

El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil

(Continuación)

MANUEL DE LA CAMARA

Notario de Madrid

IV

Donaciones no permitidas por el artículo 1.415 y enajenaciones en el fraude de la mujer.

La reforma de 1958 no se ha ocupado de las donaciones de bienes gananciales ni ha alterado, de modo sustancial, el principio, un tanto vago e inconcreto, de que no pueden perjudicar a la mujer los actos que el marido realice en contravención del Código o en fraude de sus derechos.

Respecto de las donaciones parece, a primera vista, que nada nuevo era necesario añadir a lo que ya el Código ordenaba, puesto que del primer párrafo del artículo 1.413 y del 1.415 resultaba que el marido sin el consentimiento de su mujer no podía donar los gananciales, salvo que se tratara de donaciones moderadas hechas con fines piadosos o benéficos (sin reserva de usufructo), o para dar colocación o carrera a los hijos comunes. No estaba claro, sin embargo, cuál era el valor que había que atribuir al consentimiento de la mujer. Se suscitaba la duda—especialmente en vista de lo preceptuado por el artículo 1.419, *que no sido reformado*—sobre si el consentimiento de la mujer se exigía como requisito para la validez *ab initio* de la donación, o si, por el contrario, las donaciones no consentidas por la mujer eran en principio válidas, quedando su posible nulidad aplazada y condicionada al resultado de la liquidación de la sociedad conyugal. La reforma no resuelve, de modo directo y expreso, esta duda y con ello *puede dar lugar a otra* que comprometería gravemente el alcance de lo directamente reformado. Podría argumentarse que si la falta del consentimiento *uxoris* no tiene, en las donaciones, otro valor que el de obligar, en la liquidación de la sociedad, a la colación del valor de los bienes donados subsistiendo la donación en tanto pueda ser la mujer compensada en aquella liquidación, no cabe conceder mayor trascendencia al nuevo con-

sentimiento exigido para las enajenaciones onerosas de inmuebles o establecimientos mercantiles, pues sería un absurdo contrasentido que el consentimiento *uxoris* representara una limitación más fuerte en los actos onerosos que en las liberalidades. Por este camino, según ya indicamos anteriormente, se llega a la conclusión de que el consentimiento que ahora exige el primer párrafo del artículo 1.413 tiene por función asegurar el éxito de la acción de impugnación que corresponde a la mujer, caso de ser fraudulenta la enajenación onerosa no consentida y de resultar imposible la reparación del perjuicio en la liquidación de la sociedad.

Según oportunamente expusimos, esta interpretación del nuevo artículo 1.413 no es admisible. Pero entonces la alternativa es ésta: o hay que sostener, por muy absurdo que ello sea, que es más grave y trascendente la omisión del consentimiento de la mujer en los actos de disposición onerosos que en los gratuitos (104), o hay que hacer compatible el artículo 1.419 con la invalidez inmediata de las donaciones otorgadas unilateralmente por el marido.

En cuanto a las enajenaciones hechas en fraude de la mujer o en contravención del Código no cabe duda de que la reforma del artículo 1.413 del Código civil ha cerrado, de hecho, muchas puertas al fraude. Pero no todas. Respecto del patrimonio mobiliario las medidas de aseguramiento previstas por el segundo párrafo del artículo 1.413 son insuficientes para defender a la mujer frente a actos fraudulentos ya consumados, porque dichas medidas operan para el futuro, pero no afectan a actos ya realizados. Se requiere, para que puedan ser adoptadas, la reiteración por parte del marido. No basta, según vimos, un acto aislado. Además es también posible que el marido lleve a cabo un acto fraudulento y que la mujer consienta la disposición, bien por ignorar los verdaderos fines perseguidos por su esposo, bien porque, aunque los conozca, no se atreva a oponerse a ellos. Los problemas que plantean las enajenaciones onerosas que contravengan el Código o que el marido realice en fraude de su mujer subsisten aun después de reformado el artículo 1.413 del Código civil. Estos problemas son sustancialmente dos: uno puntualizar lo que deba entenderse por fraude de la mujer y por contravención del Código; y otro fijar los derechos de la mujer en relación con estas enajenaciones, derechos que pueden proyectarse en una doble dirección, contra el marido y contra el adquirente, si se le concede la posibilidad de impugnar, al menos en ciertos casos, aquellas enajenaciones.

