la primordial razón de que por la ficción legal establecida por el propio artículo 1.364 se entiende que nunca ha existido la sociedad de ganancia-

(316) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, III, pág. 320; de acuerdo, GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 558, y BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 854.

(317) BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 857 y sigs.

les (318). A esta razón legal evidente se le suma otra razón técnica. Las capitulaciones matrimoniales—dice BAS Y RIVAS—son realmente hablando un contrato; la renuncia, en cambio, se entiende como un acto unilateral y, por tanto, si la norma del artículo 1.320 y concordantes es una norma prohibitiva, ha de interpretarse en sentido restrictivo y entender que la prohibición alcanza únicamente a los actos de aquella naturaleza cuando esta excepción a la inalterabilidad de las capitulaciones y del régimen matrimoniales consagrada o al menos respetada por el artículo 1.364 no es, por otra parte, en cuanto alteración, la única permitida, pues cuenta también con lo dispuesto para los supuestos contemplados en el artículo 1.433, en los cuales sufre alteración, si los interesados lo desean, el régimen matrimonial (319).

Pero esta opinión no es convincente, pues la inalterabilidad del régimen matrimonial, como es obvio, viene impuesto fundamentalmente en interés de los terceros, como reconoce el propio BAS Y RIVAS, y frente a este interés ya no podemos guiarnos por normas interpretativas que por su generalidad pueden dar origen a errores de bulto, y no conviene olvidar al respecto que las bases de todo derecho flexible han de descansar en normas imperativas de derecho estricto, cuya restricción es imposible dentro de sus propios límites. Aparte de otras razones de peso que ya han venido siendo expuestas en el transcurso de este trabajo, más lógico es pensar que el Código, atendiendo a ese interés de los terceros, utiliza la ficción del artículo 1.364, proposición segunda, precisamente en interés de esos terceros, ya que con ella no pueden estar más protegidos (arts. 1.362 y 1.386 del Código civil), corrigiendo con ello las deficiencias del derecho antiguo y haciéndolo en forma que no sea obstáculo a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales al impedir la división del caudal común constante matrimonio como parecía deducirse de la generalidad de la Ley 6^a de Toro. Claro que dando a la renuncia tales efectos si se hubiera desarrollado su modo de ejercicio, lo que es verdaderamente criticable (al menos desde el punto de vista de la originalidad que la institución de la renuncia podría haber tenido en nuestro ordenamiento, y máxime cuando se mantiene por los demás caminos la rigidez estricta del sistema) es que se vea prohibida constante matrimonio por el artículo 1.394.

Pero ninguna razón hay que sea bastante para dejar inservible a este precepto por defectuosa que sea su redacción o aun su situación en el Código, por lo que juzgamos inadmisibles lo que

(318) De acuerdo en cuanto a la ficción jurídica operada por el artículo 1.364, GARCÍA GOYENA: *Op. cit.*, III, pág. 320 (con referencia a su precedente en el Proyecto de 1851, art. 1.308); MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 110; GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 558, y BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 854.

(319) BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 858.

tan débilmente defiende en sentido contrario BAS Y RIVAS (320). No solamente por razones de la más mínima cautela hermenéutica, sino por la investigación que hemos hecho de los precedentes en el antiguo derecho de esta cuestión y además el carácter con el que establece el Código el régimen matrimonial de bienes y la sociedad de gananciales así lo exigen. Porque está claro que el artículo 1.364, que en su proposición primera establece nada menos que un régimen supletorio de segundo grado para el matrimonio y en la segunda la renuncia a la sociedad de gananciales, no es un precepto desconectado de sus precedentes legislativos ni del sistema del propio Código, aun cuando éste haya innovado respecto al derecho antiguo o más bien modificado el sentido de éste en la materia y en la forma que ya hemos indicado. Sin olvidar, por otro lado, que por su colocación en el Código el precepto del artículo 1.394 contenido en el Capítulo V (De la Sociedad de Gananciales), Sección primera (Disposiciones generales), del título III, Libro IV del mismo, comprende tanto el artículo 1.364, por razón de la materia, como al artículo 1.418-1.º y al 1.433.

Con ello la renuncia se queda reducida a los supuestos de disolución normal de la sociedad de gananciales, es decir, a los comprendidos en el párrafo primero del artículo 1.417, pudiendo ser efectuada por la mujer o sus herederos. Pero no hay obstáculo alguno a que se admita igualmente en los supuestos del artículo 1.433, porque entonces cesa la prohibición del artículo 1.394 y rige con toda su plenitud el artículo 1.364. En estos casos ha de entenderse que sólo es la mujer la que puede renunciar, pues no hay herederos y se da la circunstancia de que ésta, en las hipótesis de interdicción o ausencia, podrá ser, conforme al artículo 1.441, la administradora de todos los bienes del matrimonio hasta que cesen las causas que han motivado la separación; por otra parte, cuando se ejercite esta renuncia y cesen dichas causas que hayan motivado su posibilidad, no entrará a regir el artículo 1.439 como en los supuestos de renuncia a la continuación en la sociedad de gananciales y se mantendrá el régimen del artículo 1.364 (321), como más adelante veremos.

2. CRÍTICA A LA «RIGIDEZ» DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.— La razón de pretender hallar unas bases para una posible ampliación de la renuncia a otros supuestos que no sean los permitidos directamente por el artículo 1.394 debemos de encontrarla en primer lugar en la crítica a la sociedad legal de gananciales, no tanto por su carácter de régimen legal supletorio como por su excesiva rigidez o inflexibilidad.

Ya hemos hecho notar cómo la crítica a la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio era efectuada ya a raíz

(320) *Op. cit.*, págs. 858-860.

(321) De acuerdo, BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 860-861.

de la publicación del Código, preferentemente por los foralistas, habiéndose vuelto a reavivar recientemente y mostrándose bien claras las preferencias por el régimen dotal. Y así CÁRDENAS HERNÁNDEZ, haciéndose eco de diversas opiniones, entiende que «cuando efectivamente tiene importancia la sociedad de gananciales es a la disolución del matrimonio, ya que durante el mismo, dadas las amplísimas facultades del marido, en poco se diferencia del régimen dotal, y los intereses de terceros quedan salvados igualmente en este régimen, pues no hay transmisión de bienes del marido a la mujer ni viceversa y en todo caso siempre queda nula la donación fraudulenta. Y añade: «Si, a pesar de esta mayor facilidad para la adopción del régimen dotal, no existe pacto alguno, ni antes ni después de la celebración del matrimonio, sólo debe imponerse legalmente el de gananciales en los casos en que sea adecuado jurídica y económicamente cuando haya aportaciones por ambos cónyuges. En los demás casos debe darse a la participación ganancial de la mujer el carácter que en realidad tiene y no puede ser desconocido: el de la legítima viudal, que bien podría consistir, dada la palpitación de la voluntad popular en el usufructo universal.» Y concluye: «Así contribuiríamos a la unificación del Derecho nacional en esta importante materia, facilitaríamos el trámite registral y dotaríamos al régimen económico del matrimonio de una flexibilidad de que hoy carece» (322).

No falto de razón en alguna de sus apreciaciones particulares, estimamos que el autor citado exagera excesivamente la nota y lleva demasiado lejos las consecuencias de las censuras que le merece el régimen de la sociedad legal de gananciales, entendiendo que no es preciso alterar el sistema del Código para remediar muchos de los males, que en algunos supuestos no lo son tanto, que apunta, sino dar a la sociedad de gananciales la flexibilidad debida para que resulte más adaptado el sistema a las necesidades sociales y económicas de la época, como estiman PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, añadiendo que el Código alemán proporciona a este respecto algunas enseñanzas: admisión del régimen de la comunidad continuada después de la disolución del matrimonio, la institución de ciertos bienes reservados y la limitación de la facultad de disponer del marido sobre los bienes comunes (323).

Pero en sentido más particular y concreto se ha objetado y criticado a la sociedad de gananciales por su rigidez e inflexibilidad en términos que nos parecen admisibles y que aquí nos inte-

(322) *Notas sobre el régimen legal económico del matrimonio*, en R. C. D. I., febrero 1946, págs. 83 y sigs.

(323) *Notas a ENNECCERUS, Derecho de Familia (en Tratado de Derecho civil)*, de KIPP y WOLFF, IV, 1, pág. 281. Por uno de estos caminos ha discurrido la reforma de 24 de abril de 1958; lástima que se haya hecho de una forma parcial e incompleta.

resa resaltar (324). Estos diversos aspectos podemos reducirlos a los siguientes:

1.º Por el sistema de sociedad legal de gananciales, cuando no hay hijos del matrimonio a su disolución, se produce un desplazamiento de bienes que implica la intromisión de extraños en el patrimonio familiar (325).

2.º Por otra parte, el régimen de la sociedad de gananciales contribuye, dada la posibilidad y necesidad de su liquidación, a la disolución del matrimonio, y debido al normal individualismo existente entre nosotros y que con ello se fomenta, a la división y fraccionamiento de patrimonio familiar, empobreciendo sobre todo la agricultura y la pequeña industria (326).

3.º Como consecuencia de lo dicho en el apartado anterior, cuando por medio de una acertada política se trata de poner remedio a las manifestaciones perjudiciales desde el punto de vista patrimonial de ese individualismo exagerado y también en parte como consecuencia del sistema de legítimas, porque no hay que echar todas las culpas a la sociedad de gananciales, y se establecen ciertas prohibiciones de enajenar o ciertas restricciones a la facultad de disponer, como sucede con las derivadas del régimen de los Patrimonios Familiares inembargables (Ley de 17 de julio de 1953), o en el supuesto de la finca adquirida por retracto rústico (art. 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935) durante seis años o en otros supuestos derivados del régimen de colonización (grandes zonas y zonas regables) o del de Concentración Parcelaria, resulta que el cumplimiento de tales preceptos choca con la observancia de aquellas normas (327). Fricción que es más atendible cuando no se enfrentan simplemente en estos casos dos preceptos jurídicos entendidos en sentido formal, sino que la colisión es de fondo, porque son distintos los principios que los sustentan.

4.º Pero la objeción más importante y en la que coinciden numerosos autores es la de que el sistema de gananciales o, me-

(324) V. BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 859-860.

(325) CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 78 y sigs.; DE LA CAMARA ALVAREZ: *Op. y loc. cit.*, también aluden incidentalmente a este inconveniente. Y citan, respectivamente, la extrañeza de dos toreros, «Lagartijo» y «Frasuelo», quienes se resistían a la idea de que lo que ellos habían ganado en la lidia tuviera que repartirse, lo cual no es extraño en personas de bajas cultura y extracción social; pero el alcance y efectos propios del régimen de gananciales, como cualquier profesional del Derecho que tenga contacto con los medios rurales, puede apreciar es generalmente conocido; en Castilla al menos no es ignorado por persona alguna, aun cuando su instrucción sea elemental, cuando lo contrario parece más propio, y así suele ser en la práctica, de excesivo egoísmo que de falta de instrucción.