De todo lo dicho se desprende que es absolutamente necesario replantear la interpretación del artículo 1.419 del Código civil en relación con el último párrafo del 1.413. Y aunque la trascendental reforma operada a través de la modificación de los dos primeros párrafos del último precepto citado puede ayudar y orientar en la

(104) Podría entenderse que también las donaciones caben dentro de la genérica expresión «actos de disposición», pero, sin duda, el artículo 1.413 se refiere a actos onerosos.

búsqueda de soluciones justas para los diversos problemas planteados, no basta por sí sola para resolverlos. No es suficiente decir (105) que después de la reforma el derecho de la mujer en la sociedad está *in actu* mientras que antes sólo lo estaba *in habitu*. Ni esta última afirmación es, a nuestro juicio, totalmente exacta, ni de la primera cabe deducir consecuencias exageradas. Tampoco después de la reforma la mujer está equiparada al marido, ni asimilada, desde el punto de vista de la administración y disposición de los bienes comunes, a una condueña ordinaria. Hay que preguntarse cuáles son las consecuencias prácticas que se siguen del pretendido dominio *in actu* que ahora tiene la mujer y que antes, por lo visto, no tenía. Porque, si como ha dicho con acierto GONZÁLEZ PALOMINO, en derecho todo lo que no son efectos es literatura, conviene saber si de la modificación del artículo 1.413 pueden seguirse más efectos favorables para la mujer que los muy importantes que ya se derivan del nuevo sistema de garantías establecido. No puede atribuirse a la reforma el poder, casi taumatúrgico, de resolver unos problemas con los que, consciente o inconscientemente, no se ha enfrentado el legislador, como son concretamente, el de señalar la extensión de las expresiones «fraude de la mujer» y «contravención del Código», y el de la repercusión que uno y otra hayan de tener sobre las relaciones de los cónyuges entre sí, y sobre la validez de los actos a través de los cuales se consumen, directa o indirectamente, el fraude o la contravención. Nos vemos obligados a discrepar de la autorizada opinión de don FEDERICO DE CASTRO, cuando dice (106), que desde ahora en adelante todo acto que exceda de la simple administración y que haya de considerarse fraudulento tiene que reputarse nulo. Una cosa es que la mujer tenga derecho a ser indemnizada y otra muy distinta que pueda pedir la nulidad del acto fraudulento. Cuando el marido se ha movido extrínsecamente dentro de sus potestades (es decir, cuando haya realizado actos de disposición sobre el patrimonio mobiliario, o cuando haya dispuesto de inmuebles o establecimientos mercantiles con consentimiento de su mujer), hay que proceder con sumo tiento antes de afirmar que el acto es nulo. Está en juego la seriedad de la contratación y los intereses de la contraparte y de terceros, que son tan respetables como los de la mujer.

A

Donaciones no permitidas por el artículo 1.415

El Código civil, superando la discusión planteada por la antigua doctrina, no concedió al marido la potestad de donar los gananciales.

(105) Así CASTRO: *Compendio cit.*, pág. 48.

(106) *Ob. cit.*, pág. 50.

Sin estar expresamente formulada, la regla se inducía claramente del artículo 1.415, que sólo permite hacer al marido ciertas donaciones (de donde se sigue que las demás le están vedadas), y del primer párrafo del artículo 1.413, que sólo le otorga potestades de disposición a título oneroso (antes sin consentimiento de la mujer, ahora con dicho consentimiento en algunos casos), de donde se infiere que carece de la facultad de disponer a título gratuito.