(326) CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Op. y loc. cit.*; ROCA SASTRE: *Necesidad de diferenciar lo rústico en el Derecho sucesorio*, en A. A. M. N., Madrid, 1943.

(327) V. CASTÁN: *Familia y propiedad*, Madrid, 1956, págs. 85 y sigs.

por dicho, su rigidez hace menos flexible el régimen sucesorio. Lo que se manifiesta en los siguientes aspectos:

a) A juicio de CÁRDENAS HERNÁNDEZ y de ROCA SASTRE, la división de la herencia realizada en vida del testador al amparo del artículo 1.056 (328) es imposible si rige el régimen de gananciales, a no ser que lo haga persona soltera o viuda o que comprenda bienes que no sean gananciales (329). De suyo esto no es un obstáculo, pues hecha la partición de los bienes privativos, o hasta el límite del artículo 1.414 (330), siempre cabe la posibilidad de que se complete después, ya que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1945 dice que no es nula la partición por la simple razón de no haberse incluido en ella todos los bienes del causante. Y, por otra parte, del tenor mismo del artículo 1.056 puede deducirse el alcance de esta facultad, y puesto este precepto en relación con la posibilidad de pactar en capitulaciones matrimoniales, la diversa división de los bienes de la herencia entre los descendientes, o bien porque, como suele suceder en la práctica, el marido y la mujer otorgan su testamento en perfecto acuerdo y cada uno establezca una división que entre sí armónicamente se complete no la podemos juzgar tan quimérica como entienden los autores citados, ya que, a nuestro juicio, sólo fallará cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, supuesto que no siempre va a ser perjudicial para los herederos, ya que puede servir para evitar otros males mayores cuando la falta de inteligencia conyugal provenga de la intención dolosa o al menos ambigua de uno de ambos. Pero además la facultad del artículo 1.056, aunque sea de forma ideal y con efecto diferido *post mortem*, supone una verdadera división y liquidación del causal hereditario (331).

(328) Cifr. «Cuando el testador hiciere por acto *inter vivos* o por última voluntad la partición de sus bienes se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.» «El padre que quisiere...»

(329) *Necesidad de diferenciar los rústico de lo urbano...*, loc. cit. *Derecho hipotecario*, II, pág. 618, y *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, II, págs. 371 y sigs.

(330) Cifr. «El marido no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales» (art. 1.414 del Código civil).

(331) CLEMENTE DE DIEGO: *Disolución de la sociedad legal de gananciales* (dictamen), en R. D. Pr., 1924, págs. 543 y sigs.; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, pág. 73; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: *Sobre particiones realizadas por el testador*, en R. C. D. I., 1927, págs. 166 y sigs.; para ampliar este tema puede consultarse: ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en A. D. C., 1948, págs. 922 y sigs.; MARTÍN LÁZARO: *La partición de la herencia por actos *inter vivos**, Madrid, 1946; VALLET DE GOYTISOLO: *Notas para la interpretación del artículo 1.056 y del artículo 863*, en R. G. D., 1947; *Apuntes de Derecho sucesorio*, en A. D. C., 1951, págs. 1849 y sigs.; GÓMEZ MORÁN: *Testamento-partición*, en R. C. D. I., 1949, págs. 600 y sigs.; RODRÍGUEZ ARIAS: *Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del C. c.*, en R. G. I. J., 1952, págs. 307 y sigs., etc. Sobre este tema aparecerá próximamente, en la «Revista de Derecho Notarial», un trabajo del autor.

b) El usufructo universal a favor del cónyuge superviviente tampoco puede establecerse prácticamente, aparte de la limitación del sistema de legítimas, por la existencia de la sociedad de gananciales. «En efecto—dice CÁRDENAS HERNÁNDEZ—, la finalidad del testador al ordenar el usufructo a favor de la mujer es que ésta, cuando enviude, continúe con la misma posición económica que antes subrogándose en el lugar del marido, pero sin poder enajenar bienes, con lo que la legítima de los descendientes, si los hubiera, o los intereses de los herederos en general no sufre más perjuicio que la liquidación temporal del usufructo, pero compensada con la seguridad de obtener íntegramente los bienes hereditarios» (252). Pero coincidiendo la institución del usufructo con la sociedad de gananciales el marido no puede impedir que la mujer disponga libremente de sus bienes, los que le corresponden en pago de su cuota, haciendo imposible la universalidad del usufructo y la inalienabilidad de la mitad de los bienes (332). Igual sucede, según VALLET DE GOYTISOLO, en los supuestos de ventas con reserva de usufructo de bienes gananciales a favor de los esposos vendedores (334).

También se observan dificultades en el legado de cosa ganancial, aun cuando se invoque la facultad, entre otras, contenida en el artículo 1.056 del Código civil (335). Y aún se plantean otros problemas de liquidación de las legítimas o de la misma sociedad de gananciales (336).

Ahora bien, y como consecuencia de todo ello, si tenemos en cuenta lo dicho podremos observar que casi la totalidad de estas dificultades podrán desaparecer si se admite la posibilidad de la renuncia a la sociedad de gananciales por la mujer antes de la disolución del matrimonio, lo cual no parece posible del régimen legal vigente, pero sí puede haber algún medio en la práctica de abrir paso a tal posibilidad, si bien sus efectos vayan limitados a producirse para después de su disolución.

3. POSIBILIDAD DE ESTABLECER CONSTANTE MATRIMONIO LA RENUNCIA DEL ARTÍCULO 1.364 DEL CÓDIGO CIVIL CON EFECTO EXCLUSIVO PARA DESPUÉS DE SU DISOLUCIÓN.—Según CLEMENTE DE DIE-

(332) *Op. cit.*, pág. 80.

(333) De acuerdo, ROCA SASTRE: *Necesidad de diferenciar lo rústico...*, págs. 386 y sigs.; GONZÁLEZ PALOMINO: *El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos del premuerto*, en R. D. Pr., 1936, págs. 160 y sigs.; SALAS MARTÍNEZ: *El usufructo viudal universal en el Derecho del Código civil español*, en R. C. D. I., 1947.

(334) *Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero, y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores*, en R. D. Pr., 1940, págs. 943 y sigs.

(335) DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Op. cit.*, pág. 73, y Bibl. cit. nota 331.

(336) PORPETA CLÉRIGO: *Naturaleza jurídica de la legítima*, Curso de Conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1945; BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 860.

go la doctrina se inclina a admitir la validez de la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en vida por ambos cónyuges y para que surta sus efectos cuando la sociedad haya legalmente de disolverse (337).

Nada se opone a la validez de estos actos. A favor de estas liquidaciones, dice DE LA CÁMARA ALVAREZ, puede invocarse igualmente el artículo 1.056 del Código civil, que concede la facultad de división de la herencia a todo testador (338). Pero tén-gase en cuenta que no vamos demasiado lejos en nuestras consideraciones, pues como reconoce el propio CLEMENTE DE DIEGO, el ejercicio de tal facultad no supone otra cosa que una disolución y liquidación ideal, pues la sociedad queda subsistente y los cónyuges no hacen más que preparar su ulterior sucesión. Pues bien, implicada dentro de estos términos, no cabe duda que es dable sostener que la mujer en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 1.056, y mucho más si se hubiese pactado en capitulaciones matrimoniales, conforme el artículo 831 del Código civil, la facultad de hacer la división de los bienes del matrimonio por los cónyuges entre los hijos comunes puede, con el fin de facilitar las operaciones divisorias, renunciar a la sociedad de gananciales para después de la disolución legal del matrimonio, al amparo del artículo 1.364 y sin que en tal caso sea a ello obstáculo el 1.304. Haciéndolo en la escritura en que se haga la división del caudal, división que ha de estar amparada por el testamento del que la realice, según establece, entre otras, la sentencia de 13 de junio de 1903, pues de lo contrario se admitiría una forma de testar no prevista y especialmente prohibida por el artículo 672 del Código civil sin más limitaciones, puesto que tal renuncia y partición supone perfecto acuerdo y armonía entre marido y mujer, que las derivadas del sistema de legítimas, ya que no cabe hablar de perjuicio a los terceros, porque nada cambia ni se altera hasta la disolución del matrimonio y, por otra parte, ya hemos visto cómo el régimen de la renuncia a la sociedad de gananciales ofrece a los terceros la mayor seguridad posible por aplicarse la alteración retroactiva de régimen prevenida en el artículo 1.364 de nuestro Código civil.

Pero al tener en este supuesto la renuncia un carácter subordinado al «propósito coincidente» de ambos cónyuges, los cuales actúan, si bien de consuno, cada uno por su lado, otorgando su correspondiente disposición testamentaria y procediendo a establecer las bases de su respectiva y común partición, a pesar de

(337) *Op. y loc. cit.*

(338) *Op. cit.*, pág. 73. Fuera de estos límites no queda posibilidad alguna, pues la jurisprudencia ha establecido un criterio muy restrictivo. Así la sentencia de 17 de diciembre de 1804 declara nulo todo pacto de distribución y liquidación de la sociedad de gananciales, y la de 4 de enero de 1922 que, ratificando la doctrina anterior, establece que la liquidación y separación tiene su momento adecuado.

ser en sí misma tal renuncia un acto unilateral y por demás abstracto, cobra cierta bilateralidad y de todos modos la «causalidad» necesaria para en cada caso apreciar el fraude de legitimarios o de terceros que de esta forma quedarán más sólidamente protegidos (339).

No obstante ello, la función del correspectivo que entonces ejerce la renuncia y su ponderación como tal no podrá llevar a la consideración de que si se falta a la equivalencia, que en otros supuestos podría ser tomada como necesaria e imprescindible (así la sentencia de 22 de diciembre de 1944 entiendo que deben reembolsarse a la sociedad de gananciales las primas del seguro establecido en favor de uno de los cónyuges), impedirá la renuncia porque suponga una donación prohibida entre cónyuges, conforme a los artículos 1.334 y 1.335 del Código civil. Y ello por las razones siguientes: De una parte, porque esa apuntada función causal sólo actúa para apreciar el fraude a los terceros o el engaño que pueda padecer la mujer. Y de otra, porque no se hace donación de nada y el hacerla es un imposible jurídico, porque, según la naturaleza de la sociedad legal de gananciales, no hay ganancias, y según el efecto de esa renuncia, aunque las hubiera, deja de haberlas o, mejor dicho, no las hubo nunca, porque en virtud de la ficción legal operada por el artículo 1.364 se establece con efecto retroactivo el régimen dotal (340).

Además hay que tener en cuenta que el problema de las donaciones entre cónyuges es más bien vacilante y dudoso, y siendo la doctrina discutida podremos inclinarnos a la interpretación restrictiva de los preceptos anteriormente citados, apoyándonos en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1936 y 21 de febrero de 1900 y en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1895 (341). Y más aún, la aplicación de esta doctrina a los precedentes de la

(339) En cierto modo de acuerdo, BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 857 y 859. Aquí utilizamos el término «causalidad» como sinónimo de función de causa, extendiendo tal concepto del puramente técnico del negocio jurídico o más propiamente de los contratos onerosos en el sentido del artículo 1.274 del C. c., y sin olvidar su fundamentación objetiva que confiere al negocio su «razón de ser jurídica», atendiendo a su ineludible licitud y veracidad en el sentido tan divulgado por la jurisprudencia patria y que la francesa llama *causa impulsiva y determinante* (JOSSEBRAND: *Cours de Droit civil positif française*, París, 1938, II, pág. 720).

(340) De acuerdo, BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, pág. 858; GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 558; MANRESA: *Op. cit.*, IX, pág. 110; GARCÍA GÓMEZ: *Op. cit.*, III, pág. 320.

(341) En contra, sentencias de 12 de diciembre de 1899, 23 de octubre de 1899 y 28 de marzo de 1986 y resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 5 de mayo de 1932. Véase sobre el particular, VALLET: *Op. cit.*, nota 251, pág. 957; LOUZAQ: *De las relaciones jurídicas entre esposos*, en R. D. Pr., 1916, págs. 362 y sigs., crítica fundamentalmente la sentencia de 12 de diciembre de 1899, que ha llegado monstruosamente a aplicar por analogía el precepto del artículo 1.458 y transacciones.

renuncia a la sociedad de gananciales en la Ley 60 de Toro ha sido rechazada por la sentencia de 17 de noviembre de 1892, haciéndose cargo de la polémica doctrinal en torno a tal ley suscitada.

Lo que no cabe duda es que esta renuncia puede hacerse en testamento unilateralmente con todas las características de tal renuncia, ello es natural, pues el testamento no produce efecto hasta la muerte del testador.

4. LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y ALGUNOS AS-
 trar la posibilidad de la renuncia en los términos planteados y re-
 PECTOS DE LA «CONFIRMATIO DONATIONIS».—Por lo que pueda ilus-
 trar la posibilidad de la renuncia en los términos planteados y re-
 forzar lo dicho anteriormente valga recordar que LLAMAS Y MO-
 LINA, de acuerdo con ACEVEDO, entendía que hecha la renuncia por
 la mujer en el momento de su muerte viviendo el marido (y lo
 mismo es antes de este momento para después de la muerte) «se-
 ría válida, pues aunque quisiera suponerse donación *inter virum et*
uxorem se confirma ésta por la muerte del donante. (capítulo últi-
 mo de *donationibus inter virum et uxorem*, y la Ley 4.^a, tít. II,
 partida 4.^a) (342).

Pero he aquí que esta Ley de Partida encuentra su anteceden-
 te en la famosa *Oratio*, de SEVERO y ANTONINO (Codex V, 16. 3)
 y *Digesto*, XXIV, 1, 32), y que ambas son expresión parcial en
 nuestro antiguo derecho y en el Derecho romano, no sólo del
 principio de la *confirmatio donationis*, sino más bien de uno más
 general y amplio, el de la *conversión del negocio jurídico* (343).
 Pero como en el presente caso sólo podemos entender la renuncia
 dentro de los límites del artículo 1.056 del Código civil, realizada
 para después de disuelto legalmente el matrimonio, y a tal supuesto
 parece referirse también LLAMAS Y MOLINA, no cabe hablar de
 conversión, pues en ésta las partes van dirigidas a la consecución
 del negocio que deviene nulo por prohibición de la Ley o defec-
 to de sus requisitos constitutivos, mientras que en la renuncia
 entendida en la forma expuesta, la voluntad va dirigida directa-
 mente al efecto que con la conversión se trata de conseguir. sal-

(342) *Op. cit.*, II, pág. 185.

(343) La conversión es perfectamente defendible como norma aplicable
 a nuestro Derecho, al amparo del principio de la buena fe establecido en
 el artículo 1.258 del C. c., susceptible de entrar a formar parte de los prin-
 cipios generales del derecho por no haber ninguna disposición legal que
 le prohíba, no ser extraño a nuestra tradición jurídica y estar reconocido
 para casos particulares por nuestro ordenamiento positivo (arts. 507 del Có-
 digo civil y 450, 463, 466 y 729 del Código de Comercio), siendo a ello fa-
 vorable la más reciente doctrina y contando en el Derecho comparado con
 el párrafo 114 del B. G. B. y el párrafo 2.^o del artículo 1.424 del C. c. ita-
 liano, como defendimos en nuestra tesis doctoral (*La conversión del negocio*
jurídico, Barcelona, 1959, cap. III, núm. 10). Véase, asimismo, VALLET:
Donación, condición y conversión jurídica material, en A. D. C., 1952,
 págs. 1313 y sigs.

vando de antemano el escollo de la prohibición legal. Aparte de que la conversión no puede actuar en otro caso, ya que el artículo 1.394, párrafo 1.º, tiene un evidente carácter de norma de orden público, pues en unión de otros preceptos con él concordantes se establecen las bases del sistema de gananciales a cuya rigidez ya nos hemos referido, y en tales casos no actúa la norma de la conversión (344).

De todos modos, el análisis de si el supuesto contemplado por LLAMAS Y MOLINA va dirigido a considerar el acto de renuncia como donación *inter vivos* o *mortis causa* y en qué medida en el antiguo derecho tenían o no unas u otras acceso a la *confirmatio donationis*, no interesa porque en el derecho actual la renuncia a la sociedad de gananciales no puede ser materia de donación técnicamente posible, pues ello sería contrario a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales que el Código establece y que la doctrina entiende, a pesar de los variados matices que distingue. Pero sí interesa poner de relieve, según la opinión de los más modernos tratadistas, cómo la donación *mortis causa*, entre cónyuges, generalmente tenía un efecto *suspensivo*, en el Derecho romano clásico (345), con lo que queremos poner de relieve que el efecto diferido para la disolución legal del matrimonio, que hemos mantenido, tiene sus precedentes en materia afín. Y también cómo alguna de estas donaciones, según entiende VALLET, producían en el derecho justiniano efecto retroactivo referido a un momento del matrimonio, lo que SAVIGNI entendía ya admisible en el derecho romano clásico (346), y que guarda cierta semejanza remota con la ficción del artículo 1.364.

Aunque no es preciso acudir a tan lejanos precedentes para evidenciar que la renuncia a la sociedad de gananciales y su admisión constante matrimonio en los términos ya reiterados obedece a una técnica ya muy antigua, demasiado antigua quizá, y por eso fué cercenada por el legislador de 1889. Más próximo está sin salirnos del tema de las donaciones entre cónyuges, *mortis causa*, por otra parte, el artículo 620 del Código civil, que establece para ellas el estatuto de las disposiciones testamentarias, no estando comprendidas en la prohibición de los artículos 1.334 y 1.335 del mismo (347), pudiéndose hacer una fácil comparación entre estos preceptos y el artículo 1.394, poniéndose de relieve un sentido y carácter, en unos y otros, muy semejantes.

(344) Se trata este problema en nuestra tesis doctoral, en el núm. 39, capítulo V.

(345) ARU: *Le donazioni fra coniugi in Diritto romano*, Pádova, 1938, págs. 163 y sigs., y ALVAREZ SUÁREZ: *Contribución al estudio de las donaciones amoris causa* entre cónyuges, en R. J. (fascículo de D. Pr.), I, núm. 1, 1941, págs. 43 y sigs.

(346) *Donación...*, págs. 128 y sigs. y nota 234; *Sistema de Derecho romano actual*, trad. esp. 2.ª ed., Madrid, sin fecha, vol. II, págs. 7 y sigs.

(347) VALLET: *Donación...*, pág. 1321, y por todos, CASTÁN: *Derecho civil*, III, pág. 643, nota 1.

Pero, más aún interesa resaltar que en materia de *confirmatio donationis*, para que ésta se produjera, era preciso la no revocación del donante (*ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus*), lo cual está perfectamente de acuerdo, dentro del desarrollo que hemos juzgado posible a la renuncia a través de las facultades que pueden ser ejercitadas al amparo del artículo 1.056 del Código civil. Pues éstas se entienden a salvo en todo caso de la libertad de testar de los cónyuges y en particular de la mujer, en el presente caso, no sólo por aplicación de los artículos 737 y siguientes del Código civil sobre revocación de testamentos, sino también porque el ejercicio de aquellas facultades va unido a la necesidad de que exista un testamento, según declaraba ya la sentencia de 13 de junio de 1903, antes citada y aún más, porque las facultades contenidas en el artículo 1.056 del Código civil están limitadas por la no admisión de la sucesión contractual, con base primordialmente en los artículos 658 y 1.271 del Código civil que confirman la tesis de la revocabilidad de las particiones hechas en vida, según la misma sentencia citada y cómo se reitera en la de 9 de julio de 1940 (348).

Pero esto no supone, en modo alguno, que la renuncia como tal renuncia pierda su carácter irrevocable, pues no hay que olvidar que por el límite mismo impuesto a su ejercicio, aunque se haga antes de disolverse el matrimonio legalmente, sólo puede hacerse referida a ese momento, único, en el cual toma sustantividad, no ya que esté sometida a condición suspensiva, sino algo más radical y definitivo, como sucede a las donaciones *mortis causa*.

5. LA RENUNCIA, EN SUPUESTO ANÁLOGO, EN EL DERECHO COMPARADO.—Poco puede servirnos de apoyo el examen del problema de la renuncia a la sociedad de gananciales en el Derecho comparado.

No obstante, es de hacer notar que dentro de nuestro Derecho, en el foral aragonés, se permite, sin limitación alguna, la renuncia de las ganancias en el régimen de la comunidad de muebles y adquisiciones, que resultaría para alguno de los cónyuges en un bien singular, tanto respecto a la mujer, a *contrario sensu* del artículo 49-5.º, como respecto del marido, artículo 49-6.º del Apéndice al Código civil, lo cual supone la posibilidad de la renuncia a la sociedad con más motivo, ya que ésta goza de una mayor flexibilidad y por lo mismo que es permitida su continuación después de muerto uno de los cónyuges, entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, como establece el artículo 53 del *apéndice citado*, con lo que las dificultades técnicas, en todo caso, menores cuando se trata de la renuncia a la sociedad, se ven aún más facilitadas (349).

(348) V. bibliografía citada en nota 248.

(349) BOPARULL dice que en Aragón la comunidad de bienes puede ser reemplazada por la convencional, en todo o en parte, y, por tanto, cabe la

Pero DIESTE JIMÉNEZ, entiende que «para que sea válida esta renuncia ha de ser libre y espontánea. La hecha por la mujer constituida bajo potestad de varón aunque no precediesen amenazas, presúmese efecto del ruego, de las instancias e intimidaciones de aquél y, por consiguiente, del dolo» (350). Lo cual hace suponer que constante matrimonio, la renuncia al menos, si no prohibida, es considerada como mal vista. El estado de la doctrina y la falta de fuentes impiden hacer un estudio más completo de la materia, pero aun así todo, más bien parece que en Derecho aragonés el fundamento de la renuncia descansa más en facilitar la ductibilidad del patrimonio familiar que en buscar una garantía de los derechos de la mujer y una defensa frente a la mala administración del marido, lo que, ciertamente, es menos necesario que en otros sistemas por la especial configuración del régimen económico matrimonial y más concretamente en el de la comunidad de muebles y adquisiciones (351).