Pero si bien está claro que el marido necesita el consentimiento de su mujer para hacer donaciones, cabe discutir cuál es el valor jurídico de ese consentimiento. El problema lo plantea no sólo el silencio del Código sobre la validez o nulidad de las donaciones no consentidas por la mujer, sino, además, el famoso párrafo segundo del artículo 1.419, a cuyo tenor también se traerá a colación— en el inventario de la sociedad en disolución—el *importe de las donaciones* y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413. MANRESA (107), entendió— como indicamos anteriormente—este precepto y la remisión que en él se hace el artículo 1.413 en el sentido de que la ley equipara las donaciones ilegales y las enajenaciones fraudulentas, sentando para ambas el principio de que el perjuicio que con ellas se irroga a la mujer debe ser reparado en la liquidación de la sociedad, y solamente, si, llegado el momento de dicha liquidación, el haber inventariado no basta para la compensación será posible pedir la nulidad de la donación o de la enajenación.

Ciertamente, el artículo 1.419 produce, a primera vista, la impresión de que la tesis de MANRESA es cierta. Parece que el Código se ha inclinado por una solución similar a la que la doctrina francesa ha propugnado para las donaciones de inmuebles comunes (prohibidas al marido por el Código francés). Se ha sostenido en el país vecino (108) que estas donaciones son efectivamente nulas; pero que esta nulidad es una nulidad «relativa», en el sentido de que sólo se puede reclamar una vez disuelta la comunidad y en el caso de que el bien donado no corresponda al lote del marido. Es decir, se trae a colación la finca objeto de la donación y se incluye en el inventario. Se procede después a la formación de los lotes y a la adjudicación de los mismos, atribuyéndose al donatario el derecho a controlar la composición y el sorteo de aquéllos, y si la finca donada corresponde al lote del marido, la donación se respeta, o se anula si queda incluida en el lote de la mujer (109). La solución del artículo 1.419 parece aún más radical. Puesto que lo que hay que colacionar no es el bien objeto de la donación, sino su importe, se tiene la sensación de que la ley quiere que la donación se respete siempre que sea posible, es decir, siempre que en el

(107) En obra y lugar citados.

(108) Cf. NAST, en el *Tratado de Derecho civil francés*, de PLANIOL y RIPERT, traducción española de DÍAZ CRUZ, tomo 8.º, págs. 600-601.

(109) Se discute si el donatario, en este último caso, tiene o no derecho a que el marido o sus herederos le satisfagan el valor de lo donado.

inventario de la sociedad haya bienes bastantes para adjudicar a la mujer su participación completa en los gananciales, computada sobre el activo existente, incrementado numéricamente con el valor de los bienes que fueron objeto de la donación.

En nuestra opinión, el artículo 1.419 del Código civil, no constituye un obstáculo insuperable que impida a la mujer impugnar y atacar, constante el matrimonio, los actos de disposición que el marido no puede llevar a cabo sin su consentimiento, y en particular las donaciones no permitidas por la ley. El artículo 1.419 del Código civil contempla el momento de la disolución, o mejor aún el de la *liquidación* de la sociedad de gananciales, y por consiguiente, puede y debe ser interpretado en función del momento especial a que se refiere. Como después veremos, no es fácil puntualizar el verdadero alcance del artículo 1.419; pero se puede sostener, desde luego, que la norma sobre colación que contiene su segundo párrafo sólo entra en juego si no es ya posible pedir la nulidad de la donación o si ha llegado el momento de disolver y liquidar la sociedad sin que la mujer haya atacado o impugnado el acto de su marido.