En cambio, en el Derecho castellano antiguo, más individualista, menos apegado al aliento vernáculo del solar patrio, y por ello más abierto al sentido de la universalidad humana, visiblemente influido por la realidad social de la Reconquista e impresionado por el lento influjo de una profunda tradición germánica predomina el principio de la protección a la mujer, puesto de manifiesto en la Ley 60 de Toro, y que siguió el curso de una evolución iniciada más atrás, como ya antes hemos indicado y mantenido a pesar de todo en el Código civil en su artículo 1.364, es reforzado en otros preceptos del mismo (artículos 1.413, 1.421, y siguientes, etc...), si bien éste haya descuidado lo que el Derecho aragonés parece ha atendido mejor (352).

En el Derecho extranjero, en general, el problema de la renuncia a la sociedad de gananciales parece basarse también en la garantía y defensa de los derechos de la mujer, encontrándose esta materia más detalladamente regulada.

Así, en el Derecho francés, a cuyos antecedentes en el anti-

renuncia a todos o a parte de los gananciales y aun a la misma sociedad, no hallándose la mujer bajo la potestad del marido, la primera se rige por el Fuero y la segunda por los contratos que celebren los cónyuges y que no son contrarios a la moral o imposibles. *Observ.* 33 y sigs. *De jure dotium*; 1.^a y 2.^a de *secundis nuntiis*; *Observ.* 5.^a de *confessis* y 16 de *fide iust* (*Op. cit.*, vol. cit., págs. 438).

(350) *Diccionario de Derecho civil aragonés*, Madrid, 1869, págs. 551.

(351) En Navarra está prohibido renunciar a los gananciales que se llaman *conquistas*: Ley 2, tít. X, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra; Ley 448, V, 71 y Ley 5.^a de las Cortes de 1765 y 1766.

(352) Por otra parte, la protección de los derechos de la mujer aparece reforzada por la nueva redacción del artículo 1.413, dada por la Ley de 24 de abril de 1958. Siguiendo la opinión de HINOJOSA es curioso pensar que de esta suerte recobra en parte la comunidad de gananciales su carácter originario (dote del marido), pues una de las notas del mismo era la intervención de la mujer en las adquisiciones y enajenaciones de inmuebles hechas por el marido (CÁRDENAS HERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 76).

guo derecho consuetudinario ya hemos aludido, y que según una erudición complaciente se puede encontrar el más remoto entre las costumbres de los antiguos galos (353). El Código de Napoleón, atento, como dice ROGUIN, al principio de exoneración a favor de la mujer del pago de las deudas comunes, establece a la disolución de la comunidad el beneficio de repudiarla o aceptarla, lo mismo que se hace con una herencia, y este derecho de opciones es, según COLIN y CAPITANT, uno de los rasgos característicos del régimen de comunidad. Junto a él se concede también a la mujer el llamado *beneficio de emolumento*, que viene a suponer una responsabilidad limitada al valor de los bienes que se le adjudiquen, con lo cual se pierde todo el interés por la renuncia (354). Lo único interesante para nosotros, aquí y ahora, es que la

(353) Según BEAUVAIS lo natural es que al liquidarse una sociedad se atribuya a cada uno de los asociados una parte proporcional a sus aportaciones, pero en la de (muebles y adquisiciones), según el artículo 1.474, la atribución, haciendo abstracción de las aportaciones, es por mitad; ahora bien, esta igualdad impuesta por la Ley no es de orden público, y las partes pueden derogarlo, según el artículo 1.520 del Código civil, y aun atribuir a una de ellas el total de la comunidad; esto es, renunciar a ella. Pues bien, de estas cláusulas de atribución desigual puede encontrarse algún antecedente en los usos matrimoniales de los antiguos galos. (J. CÉSAR: *De Bello Gallico*, liv. 6, cap. 19.) De acuerdo con el autor citado (*Des clauses de partage inégal et d'attribution total de communauté*, págs. 1 y sigs. y 29 y sigs.), VIOLET: *Histoire de Droit française*, pág. 807, y AUBERY: *La communauté de biens conjugale*, pág. 32. CABRIT, exponiendo la evolución de la renuncia partiendo de que siempre ha sido concebida como defensa de la mujer frente a los omnímodos derechos del marido, nos indica que en una primera etapa no fué acordada más que en favor de las mujeres nobles y sólo se refiere a muebles (cita de acuerdo a DE FERRIERE, ARGON, LOYSEL, GUILHERMOZ, ya citados, nota 262); se aplica en seguida, en una segunda etapa, el privilegio de la renuncia a las mujeres de los gentilhombres y se extiende a los inmuebles; en una tercera a las mujeres del pueblo, gracias a la jurisprudencia del Châtelet de París y al magistrado J. J. de Mesme, y en una cuarta, en fin, a los herederos. (V. *De la renonciation*, págs. 8-32.

(354) ROGUIN: *Le régime matrimonial*, en *Traité*, París, 1905, pág. 386; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil française*, 5.^a ed., París, 1916, VII, págs. 245 y sigs.; COLIN y CAPITANT: *Curso*, VI, págs. 332 y 409 y sigs.; PLANIOL: *Traité práctico de Derecho civil francés*, trad. cast., La Habana, 1939, IX, págs. 130 y sigs.; HEMARD-MOSEL: *Précis élémentaire de Droit civil*, 12.^a ed., París, 1936, III, págs. 186 y sigs.; BONNECASE: *Elementos de Derecho civil*, trad. cast., México, 1945, III, pág. 316; RIPPERT-BOULENGER: *Traité élémentaire de Droit civil*, de PLANIOL, 4.^a ed., París, 1951, III, págs. 268 y sigs.; CARBONNIER: *Droit civil*, I, París, 1955, 371; BALBIENY: *Problemes del mariage et de la famille*, París, 1952, págs. 92 y sigs. V. también, TRINIA: *La separation de biens conventionnelle a l'époque contemporaine*, th., Toulouse, 1924; BEUCHER: *De l'immutabilité du régime matrimonial*, th., Caen, 1938; LAPORTE: *Effet de l'annulation du mariage sur le régime matrimonial légal ou conventionnel*, th., Rennes-París, 1939; BARRAND: *Des clauses de partage inégal de la communauté et de leur caractère juridique*, th., París, 1901, y la bibliografía citada en la nota anterior y en la 262. Y también muy en particular la reciente monografía de DIDIER: *L'option de la femme commune en biens*, Pa-

renuncia de la comunidad produce efectos retroactivos, según se desprende del artículo 1.492 (355), de aquel Código civil. Y, por último, es preciso destacar que el derecho de opción una vez ejercitado en un sentido o en otro, es decir, una vez aceptada o renunciada la comunidad, la resolución es irrevocable (art. 1.455), siendo, si no minuciosa, bastante detallada la regulación de la renuncia y de las otras figuras que le son afines, como ya hemos anticipado (356).

En el Código civil suizo, el problema está planteado y resuelto en términos muy parecidos. La mujer puede repudiar la comunidad en la misma forma que la establecida para la repudiación de la herencia (art. 570), no respondiendo, en tal caso, de las deudas comunes, al no ser las especialmente contraídas por ella, según lo dispuesto en el artículo 227-2.º (357).

En el Derecho italiano antiguo (Código de 1865), en la comunidad de muebles y adquisiciones en él regulada cabía la posibilidad de adquirir la copropiedad de bienes singulares por parte de los cónyuges, ganancias aisladas como si dijéramos, por lo que respecto de tales ganancias cabe la renuncia, y así se establecía en los artículos 1.433 y 1.436 del Código abrogado (358), lo cual es muy interesante si se compara este sistema con las Leyes de Toro y el actual Derecho aragonés. Al decir de BRUGI, en el «derecho antiguo—se refiere al italiano anterior a 1942—no se consiente una comunidad propia y verdadera de bienes, o del activo y pasivo, presente y futuro, ya que obedece al deseo de evitar una artimaña por la cual sólo una parte vaya a ganar» (359). El nuevo Derecho italiano ha planteado la cuestión en términos totalmente distintos, siguiendo la influencia, sin duda, del Derecho francés y, sobre todo, del Código civil alemán. Y así, en el Código civil de

rís, 1957, y últimamente, LE GALCHER-BARON: *Les prérogatives de la femme comune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. París, 1959.

(355) ASÍ RIBERT-BOULENGER: *Op. cit.*, pág. 269. De acuerdo, CABRIT: *De la renonciation*, pág. 175. El artículo citado se expresa en los siguientes términos: «la mujer que renuncia a la comunidad pierde hasta los muebles que haya aportado a la misma». Efecto retroactivo que con mayor motivo puede aplicarse a frutos. Por otra parte, los efectos de la renuncia, según COLIX y CAPITANT, pueden resumirse en tres proposiciones: 1.ª La mujer que renuncia conserva la facultad de hacer efectivas sus reservas y separar previamente lo que de su dote le pertenece. 2.ª La mujer que renuncia pierde todo su derecho a los bienes de la comunidad, aun al mobiliario que haya ingresado en ésta. 3.ª Queda libre de las cargas del pasivo común; pero los acreedores comunes, respecto a los cuales se haya obligado, conservarán el derecho de perseguir sus bienes por el importe total de sus créditos (*Op. cit.*, VI, págs. 409 y sigs.).

(356) CABRIT: *Op. cit.*, pág. 173.

(357) ROSSEL ET MENTHA: *Manuel du Droit Civil Suisse*, 2.ª ed., Lausanne-Géneve, sin fecha, I, pág. 387.

(358) ASCOLI: *Istituzioni di Diritto Civile*, Nápoli, 1922, pág. 244; PACHIONI: *Elementi di Diritto Civile*, Torino, 1926, pág. 627.

(359) *Instituciones de Derecho Civil*, trad. castell., de la 4.ª ed. ital., México, 1946, pág. 445.

1942, actualmente vigente, se establece la renuncia para la disolución de la sociedad, concebida, como dice RUBBIANI (360), dentro de un derecho de opción a aceptarla o renunciarla, planteado en los mismos términos que respecto de la herencia, concediéndose al igual que en ella el beneficio de inventario (art. 225-2.º com.), lo que parece seguir la orientación del Código de Napoleón. Cuando de otra parte, a imitación del B.G.B., se limita fuertemente la responsabilidad de la mujer (art. 223 y 224) y se establece la posibilidad de pedir la separación judicial de bienes, por inhabilitación del marido o mala administración de éste (361).