Pensar que la mujer tiene que contemplar pasivamente cómo su marido disipa los gananciales a través de liberalidades, posiblemente de signo ilícito e inmoral, sin otro recurso que el de aguardar a la liquidación de la sociedad de gananciales, en espera de que dicha liquidación le ofrezca una compensación que entonces puede ser inasequible, equivale a desconocer: *primero*, la consideración y la estimación del patrimonio ganancial como un *patrimonio de fines* (está afecto al levantamiento de una serie de cargas y obligaciones, entre ellas el sostenimiento y la educación de los hijos, cfr. artículo 1.408 del Código civil), y *segundo*, el riesgo evidente que corren los intereses de la mujer si ha de esperar cruzada de brazos el momento de la liquidación de la sociedad, expuesta a la desaparición, pérdida o deterioro de los bienes donados, a la insuficiencia del caudal existente en el matrimonio, a la insolvencia del donatario, y a la posibilidad de que los bienes indebidamente donados, aunque sean cosas específicas y determinadas que subsistan, hayan sido adquiridos por terceros frente a los cuales se enerve la acción de impugnación (110).

Frente a estas consideraciones no pueden prosperar argumentos de tipo predominantemente teórico, cuya formulación descansa, en gran parte, en una verdadera petición de principio. La afirmación de SÁNCHEZ ROMÁN (111), de que en el Código civil los dere-

(110) Supuestos de adquisición por usucapión o de tercero protegido por la fe pública registral. Esta hipótesis puede darse si la donación se enmascaró bajo la forma de una venta, inscrita normalmente antes de la reforma del Código sin el consentimiento de la mujer, y después con dicho consentimiento, que pudo dar engañada o haber prestado de modo general para toda clase de actos onerosos.

(111) *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 1.º, pág. 844.

chos de la mujer en la sociedad de gananciales se remiten todos a la época de su disolución y liquidación, según el antiguo postulado de que el dominio de la mujer sobre los gananciales no está, durante la vida de matrimonio, *in actu*, sino *in habitu*, no tiene en su apoyo los textos del propio Código. Es cierto que los poderes dispositivos del marido son (eran) muy amplios, pero no ilimitados. La ley no permite al marido donar, fuera de los límites del artículo 1.415. No es sólo que para las donaciones se exija el consentimiento de la mujer—lo que de suyo ya bastaría para comprometer la eficacia del acto desde su realización (112)—, es que la ley *no concede al varón la potestad de disponer a título gratuito de los bienes gananciales, que son bien comunes*. Porque una cosa es que las *ganancias o beneficios* no puedan establecerse hasta el momento de la disolución de la sociedad, y que sólo en ese momento puedan los cónyuges hacerlas suyas por mitad y en propiedad ya individual y separada, mediante la liquidación, y otra cosa, muy distinta, que *los gananciales*, es decir, los bienes que se adquieren durante el matrimonio procedentes de ciertas fuentes de ingreso (las determinadas por los artículos 1.401 y siguientes), no fengan, desde que se adquieren, la consideración de bienes comunes. El Código, en el artículo 1.401, habla de «caudal común» o de «bienes comunes», y la remisión a las normas que regulan el contrato de sociedad (cfr. art. 1.395) nos obliga a sostener o que la propia sociedad de gananciales constituye una persona jurídica, titular de los bienes, o, de rechazar esta construcción, que parece artificiosa e inútil, hay que estimar que se trata (cfr. art. 1.669) de una comunidad de bienes, aunque sujeta a normas específicas y distintas de las que regulan el condominio ordinario. El hecho de que la ley no trate a la mujer como un copropietario normal y corriente, desde el punto de vista de la administración y disposición de los gananciales y que la supedita a la autoridad e iniciativa del marido, no autoriza para estimar que el ejercicio de todos sus derechos haya de quedar aplazado hasta la disolución de la sociedad.

La reforma del artículo 1.413 ha confirmado este punto de vista, y concede expresamente a la mujer la potestad de actuar, constante el matrimonio, en defensa de sus derechos. Desde este punto de vista la ley—obligado es reconocerlo—merece una crítica favorable. Lo discutible es *el modo* a través del cual se obtiene la tutela de los intereses de la mujer, y la *forma* en que se han regulado estas garantías.

Puesto que el marido carece de la potestad de disponer a título gratuito de los bienes comunes, la conclusión que necesariamente se impone es la de que tal potestad corresponde conjuntamente a

(112) Como antes dijimos, cuando la ley exige un requisito para que pueda otorgarse un acto hay que suponer, mientras la propia ley no diga otra cosa, que dicho requisito es presupuesto de su validez o eficacia.

ambos cónyuges, por lo que si el marido hace por sí una liberalidad de las no permitidas por el artículo 1.415, se atribuye de hecho unas facultades que no le corresponden. No se puede sostener, como en cambio hay que hacer respecto de las enajenaciones onerosas para las que ahora se exige el consentimiento de la mujer, que la facultad de donar corresponde al marido, aunque con la limitación representada por la exigencia del consentimiento *uxoris*. Respecto de las donaciones, la voluntad de ambos cónyuges tiene el mismo valor. La iniciativa, en la donación, corresponde por igual a los dos esposos. Si la mujer no quiere que la donación se otorgue, el marido no puede acudir al Juez en demanda de autorización, posibilidad que únicamente se le concede cuando pretende llevar a cabo un negocio oneroso. La razón por la cual se requiere el consentimiento de la mujer en las donaciones, no es la de permitirle controlar si el acto es o no perjudicial. La donación de suyo lo es—como decía MATTEZZO: La donación es título *dissipaticus*—, y, por ello, el problema del consentimiento de la mujer ha de tener aquí un enfoque distinto del que requiere la realización de un negocio oneroso, del que es posible discernir si su celebración es perjudicial, inocua, conveniente o necesaria para los intereses comunes. Por todo ello, la ineficacia del acto gratuito, intentado por el marido sin el consentimiento de su mujer, ha de ser, lógicamente, mayor que la del acto oneroso realizado sin ese consentimiento. Con todo, tampoco creemos que se esté en presencia de una nulidad radical, absoluta e insubsanable. Será más bien, un tipo de ineficacia relativa (frente a la mujer); en cierto modo, similar a la decretada por el artículo 1.259, aunque tampoco aquí nos encontremos, propiamente, ante un supuesto de representación sin poder, porque el marido, al donar, dona un bien sobre el cual también tiene derechos, y no actúa, por regla general al menos, en representación de su mujer. Pero no juegan las razones en virtud de las cuales sostuvimos que los actos de disposición onerosos celebrados sin consentimiento *uxoris*, son simplemente anulables. El marido carece totalmente de la potestad de donar, y la voluntad de la mujer no representa una simple autorización sustituible por el control de la autoridad judicial.

El supuesto entra de lleno dentro de la hipótesis general de actos dispositivos realizados por un condueño sin la intervención y conformidad de los demás, lo que no sucede con los actos de disposición a título oneroso, ya que en ellos, como demostramos al comienzo de este trabajo, el poder de disposición corresponde al marido, si bien, caso de no haber obtenido el consentimiento de su mujer, tiene que acreditar, para ejercitar lícitamente ese poder, que el acto que intenta no es perjudicial para la sociedad, lo cual podrá constituir una *limitación*, pero no una *negación* de la potestad dispositiva. Como en las donaciones el marido carece totalmente de poder dispositivo, no parece razonable someter la ineficacia al mecanismo de las acciones de impugnación. Por ello,

no es posible hablar aquí de plazo de caducidad. Tampoco la contraparte (el donatario) merece el mismo tratamiento que el adquirente a título oneroso (113).