En el Derecho alemán, el B.G.B., no hay base para la renuncia, tanto en la comunidad general de bienes, como en la comunidad de ganancias, ya que no existe en ninguna forma responsabilidad de la mujer por deudas comunes, éstas son deudas del marido (parágrafo 1.459 del P.G.B.); cabe, en cambio, la renuncia de la *comunidad continuada*, concebida ésta en términos análogos a los de nuestro Derecho aragonés (parágrafo 1.491 del B.G.B.). Existió, en cambio, la renuncia a la sociedad en el antiguo Derecho alemán, que se practicaba, según KIPP y WOLF, de una manera simbólica, arrojando la viuda a la tumba del marido el manto, el cinto o las llaves, practicándose hasta 1900 en el Derecho lubequés, en el wesfaliano y en otros muchos sitios; no así en Prusia, donde el *Landrecht*, de 1794, derogó totalmente la responsabilidad personal de la mujer por las deudas comunes o del marido (362). Pero en el Derecho alemán ambas formas de comunidad permitidas gozan de una mayor flexibilidad que en los derechos latinos, el francés, el italiano antiguo y el nuestro, el del Código civil, claro está, pues se permite la disolución de la misma, no sólo por la disolución del matrimonio, sino también por contrato, o *sentencia constitutiva* (dimanante de demanda fundada en que los derechos o previsiones de uno de los cónyuges peligran por la conducta del otro, según el parágrafo 1.470, para la comunidad general de bienes, rigiendo para la de gananciales análogos principios) (363).

(360) G. GUGLIEMO RUBBIANI: *Le disposizioni sulla applicazione delli leggi in generale e il diritto delle persone nel nuovo Codice Civile italiano, etc...*, Milano, 1940, pág. 257.

(361) DEGNI: *II. Diritto de Famiglia nel nuovo Codice Civile italiano*, Milano, 1943, págs. 308 y sigs.; BRUGI: *Op. cit.*, pág. 447. Según DEGNI, se discutió en la Comisión de Códigos Parlamentaria, si convenía reconocer a los cónyuges la libertad de hacer cesar la comunidad y la forma de llevarla a cabo, prevaleciendo la tendencia intermedia: extrajudicial aprobada posteriormente, pero el Ministro encargado de la publicación del Código la prohibió por considerarla contraria a la naturaleza del matrimonio, etc. Esto revela sobremanera la influencia del Derecho alemán, en el que se permite la cesación por contrato en la comunidad. (*Op. cit.*, pág. 308, en nota.)

(362) *Derecho de Familia*, en *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS, págs. 431 y sigs.

(363) *Op. cit.*, nota anterior, págs. 436 y 408 y sigs. V. también:

Pero antes de seguir adelante hay que hacer constar que el B.G.B. quedó derogado en esta materia en la medida en que fue contrario al artículo 3.º 2 de la Constitución de la República Federal Alemana (art. 117-1.º), es decir, en cuanto se opone al principio enunciado en este artículo: «Los hombres y las mujeres gozan de derechos iguales». En la República Democrática Alemana, se admite igualmente que en virtud de los artículos 7,30 y 114 de la Constitución, el régimen matrimonial legal anterior no es aplicable, habiéndose dictado en ambas Alemanias numerosas disposiciones para aplicar estos principios. En esta situación parece la opinión más acertada, de acuerdo con la jurisprudencia, que en el caso de que los esposos no hayan otorgado capitulaciones matrimoniales, el régimen económico legal del matrimonio, dada la igualdad jurídica de ambos esposos, resulta ser el de separación de bienes (364).

Por último, es curioso observar que en la mayoría de los países en que de una manera o de otra, con uno u otro carácter, se admite la comunidad de bienes entre esposos, se da como una de las garantías para los derechos de la mujer el reconocimiento de la facultad de renunciar a la sociedad, salvo en aquéllos en que la limitación de la responsabilidad o de su exoneración, por deudas comunes o del marido, en pro de la mujer es absoluta al igual que sucede en el B.G.B., así sucede en Brasil y en cierto modo en Venezuela, Perú o en los que la igualdad jurídica de los cónyuges no lo hace necesario, como en Uruguay, Yugoslavia, Unión Soviética, pero bien es verdad que alguno de estos ordenamientos, en la práctica, no resultan muy previsores de los derechos de la mujer y sí, en cambio, en los que se admite la renuncia, entre los que cuentan, aparte de los ya citados, los de Bélgica, Bolivia, Canadá (Provincia de Quebec), Chile, Luisiana (USA), México (Código Federal), Mónaco (Código de Napoleón), Holanda y Unión Sudafricana (Derecho romano-holandés) (365).

Del examen del Derecho comparado, que muy someramente acabamos de realizar, se deducen las siguientes conclusiones: en primer lugar, si bien en nuestro sistema la mujer se halla fuertemente protegida, en particular por lo establecido en los artícu-

LEHMANN: *Tratado de Derecho Civil, IV (Derecho de Familia)*, trad. esp., Madrid, 1953, págs. 193 y sigs.

(364) DOLLE, en *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines* (Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris), París, 1955, págs. 29 y sigs; BEITZKE: *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz*, en «Beihefte zur deutschen Rechts-Zeitschrift», 14, Tübingen, 1950. Para una completísima información sobre esta materia, MELÓN INFANTE, Carlos: *El Derecho de Familia en Alemania*, en ADC, XII-1, págs. 3 y sigs. y allí bibliografía.

(365) ROVAST: *Op. cit.*, nota anterior, pág. 27 y págs. 75, 107, 349, 286, 339, 358, 332, 69, 72, 95, 103, 172, 253, 258, 279, 328, por diversos autores de los distintos países o colaboradores del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París.

Jos 1.421 y 1.422 del Código civil, en materia de responsabilidad por las deudas comunes, nacidas de la mala administración del marido y más aún con la nueva redacción del artículo 1.413, por otra parte, no lo está tan fuertemente, como puede estarlo en el Derecho alemán, o aun en el italiano, viniendo a completar la protección la posibilidad de la renuncia a la sociedad de gananciales, realizada conforme el artículo 1.492, después de su disolución legal, pero regulada esta facultad de una manera confusa y contradictoria en complicación con otras figuras a ellas afines y sin el detalle con que se recoge en las legislaciones francesa e italiana novísima. De otra parte, los antecedentes en esta materia de nuestro Código civil, es decir, la Ley 6^a de Toro, establecen una regulación de la misma, que guarda cierta semejanza con los preceptos del vigente Derecho aragonés, aun cuando en éste la idea de la flexibilidad patrimonial de la familia y su adaptación a las necesidades sociológicas de la región ahogue a la preocupación legislativa de proteger a la mujer y con el Código italiano de 1865, siendo de notar que en este derecho las distintas formas de comunidad de bienes en el matrimonio no gozan de la tradición y arraigo que tienen en los otros países citados, aun cuando el estado de la doctrina antigua en torno a aquella famosa Ley 6^a de Toro, y aun el de la moderna, nos inclina a pensar que el alcance de la facultad contenida en la misma había sido pensado por el legislador de una forma más radical que en los derechos aragonés e italiano. Y, por último, la mayor o menor libertad para admitir la renuncia, no depende, en el Derecho comparado, de la rigidez o flexibilidad de los distintos regímenes de comunidad, sino como hemos querido hacer notar, de su mayor o menor grado de desenvolvimiento técnico, en relación con el fundamento a que obedecen: el tan reiterado principio de la protección a los derechos de la mujer. El problema de la rigidez o flexibilidad del régimen de comunidad es cuestión aparte: otra cosa es que el legislador de 1889 se haya dejado influir notablemente en pro de la rigidez y de rechazo esto haya traído consigo las consecuencias ya sabidas para la renuncia de la sociedad de gananciales. Lo que sí no cabe duda es que en el Derecho castellano, a diferencia del Derecho francés, el régimen de comunidad, la sociedad de gananciales, ha vivido en coexistencia armoniosa con el régimen dotal, a contrario de lo que sucedía en Francia, con el que ha estado en contradicción (366), lo que explica un poco la inflexibilidad de su régimen

(366) A este respecto, decía COMAS, en uno de sus discursos ante el Senado: «que con motivo de la influencia inmensa que experimentó o sufrió nuestro Derecho por el poderío de Las Partidas, se romanizó en la época en que los juristas cesaristas de los Reyes Católicos introdujeron los principios del Derecho romano, o sea el sistema dotal dentro del ganancial, y se modificó, alteró y se desnaturalizó profundamente este sistema en la Ley 6^a de Toro» (*Discusión parlamentaria del Código Civil*. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura 1888-1889. R. T. Madrid,

de comunidad, no tan justificada en España, y menòs en el cauce de un Código civil que tiene, o tuvo, como uno de sus muchos propósitos, el fomentar la unidad del Derecho patrio acercándose al Foral. Y lo que también es claro y evidente, que la renuncia a la sociedad de gananciales, que en su proyección teóricamente posible, y que hemos tratado de entrever en el transcurso de este trabajo, asentada en una evocadora tradición jurídica, puede y podía mucho más, haber sido medio de corregir la rigidez e inflexibilidad de la sociedad de gananciales del Código civil, dando pábulo a una orientación legislativa no extinguida por el propio Código que seguramente cuenta con más de un matiz propio y cuyo equivalente exacto no se halla en el Derecho comparado.

6. RÉGIMEN DE LA RENUNCIA A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.—Vamos a ocuparnos seguidamente de establecer aquellos puntos que consideramos capitales para determinar como conclusión de este trabajo el régimen al que consideramos debe quedar sometida la renuncia a la sociedad de gananciales.

1. *Ambito*.—Lo dispuesto en el artículo 1.394 del Código civil nos lleva a la consideración del artículo 1.417 del mismo y a la vista de este precepto podemos decir que la renuncia a la sociedad de gananciales puede ejercitarse cuando esa sociedad haya sido disuelta normalmente o por *ministerio de la ley* (párrafo primero del art. 1.417), o cuando la disolución tenga lugar a petición de parte (párrafo último del mismo). Vamos a ocuparnos ahora separadamente de ambos supuestos.

A) Disolución de la sociedad por *ministerio de la ley*: Esta puede tener lugar por las siguientes causas:

1.º *Muerte de cualquiera de los cónyuges* (Arts. 1.417-1.º y 52 del Código civil).—Nuestro Código no permite la continuación en la comunidad al viudo y a los herederos del premuerto, como hemos visto sucede en los derechos suízo y alemán del B.G.B. y foral aragonés, por lo que no procede plantearse la renuncia de esta *sociedad continuada*.

2.º *Declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges*.—Esta causa no aparece incluída en el artículo 1.417-1.º, puesto que de suyo no produce la disolución del matrimonio (art. 195), pero como el artículo 196, ambos según la redacción dada a los mismos por la Ley de 8 de septiembre de 1939, establece que la declaración de fallecimiento produce en cuanto a los bienes los mismos efectos que la muerte misma, abriéndose la sucesión en el patrimonio del ausente, hemos de entender que en tal supuesto claramente queda disuelta la sociedad conyugal, pues ello, aparte de

1891). Pero esto no es del todo exacto, por lo que ya hemos dicho (origen de la renuncia en las costumbres francesas, por ejemplo), y porque si bien es verdad ese giro en pro de la influencia romana, ello ha producido, mirando desde nuestros días, una tradición jurídica que ha venido a sustituir a la anterior y creado unas peculiaridades que son las que interesa resaltar.

la determinación legal precisa, es antecedente obligado de la apertura de la sucesión (367).

En tal supuesto, tanto la mujer como sus herederos podrán renunciar a la sociedad de gananciales.

Si la renuncia la efectúa la mujer por haber sido declarado su marido fallecido no parece que exista problema alguno, respecto de lo dispuesto en el artículo 196 citado. Pero si son los herederos de la mujer pueden plantearse una serie de problemas que es preciso examinar; en el primer caso, los derechos de la mujer comprendidos en su condición de miembro de la comunidad de gananciales, son derechos, o más bien condición, que ella ha adquirido originariamente por razón del matrimonio. En cambio, la posición jurídica ganada por los herederos de la mujer declarada fallecida en la sociedad de gananciales en trance de liquidación está sujeta a lo establecido en el propio artículo 196 del Código civil. Pero el derecho que adquieren sobre los bienes del patrimonio del declarado fallecido, sus herederos, no tiene otras modalidades que las limitaciones establecidas en el propio precepto citado (368), interesándonos aquí únicamente resaltar la prohibición de disponer a título gratuito hasta transcurridos cinco años de la declaración, entre ellas comprendida. Pues bien, esta disposición en nada puede afectar a la renuncia a la sociedad de gananciales efectuada por los herederos del declarado fallecido, puesto que de un lado el acto de renuncia no es un negocio a título gratuito, sin que tampoco lo sea a título oneroso, cuyo carácter abstracto evita todo encuadramiento dentro de esta clasificación, cuando por otro, teniendo presente el fundamento de la norma concreta que contemplamos su razón de ser, los herederos de la mujer no perjudican a su patrimonio normalmente renunciando (369) (370).

(367) La más autorizada doctrina no se ocupa de estas consecuencias, nacidas de la declaración de fallecimiento, sin que tampoco las excluya (V. SERRANO: *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, págs. 383 y sigs.; DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II, págs. 549 y sigs.). Por el contrario, acepta lo dicho en el texto, CASTÁN: *Derecho civil*, ed. 1942, III, pág. 618. En cuanto a las razones aducidas en el texto, parece lógico, por otra parte, que si el Código establece en su artículo 195, 3.º, que por la sola declaración de fallecimiento el cónyuge presente no podrá pasar a ulteriores nupcias que todo lo demás le será permitido, y aun cuando se llegara a decir que la declaración de fallecimiento no disuelve la sociedad conyugal (SERRANO: *Op. cit.*, págs. 402 y sigs.; DE CASTRO: *Ibid.*), es dable pensar que la declaración de fallecimiento produce la disolución de la sociedad conyugal, al menos en cuanto a los bienes, o, en todo caso, la declaración de fallecimiento, concedida sin previa declaración de ausencia, producirá, al menos, la posibilidad de obtener la separación de bienes, efecto que acarrea la simple declaración de ausencia, y que en este caso puede renunciarse a la sociedad de gananciales (arts. 1.394, 1.417 y 1.433).

(368) V. SERRANO: *Op. cit.*, págs. 410 y sigs.

(369) Autor citado, *Op. cit.*, pág. 412.

(370) Otra cosa sería si en vez de tratarse de renuncia a la sociedad de gananciales, se tratara simplemente de los gananciales mismos, cuando no pudiera acreditarse que era una renuncia verdadera y propia, sino que ésta

Respecto del régimen del artículo 197 del Código civil, que establece las consecuencias de la revocación de la declaración de fallecimiento, entendemos, que tanto en el caso de que la renuncia sea efectuada por la mujer, o cuando lo sea por sus herederos, reaparecido el marido ausente declarado fallecido, o la mujer, en el mismo caso, por lo dispuesto en el artículo 1.364, sin que entrara en juego la prohibición del artículo 1.394, ha quedado establecido *ab initio* el régimen dotal, como el propio del matrimonio y como tal régimen es igualmente inalterable en esta circunstancia que en cualquiera otra, ya que la única excepción es la reconocida en el propio artículo 1.364, que es la que ha sido ejercitada; por tanto, en dicho régimen han de permanecer los cónyuges, situación que viene ratificada no sólo por el hecho de ser la renuncia irrevocable, sino por lo dispuesto en el propio artículo 197, que establece que el que sobreviviere únicamente recobrará sus bienes *en el estado en que se encuentren*.

3.º *La declaración de la nulidad del matrimonio* extingue la sociedad de gananciales (art. 1.417-1.º C. c.). Los efectos de la nulidad son los mismos que los de la disolución por muerte, salvo que el cónyuge causante de la misma pierde su derecho a los gananciales, compensándose la mala fe de ambos (arts. 72 y 1.417-2.º del C. c.).

B) Vamos a ocuparnos ahora de los supuestos contenidos en el artículo 1.433 del Código civil, o sea, aquellos en que la separación pueda solicitarse a *instancia de parte*. Estos supuestos, como ya hemos dicho inicialmente, no son tomados desde el punto de vista de la pretendida renuncia a la *continuación* en la sociedad de gananciales, cuya problemática ya hemos examinado, sino desde el ángulo propio del tema que nos ocupa.

Y así resulta que el artículo 1.394-1.º, *a sensu contrario* permite la renuncia a la sociedad de gananciales en el caso de *separación judicial de bienes*. Esto es lógico porque tal supuesto produce la

formaba parte de un negocio más complejo y a título gratuito. Si se trata de renuncia de gananciales es fácil presumir la liberalidad, cuando el activo de la sociedad de gananciales es sensiblemente mayor que el pasivo, no siendo tanto, lo normal es que se trate de conseguir una limitación de responsabilidad hasta el límite de esos gananciales. Pero si se trata de la sociedad misma, lo normal es que se trate de buscar primordialmente la exoneración de esa responsabilidad, doblemente justificada en la práctica por la falta de presencia de la mujer en el matrimonio y de su influencia en la administración de los bienes. De todos modos, efectuada la renuncia de los gananciales en términos hábiles en el supuesto contemplado, es decir, renuncia impropia a título oneroso y renuncia impropia a título gratuito, en el supuesto del artículo 197, cuando es revocada la declaración de fallecimiento por supervivencia del ausente, cabe preguntar: ¿podrá reclamar los gananciales renunciados o su importe? Sí, porque aunque este artículo previene que no podrá aquel reclamar de sus sucesores rentas, frutos, ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, los gananciales renunciados son en este caso propiamente *capital* y forman parte de su patrimonio, una vez que la sociedad conyugal hubo de quedar disuelta a estos efectos.

disolución de la sociedad a efectos patrimoniales, según el artículo 1.417-3.º y el 1.434-1.º. Pudiéndose llegar a tal extremo en virtud de la *interdicción civil*, *ausencia* y *divorcio*, a solicitud de cualquiera de los cónyuges según el artículo 1.433. Ahora bien, al disolverse la sociedad de gananciales, si es la mujer la que ha solicitado y obtenido la separación judicial, puede perfectamente renunciar a la sociedad, pues así lo establece el artículo 1.364 y no se lo impide precepto alguno; antes, al contrario, el artículo 1.394 facilita esa renuncia, no pudiendo entrar en estos supuestos en consideración los herederos de la mujer porque lógicamente no existen. Es decir, no se reconoce el derecho de renuncia a la mujer en estos casos porque se trate de separación judicial, sino porque ésta produce la disolución de la propiedad.

Ahora bien, una vez renunciada por la mujer la sociedad de gananciales, ¿se producirá en los supuestos a que el mismo se refiere el efecto que señala el artículo 1.439 del Código? Decididamente, no. Aparte de que toda renuncia, como hemos visto, es un acto de suyo irrevocable, existen otras razones particulares, que vamos a indicar. En efecto, el Código en el capítulo VI, título III del libro IV, que trata de «la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio», atiende a la materia propia de este epígrafe, y cuando conforme a ella establece los efectos del artículo 1.439 tiene presente únicamente la separación obtenida; pero si a esta separación, añadimos la renuncia a la sociedad de gananciales se está en la consideración de un efecto que no se regula en este capítulo, sino en el IV con todas sus consecuencias. Pero aparte de esta razón de índole sistemática, que no se nos oculta puede parecer un poco artificiosa, está otra mucho más interesante y es que el propio artículo 1.439 señala una excepción respecto de la reversión que establece al decir: «sin perjuicio de lo que durante ésta (la separación) se hubiese ejecutado legalmente». Donde encaja perfectamente la renuncia establecida en el artículo 1.364 (371). No es obstáculo a ello tampoco la exigencia establecida en el párrafo segundo del artículo 1.439, respecto de la necesidad de hacer constar en escritura pública sus nuevas aportaciones, puesto que esto no supone la posibilidad de nuevas capitulaciones y, por tanto, la posibilidad de establecimiento de un régimen distinto, sino únicamente la fijación de sus respectivas aportaciones. Por último, la razón dada anteriormente respecto de la inalterabilidad del régimen económico del matrimonio, en cierto modo respetada por el artículo 1.439, al no entrar en función la reversión establecida en el mismo, toma aquí juego también en favor de la única alteración a la que en la práctica puede llegarse en virtud del artículo 1.364 en relación con el artículo 1.304.

(371) BAS Y RIVAS: *Op. cit.*, págs. 860-861.

en el supuesto antes contemplado del artículo 197 y en los del artículo 1.433, en el sistema rígido de nuestro Código civil.

2. *Presupuestos de la renuncia.*—*Tiempo en que ha de ejercitarse.*—La facultad de renunciar supone la de aceptar, y una y otra se plantean en el terreno de una *opción*, que necesariamente ha de ser tomada por uno de esos dos caminos: esto, aunque el Código no lo diga, no pueda ser más lógico. Con tales términos aparece reconocido en el derecho francés y suizo, por ejemplo, donde una serie de desenvolvimientos legales consecuentes con el reconocimiento de la institución no dejan a esta huérfana de toda configuración legal, que la hagan poco menos que inservible, como sucede en el nuestro. Siendo imprescindible una concienzuda elaboración doctrinal tendente a esa configuración.

Ahora bien, a falta de normas concretas aplicables al caso, no hay más remedio que echar mano de las contenidas en el propio Código civil respecto de la aceptación y la repudiación de herencia, y esto por dos razones fundamentales: porque, de una parte, el artículo 1.394 contiene una referencia concreta a la garantía establecida en el artículo 1.001 en favor de los acreedores, y de otra, porque ambas renunciaciones, en lo que luego hemos de insistir, son de una idéntica naturaleza (372).