La práctica notarial y registral abundó siempre en estas ideas y exigió el consentimiento de la mujer para el otorgamiento e inscripción de donaciones de bienes gananciales. La Jurisprudencia no se había manifestado, hasta estos últimos tiempos, de una forma expresa sobre el particular. Sin embargo, las sentencias dictadas en tema de enajenaciones onerosas en fraude, y que se referían a supuestos en que la enajenación impugnada o era simulada (con simulación absoluta), o entrañaba prácticamente una donación, hacían sospechar que el problema, de haberse referido claramente a una donación, hubiera sido resuelto negando a la mujer el derecho de pedir la nulidad durante el matrimonio (cfr. sentencias de 12 de diciembre de 1929 y de 17 de abril de 1950). Las sentencias de 25 de mayo y de 30 de octubre de 1956 representan un importante cambio de criterio. En la primera de las sentencias citadas, se dice que la mujer puede pedir que se declare que la enajenación es fraudulenta o ilegal, quedando a las resultas de la liquidación de la sociedad conyugal, o ejercitar la acción de simulación para obtener la inmediata restitución de los bienes al patrimonio ganancial. La sentencia de 30 de octubre de 1956, afirma que demostrada la simulación de que adolece una venta de bienes gananciales hecha por el marido, el negocio no puede subsistir como donación, toda vez que la misma, sin el consentimiento de la mujer, es nula.

Conviene, para valorar adecuadamente estas sentencias, tener en cuenta estos dos datos: 1.º Que no está claro en los supuestos de hecho a que se refieren dichos fallos, si se trataba de verdaderas donaciones encubiertas (simulación relativa), o si las ventas aparentes lo eran totalmente (simulación absoluta). Concretamente, la sentencia de 30 de octubre dice que, además de no haberse demostrado la intención liberal, la disposición no podría valer como donación por no haber concurrido el consentimiento de la mujer, sin el cual la donación es nula. 2.º Que, al menos en la sentencia de 25 de mayo, la nulidad (inmediata) de la donación tiende a fundamentarse en la ilicitud de la causa por tratarse de donación (si realmente había donación, lo que, repetimos, no está muy claro) hecha con el fin de perjudicar y defraudar a la mujer. Se apunta, pues, una orientación similar a la que en tema de legítimas han seguido decididamente las sentencias de 12 de abril de 1944 y 12 de abril de 1946.

La aplicación de la doctrina de la causa ilícita a las donaciones en fraude de la mujer, no puede, a nuestro juicio, generalizarse hasta el punto de considerar que toda donación de bienes gananciales

(113) Sus intereses deben también ceder ante los acreedores de la sociedad conyugal, quienes podrán impugnar la donación apoyados en la presunción de fraude que sancionan los artículos 1.207 y 643 del Código civil.

ciales, realizada por el marido sin el consentimiento de la mujer, está viciada por ilicitud de su causa. La tesis jurisprudencial, sólo acude a la ilicitud de la causa cuando se trata de donaciones disimuladas en que la simulación tiene por fin ocultar un acto fraudulento. Pero no toda donación no consentida es, por ello, una donación fraudulenta. El marido puede haber donado sin consentimiento de su mujer porque ésta no se encuentre en condiciones de prestarlo, y pensando, además, que la donación (sobre todo si no es excesiva) sea enjugada en la liquidación de la sociedad de gananciales (114).

Veamos ahora como encaja en todo esto el artículo 1.149 del Código civil. Según dijimos anteriormente, este precepto contempla el derecho de la mujer en función de un momento determinado, el de la liquidación de la sociedad de gananciales, y, por tanto, ni resuelve ni prejuzga el problema de si la mujer puede o no pedir la nulidad de la donación antes de dicho momento. El artículo 1.419 toma, lógicamente, como punto de partida la hipótesis de que los bienes indebidamente enajenados no existan en la sociedad cuando se llegue a la liquidación. Si existen—porque la mujer los ha recuperado con anterioridad—es evidente que la colación ordenada por el precepto no procede, y no es menos evidente que el artículo 1.419 no excluye esa posibilidad. Supuesto, pues, que el artículo 1.419 hay que interpretarlo entendiendo que su actuación está subordinada al hecho de que los bienes donados no hayan sido reintegrados al patrimonio común con anterioridad a la disolución, las soluciones posibles son tres. La colación-imputación, procedimiento indirecto de satisfacer el interés de la mujer, puede ser: un remedio *subsidiario*, un remedio *facultativo* o un remedio *preferente*.