En virtud de esta asimilación hemos de decir, primero, que la facultad de aceptar, como contrapunto de la renuncia, se evidencia de una forma expresa o tácita (actos de disposición) por analogía de lo dispuesto en los artículos 999 y 1.000 del Código civil, añadiendo que el hecho de la aceptación evidencia la pérdida del derecho de renuncia.

Es justo también que sea de aplicación a esta materia el artículo 1.002, que previene que por la sustracción u ocultación de bienes de la herencia pierde el heredero el derecho de renunciar.

No cabe duda tampoco que los terceros interesados, de cuya garantía nos ocuparemos más adelante separadamente, no po-

(372) No pueden aceptarse como supletorias las normas establecidas en el derecho histórico castellano, antecedente del Código civil, según la opinión más generalizada, dados los términos en que está establecido el artículo 1.976 del mismo, y según tiene reconocida la jurisprudencia para diversas materias que también presentan una regulación insuficiente; así la sentencia de 4 de febrero de 1902, respecto de las causas de remoción del albaceazgo y las resoluciones de 11 de octubre de 1893 y 22 de enero de 1898, con relación a las particiones hereditarias. Pero aunque de otro modo fuera, tampoco la Ley 60 de Toro contiene regla alguna sobre este particular. Entre los autores de la doctrina antigua, MATENZO y LLAMAS y MOLINA, entienden que la mujer tiene cien días para la aceptación (LLAMAS y MOLINA, *Comentario crítico literal de las Leyes de Toro*, II, pág. 186). No es tampoco del todo correcto invocar el artículo 1.708, estableciendo como normas supletorias de la liquidación de la sociedad las de las sociedades civiles, porque la sociedad de gananciales no tiene de sociedad más que el nombre; ni tampoco el 406, que establece la misma referencia para la división de la cosa común, pues esta norma está pensada como se entiende unánimemente para la copropiedad, y no es precisamente, como ya hemos dicho, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales.

drán instar la aceptación hasta pasados al menos nueve días de la muerte del cónyuge difunto, pero pasado este tiempo podrán hacerlo, como establece el artículo 1.004, respecto de la herencia, pues esta facultad es accesoria de la reconocida en el 1.001, que es aplicable también a la renuncia a la sociedad de gananciales, por lo dispuesto en el artículo 1.394. Por otra parte, la especialidad sólo se plantea cuando es la mujer la que renuncia, pues si son sus herederos, sus derechos de aceptar o renunciar, son accesorios de su aceptación de herencia y los terceros podrán instar ésta, es decir, el heredero que renuncia a la herencia renuncia a la sociedad de gananciales implícita en la misma, y el que la acepta puede, no obstante, renunciar a la sociedad, lo que supone en la práctica una derogación del principio de que no puede aceptarse o repudiarse en parte la herencia, proclamado por el artículo 990 del Código, aunque no lo sea en modo alguno porque renunciada la sociedad de gananciales, los bienes que hubieran ido a formar parte de la herencia, de no haberse renunciado aquélla, nunca han formado parte de la herencia aceptada.

Consecuentemente con ello se estará a lo dispuesto en el artículo 1.005, en cuanto al plazo de treinta días que el juez debe señalar para aceptar o renunciar, e igualmente si en estos trámites o en cualquiera otra circunstancia muriera la mujer, esta facultad se transmitirá a sus herederos conforme al artículo 1.006.

Pero no parece, en cambio, que tratándose de los herederos, unos puedan aceptar y otros renunciar, pues parece que el artículo 1.364 concede esta facultad a todos y han de ser éstos unánimemente los que han de ejercitarla; no se aplica pues la norma del artículo 1.007 respecto de la herencia.

En natural que para ejercitar el derecho de opción que supone la renuncia la mujer o sus herederos tengan el derecho de deliberar, pero es claro que no pueden aceptar la sociedad de gananciales a beneficio de inventario por analogía de lo establecido en el artículo 1.010, párrafo segundo del Código civil para la herencia.

Por último, ¿qué plazo tienen la mujer o sus herederos para aceptar o renunciar? Los mismos que se establecen para la aceptación o renuncia de la herencia (arts. 1.014 y sigs. del Código civil). Ello es lógico, no sólo por las razones de analogía anteriormente expuestas, sino por lo ligadas que van ambas cuestiones en la práctica. No hay razón alguna, por otra parte, para que se establezcan otros, y ya veremos después bajo qué forma ha de hacerse esta renuncia, pues de no constar ésta, ha de entenderse que la sociedad ha sido aceptada pasado el tiempo oportuno (373).

Estas normas son aplicables a los supuestos de disolución

(373) Normas parecidas, en líneas generales, establece el Código civil francés, artículos 1.408 y 1.453 y sigs.

por muerte o declaración de fallecimiento y aun a los de nulidad, cuyos efectos a este respecto son los mismos que en la disolución por muerte, ¿pero, y en los restantes supuestos? Ante la absoluta falta de reglas no hay más remedio que llegar a la misma conclusión que para los supuestos anteriores (374).

3. *Capacidad*.—Esta ha de ser la misma exigida para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, sin ninguna otra limitación.

Es decir, la capacidad para renunciar a la sociedad de gananciales por parte de la mujer no es igual a la capacidad limitada de la mujer casada, pues si es mayor de edad tiene plena capacidad para ello, pues por la disolución del matrimonio, o como consecuencia de su nulidad ha recobrado su plena capacidad, y cuando no ha sido así y es el juez el que sustituye al marido para completar su capacidad, su concurrencia no creemos que para tal acto vaya a ser necesaria, pues aun en los supuestos de interdicción, ausencia y divorcio, en que suele ser frecuente esa exigencia, el ejercicio de la facultad concedida a la mujer por el artículo 1.364 no tiene limitación alguna y por muchas construcciones que se vayan a hacer es preciso tener en cuenta que toda limitación de capacidad como ello supondría ha de ser tomada en sentido restrictivo, máxime en el caso de la mujer casada, la cual no es incapaz, sino que siendo capaz, presenta su capacidad ciertas limitaciones en su propio interés y decoro y en el de la superior unión de la familia, en lo que es unánime nuestra doctrina y jurisprudencia y así lo indica el propio Código en su artículo 1.263-3.º. Lo que ha quedado aún más claro después de la reforma de 1958.

Si la mujer es menor necesitará la concurrencia de su padre, madre o tutor, conforme al artículo 1.318.

Si la renuncia se realiza por los herederos de la mujer cuando sean éstos menores de edad se está en el mismo caso; únicamente que si sus intereses son contrarios a los del marido de aquélla, cuando éste deba dar el consentimiento por ser el padre de los que renuncien, habrá de nombrarse a éstos un *defensor judicial*, conforme al artículo 165 del Código civil.

4. *Forma*.—Así como las formas de aceptación de la sociedad de gananciales pueden ser muy diversas, no cabe duda que la renuncia en nuestro Derecho ha de hacerse necesariamente en escritura pública, ya que así lo establece el párrafo segundo del artículo 1.394, y si bien ha sido atenuada esta forma por la jurisprudencia para un supuesto de renuncia a los gananciales en el que la sentencia de 20 de noviembre de 1915 entiende que es sufi-

(374) En el Derecho francés se plantean problemas, a este respecto, por la diferencia de regímenes entre los artículos 1.463 y 1.456 para la mujer separada o divorciada o para la viuda, respectivamente. Véase DIDIER: *Op. cit.*, págs. 63 y sigs.

ciente cualquier forma auténtica, hemos de reconocer que la renuncia a los gananciales no es de tanta entidad e importancia como la renuncia a la sociedad de gananciales, y también porque suponiendo la alteración *ab initio* del régimen matrimonial ha de estarse a lo establecido por analogía en los artículos 1.319 y siguientes del Código civil, relativos al otorgamiento y modificación de las capitulaciones matrimoniales. Esta es la interpretación más segura, pero no obstante parece que con una interpretación benévola podría llegar a admitirse cualquier otra forma auténtica. De todos modos, no es preciso que el requisito de forma haya de cumplirse con independencia instrumental (374. bis).

5. *Efectos.*—Este problema están bien claro; si la hacen los herederos de la mujer, los frutos que hubieran sido gananciales serán íntegramente del marido, y si la hace la propia mujer, lo mismo, porque se entiende que los herederos han recibido también en su herencia los frutos que el marido debió hacer suyos por aplicación del artículo 1.357 y que de hecho hizo suyos por aplicación de la ficción legal que establece el artículo 1.364, de forma que en virtud de ésta al morir su causante ya estaban en su patrimonio. No hay, pues, acrecimiento, sino más bien alteración *a posteriori* del régimen matrimonial. En ello se pone de relieve el carácter *retroactivo* con que tales efectos se producen, alcance reconocido expresamente en la doctrina francesa (375) y aplicado también por el artículo 999 del Código para la renuncia a la herencia.

Asimismo, los efectos dichos, que por otra parte llevan consigo la exoneración de la mujer de toda responsabilidad por la gestión de la comunidad, se producen de una manera *irrevocable* (376), salvo fraude de acreedores, como establece el artículo 1.394. Particularidades que hemos de analizar separadamente.

Como vemos, pues, estos efectos se producen, de un lado, frente al renunciante, sus herederos y sucesores a título particular y, de otro, frente a los acreedores que no utilicen la facultad concedida en el artículo 1.001.

Antes de examinar estos pormenores vamos a establecer, puesto que ya tenemos elementos para ello, los caracteres de la renuncia a la sociedad de gananciales.

6. *Caracteres.*—Huelga decir que la renuncia a la sociedad de gananciales toma su naturaleza jurídica en los negocios jurí-

(374 bis) ¿Será preciso cumplir la prescripción contenida en el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y 264 de su Reglamento? Entendemos que no es preciso hacerlo más que en los supuestos anormales de disolución del matrimonio.

(375) CABRIT: *Op. cit.*, pág. 175; DIDIER: *Op. cit.*, págs. 141 y sigs., etcétera.

(376) V. CABRIT: *Op. cit.*, pág. 173; DIDIER: *Op. cit.*, pág. 121 y bibliografía anteriormente citada en nota 262. De la misma opinión eran también los glosadores de nuestro antiguo derecho, ACEREDO, MATIENZO y LLAMAS y MOLINA (*Op. cit.*, II, pág. 180).

dicos unilaterales, pudiéndose atribuir a dicha renuncia las siguientes características:

a) Es en primer lugar una renuncia verdadera y propia, es decir, *abdicativa* o *extintiva*, porque su razón de ser no toma juego nunca, más que en la exoneración de responsabilidad de quien la hace respecto de la gestión del marido sin que entre en consideración la atribución de cualquier clase de derechos a otra persona (efectos traslativos), revelándose su carácter *abstracto*.

b) Se la puede calificar de *preventiva*, porque referida a derechos que aún no están en el patrimonio del renunciante; con la renuncia se evita el que vengan a formar parte del mismo cuando la sociedad de gananciales ya disuelta está en trance de liquidación. Más que la renuncia debería ser llamada, como dice ROCA SASTRE, ciertamente, *repudiación*.

c) Es, por otra parte, fundamentalmente *declarativa*, por lo mismo que es preventiva, en el sentido de que con ella no salen bienes concretos del patrimonio del renunciante, pero también porque por ella se constata el hecho de que el régimen jurídico-patrimonial del matrimonio no es la sociedad de gananciales, sino el régimen dotal, en virtud del ejercicio de una facultad concreta concedida por la ley.

d) Y por último, como toda renuncia, es *concluyente* y, por tanto, *irrevocable*. Esto hace que la exigencia de su certeza indubitante lleve a la necesidad de una forma auténtica que en el presente caso, en términos generales, ya hemos indicado que estimamos ha de ser la notarial (377).