(114) La realidad es muy rica en matices y no puede ser aprisionada en unos cuantos esquemas conceptuales. El hecho de que la liberalidad del marido sea generalmente un acto atentatorio contra los derechos de la mujer no significa que tenga necesariamente carácter fraudulento. En nuestra vida profesional hemos conocido el siguiente caso: Matrimonio separado de hecho desde hace muchos años viviendo marido y mujer en países distintos y sin ninguna comunicación. El marido, hombre de edad y gran posición, quiere donar a un nieto un paquete de acciones (gananciales) con el fin de asegurarle el puesto de consejero en una sociedad de la que el donante es uno de los principales accionistas. Según los estatutos es necesario poseer cierto número de acciones para ser consejero. Otros grupos de accionistas (rivales) desean impedir que el nieto llegue al Consejo. No cabe acudir a la venta porque el nieto carece de recursos propios suficientes para comprar las acciones y además porque, según cierto precepto estatutario, en los casos de venta los demás accionistas tienen derecho de preferencia, el cual, naturalmente, se quiere, en este caso legítimamente, soslayar, por lo que no cabe refugiarse en el poco recomendable expediente de la simulación. ¿Puede entenderse que aquí la donación es totalmente nula como lo sería de aplicar la teoría de ilicitud de la causa? ¿Es lógico y justo que, muerto el abuelo, sus otros herederos pretendan beneficiarse de la ineficacia de la donación, sobre todo si a la mujer, única interesada en la nulidad, se le puede compensar con otras acciones equivalentes?

Se puede pensar que la colación ordenada por el segundo párrafo del artículo 1.419 sólo procede cuando no sea ya posible, mediante la declaración de nulidad, obtener la devolución de los bienes donados o de su valor (115). La colación del importe de la donación, y la imputación de ese importe al haber del marido o de sus herederos, ofrece a la mujer una satisfacción *subsidiaria* o *supletoria* de la nulidad.

La colación-imputación del artículo 1.419 puede también concebirse como remedio *facultativo* en el sentido de que llegado el momento de la disolución de la sociedad, y si antes no ha pedido la mujer que se declare la nulidad de la donación, puede aquélla optar entre ejercitar la acción de nulidad, que conserva, o exigir que el inventario se adicione con el importe de la donación ilegal, para imputar ese importe al haber del marido o de sus herederos.

Finalmente, la colación-imputación puede articularse como remedio *preferente*. La mujer, durante la vida de la sociedad, puede recuperar para el patrimonio común los bienes indebidamente donados; pero si llega el momento de la disolución o liquidación de la comunidad sin que haya ejercitado el derecho que le asiste, debe resarcirse, *preferentemente*, a costa del caudal en liquidación, y sólo en la medida en que éste no le ofrezca una satisfacción completa podrá dirigirse contra el donatario. Antes de la disolución el único medio satisfactorio que puede brindarse a la mujer es la reconstitución del patrimonio mediante la nulidad de la donación; pero si la mujer no ha ejercitado su derecho de pedir la nulidad y llega el instante de liquidar el patrimonio ganancial, lo que ocupa el primer plano no es la reconstitución de ese patrimonio—en trance de desaparición como patrimonio de destino—, sino la reparación del perjuicio irrogado a la mujer, reparación que estando la sociedad en liquidación, puede obtenerse por el sistema de la indemnización colación. Los bienes donados se imputan al haber del marido o de sus herederos y con ello la donación queda firme, convalidada, de la misma forma que se convalidan los actos de disposición sobre derechos ajenos, o sobre los que no se ostenta la plena titularidad, si, con posterioridad al acto, el disponente adquiere el derecho que le faltaba. Llegando el momento de disolver la sociedad de gananciales la indemnización-colación ofrece una satisfacción inmediata al interés de la mujer, y, por eso, aunque no debe constituir el único recurso que constante el matrimonio se brinde a la mujer, pues ello le obliga a demorar con todos los riesgos antes denunciados, la reparación del perjuicio, con daño, además, del propio patrimonio, que aún se halla en su ciclo vital, no hay inconveniente en considerarla como remedio preferente, si la sociedad ha llegado al punto final de su existencia, evitándose que

(115) Esta parece ser la solución defendida por ROCA JUAN: *Ob. cit.*, pág. 523.

la nulidad de la donación redunde en beneficio del marido o de sus herederos.