A la vista de tales efectos y caracteres hay que entrar en la consideración de cómo se producen aquéllos, es decir, con qué consecuencias de posibilidades y limitaciones, las que vamos a examinar por separado.

7. *Limitaciones*.—Ya hemos dicho que la renuncia produce efectos frente a los acreedores, pero estos efectos quedan supeditados a la facultad que en favor de los acreedores establece el artículo 1.001 en relación con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.394 (no por lo dispuesto en el artículo 1418 que, como ya dijimos inicialmente, tiene objeto distinto).

Ahora bien, a BAS Y RIVAS le parece que esto no es posible, porque repugna a la naturaleza de la sociedad de gananciales (378), objeción que cae por su propio peso, pues se trata en estos casos de una sociedad en trance de liquidación (379). Pero hay otras

(377) El efecto irrevocable también se establece por el artículo 997 del Código civil para la aceptación o repudiación de la herencia.

(378) *Op. cit.*, pág. 859.

(379) De acuerdo, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, pág. 738, y RAYNAUD: *Op. cit.*, págs. 784-785. Esto no altera la consideración de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, ni supone que vaya a operarse en ella un cambio al estar en liquidación; lo que sucede es que disuelto el matrimonio no repugna ya lo que sin disolverse éste repugnaría a su especial naturaleza.

razones en contra que también apunta el autor citado y que se derivan del propio efecto del artículo 1.364 que hay que tener en cuenta y es que la necesidad de proteger a los terceros está bien satisfecha al quedar alterado el régimen matrimonial *a posteriori* y poderse dirigir aquéllos contra el marido o sus herederos.

Esta razón apuntada es admisible, pero con algunas atenuaciones. Así sucederá esto cuando sean acreedores del marido o de la comunidad, o que siéndolo de la mujer se haya obligado respecto de terceros con consentimiento del marido, porque en este caso o ha obligado a la comunidad (art. 1.416) o exclusivamente a los bienes parafernales (art. 1.387), o a los de la dote inestimada (art. 1.361), y en cualquiera de estos dos casos los acreedores podrán dirigirse o contra el marido o sus herederos, o bien contra los bienes de la mujer, los cuales no han cambiado de situación patrimonial por el hecho de la renuncia. Y no es verosímil pensar que éstos no existan, pues entonces no hubieran llegado a obligarse los terceros. En tales casos (reparaciones mayores en los bienes parafernales o de la dote inestimada, costas y gastos en defensa de esos mismos bienes en general, cargas de las donaciones onerosas) la posibilidad del fraude es muy escasa; pero aun en esos mismos supuestos contemplados y en otros (deudas anteriores al matrimonio, multas y condenas e importe de los gastos diarios usuales de la familia) en que la mujer responde pecuniariamente con sus bienes propios (parafernales o de la dote inestimada) cuando las deudas sean mayores que el valor de los mismos o carezca en absoluto de ellos, si hay gananciales, el renunciar a la sociedad perjudica a los acreedores, y éstos podrán aceptarla lo mismo que en el caso de la renuncia a los gananciales o a los efectos y consecuencias de la sociedad de gananciales, pues, aparte de la distinción de estas categorías, ella no estorba a esta facultad de los acreedores, la cual tiene un carácter muy limitado y de alcances prácticos idénticos en una y en otras a este respecto por lo establecido en el artículo 1.001, párrafo segundo.

Por otra parte, este efecto configura, desde un aspecto negativo, el alcance de toda renuncia, como hemos visto, y no tiene razón de ser otra cosa desde el punto de vista práctico en virtud del cual se concede a la mujer o a sus herederos como facultad especial la renuncia a la sociedad de gananciales que se funda en la protección de sus derechos frente a la gestión del marido; como ya queda dicho y reiterado, pero que no le protege frente a su propia gestión, lo cual vendría a ser un absurdo jurídico en otro caso.

8. *Posibilidades*.—Están éstas en relación con los defectos que la renuncia produce respecto del que la hace y de sus herederos y sucesores a título singular y también desde cuando se producen o empiezan a contarse estos efectos.

Frente al que hace la renuncia, ésta produce el mismo efecto

que si ella misma, en el caso de la mujer, o su causante, en el caso de los herederos, hubieran contraído matrimonio bajo el régimen dotal.

Frente a los herederos y legatarios, el efecto será el siguiente: en cuanto a los herederos no podrán impugnar la renuncia por inoficiosa, porque no supone atribución de bienes y no es un acto de disposición a título gratuito, sino que apareciendo con un carácter mixto ofrece una estructura abstracta que impide revelar su onerosidad o gratuidad, aparte de que propiamente carece de cualquiera de ellas. Respecto de los legatarios lo único que cabe decir es que si el legado era de cosa ganancial habrá que estar a lo establecido para el caso de legado de cosa ajena.

Respecto de si hace falta para que se produzcan los efectos de la renuncia a la sociedad de gananciales el cumplimiento de algún otro requisito, hemos de pronunciarnos por la negativa, pues tratándose de un negocio unilateral, sin finalidad traslativa por otra parte, no precisa de la aceptación o asentimiento de nadie para producir sus plenos efectos (380).

Por último, siendo un negocio de carácter concluyente y consistiendo en un reconocimiento o declaración, no puede hacerse a plazo ni bajo condición o modo: necesariamente ha de ser puro y simple (381).

9. *La renuncia a la sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad.*—Es evidente que para que la renuncia haya de tener efecto frente a terceros cuando trascienda a bienes inmuebles ha de ser llevada al Registro de la Propiedad.

Este acceso al Registro unas veces se llevará a cabo por vía de *inscripción*, a través de la constancia en el título inscribible de la renuncia, cuando el marido o sus herederos traten de inscribir a su favor los que hubieren sido bienes gananciales de no haberse efectuado aquélla. Pero a veces también podrá hacerse mediante *nota marginal* en la inscripción que tuvieren los bienes que adquiridos durante el matrimonio, es decir, antes de la renuncia, tuvieren la consideración de gananciales (381 bis).

(380) Esta es la opinión unánime de la doctrina, así, por ejemplo: BAZZUÈ: *Op. cit.*, pág. 21; SIBICIANO: *Op. cit.*, pág. 129; CIEV: *La filiazione*, Milano, 1927, pág. 142; GORLA: *L'atto di disposizione*, en «Stratto degli Annali della Università di Perugia», 1936, serie V, vol. XIII, pág. 54; ROCA SASTRE: *D. Hipotecario*, I, págs. 718 y sigs.

(381) Lo mismo establece el artículo 990 para la aceptación o repudiación de la herencia.

(381 bis) V. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, pág. 744; JERÓNIMO GONZÁLEZ: *La renuncia en Derecho inmobiliario*, en «Estudios», II, págs. 17 y sigs. Conforme a la nueva ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, la renuncia a la sociedad de gananciales debe tener acceso al Registro, conforme al artículo 77 de la citada Ley, que hace referencia a las *indicaciones marginales sobre régimen económico-matrimonial*; bien que toda esta materia ofrezca en la ley citada y en su Reglamento (ar.

10. *Utilidad práctica de la renuncia a la sociedad de gananciales.*—Considerada con arreglo a lo que queda dicho la renuncia a la sociedad de gananciales, no debemós lamentarnos porque su trascendencia sea bien escasa o por la consideración de que casi todos sus efectos puedan conseguirse por la *renuncia a los gananciales* (renuncia a los efectos y consecuencias de dicha sociedad), ya que, como dice BAS Y RIVAS, puede tener mayor relevancia en los supuestos de disolución anormal de la sociedad conyugal (arts. 1.417-3.º del Código civil), ofreciendo mayores ventajas que la pretendida *renuncia a la continuación* en la sociedad de gananciales en estos supuestos, y siempre, como reconoce el propio autor citado, ofrecer algún interés más destacado respecto de otras figuras afines cuando en casos extremos, por virtud de la aplicación del artículo 1.403 del Código civil (382), no se alcance a cubrir las garantías que a favor de los bienes de la mujer disponen los artículos 1.421 y 1.422 (383). Entonces el renunciar a la sociedad puede evitar tales inconvenientes sorteando así las consecuencias del concurso, donde puede verse obligada la mujer a discutir la preferencia de tales créditos con los acreedores de su marido, conforme a los artículos 1.911 y siguientes del Código civil, consiguiendo lo que no puede impedir la renuncia a los gananciales, constituyendo un freno para aquellos acreedores desaprensivos y evitando las molestias del mismo concurso (384).

¿Pero están empañados estos efectos liberatorios por la reforma del artículo 1.413 dispuesta por la Ley de 24 de abril de 1958? Entendemos que no, pues los derechos concedidos a la mujer por este precepto no son incompatibles con la facultad del artículo 1.364. En este sentido, como ya hemos apuntado, la reforma viene a reconocer lo que estimaba HINOJOSA era una característica de la formulación primera de la institución de la sociedad de gananciales en nuestro derecho histórico, concebida como dote del marido, y que se centraba en cierta intervención de la mujer en la administración de la sociedad (385).

Lo verdaderamente importante a nuestro propósito es fijar y concretar la existencia de la *renuncia a la sociedad de gananciales* como institución jurídica, cumpliendo una función de equidad y

títulos 264 y 265) una insuficiente regulación. Para esto puede verse Espín: *Manual de Derecho civil español*, I, Madrid, 1959, págs. 271 y 275-276.

(382) Establece las obligaciones que estarán a cargo de la sociedad de gananciales.

(383) En ellos se dice que cuando se haga la liquidación de la sociedad de gananciales se pagarán en primer lugar la dote y los parafernales, antes que las cargas y obligaciones de la sociedad.

(384) *Op. cit.*, págs. 852-853.

(385) V. DE CASTRO: *Apéndice al Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1958, págs. 44-52.

presentándose en nuestro Derecho, teniendo en cuenta sus precedentes históricos, con rasgos fisonómicos privativos y que pudieron haber tenido un alcance distinto si la codificación de 1889 no les hubiera cortado las alas en la forma en que lo hizo. Cuando, por otra parte, no faltarán arbitrios como los ya apuntados para extenderla a límites más amplios y sin que tropiece con el espíritu ni con la letra de la norma prohibitiva contenida en el artículo 1.394, párrafo segundo, del Código civil.