Hay, por último, una cuarta posibilidad, que resulta de combinar las dos últimas. Se atiende a la naturaleza de los bienes donados. Si la donación ha consistido en dinero o bienes fungibles la colación es preferente; si la donación ha tenido por objeto una cosa determinada, la mujer puede elegir entre la colación o la acción contra el donatario. Esta distinción tiene rancio abolengo. ANTONIO GÓMEZ (116), al estudiar las acciones que corresponden a la mujer frente a las donaciones o enajenaciones realizadas por el marido en fraude de sus derechos, dice que si los bienes enajenados son fungibles o muebles, la mujer debe satisfacerse en primer término con los bienes del marido (incluyendo en ellos su mitad de gananciales) y, sólo si éstos no son suficientes, puede dirigirse contra el adquirente. Por el contrario, si la donación ha tenido por objeto una cosa específica y determinada, que subsiste, la mujer, puede indistintamente, accionar contra el marido o contra el poseedor. GARCÍA GOYENA (117), comentando el artículo 1.341 (igual al 1.419) del proyecto de 1851, recoge en lo sustancial esta doctrina, y escribe: «También se traerá a colación el importe de las donaciones o enajenaciones ilegales o fraudulentas, si consistieron en cantidad, cuando consista en cosa determinada se incluirá en el inventario y se traerá a colación la cosa misma si existiere, pues, según lo expuesto en el artículo 1.337 la enajenación fué nula».

Admitido que el artículo 1.419 puede ser compatible con la nulidad o ineficacia (frente a la mujer) de la donación y con la posibilidad de que esta ineficacia se declare antes de disolver la sociedad, no es sencillo puntualizar cuál es la actuación de dicha norma. La estimación de la misma como remedio puramente subsidiario de la nulidad exige la previa exclusión de los bienes del donatario para que pueda la mujer ser indemnizada con cargo al patrimonio en liquidación. Pero el artículo 1.419 no subordina ni condiciona la colación que prevée a esta circunstancia ni a ninguna otra. La sentencia de 25 de mayo de 1956 señala los dos caminos que la mujer puede seguir según mejor le convenga: la acción de simulación (recordemos que el fallo se refería a una venta que posiblemente encubría una donación) para obtener la inmediata recuperación de los bienes enajenados o la declaración de que la enajenación es ilegal para que se tenga en cuenta y se colacione su importe en la liquidación de la sociedad.

La posición opuesta, o sea la que considera la colación como remedio preferente, es de difícil compaginación con la ineficacia inicial de la donación. Ciertamente que a través de la liquidación de la

(116) *Ad leges Tauri Commentarium*, 1674, pág. 426, núm. 74.

(117) *Concordancias, molinos y comentarios al Código civil español*, tomo III, pág. 343.

sociedad y mediante el mecanismo de la colación imputación se puede llegar a la convalidación del acto del marido, pero una cosa es que la convalidación sea viable y otra que la mujer tenga forzosamente que pasar por ella. La convalidación de un acto nulo o anulable no puede imponerse a quien tiene acción para reclamarla. No se le puede privar de la facultad de recuperar los bienes objeto del acto mediante el expediente de ofrecerle una indemnización, solución que sólo es posible cuando la propia ley admite la impugnación como recurso subsidiario. Esto sucede en la rescisión; pero no hay base suficiente para sostener que las donaciones ilegales que haya llevado a cabo el marido sean simplemente rescindibles, como no sea el propio artículo 1.419, base poco segura, pues el precepto, según acabamos de ver, admite múltiples interpretaciones. Por esto, la colación sólo tiene claramente la consideración de remedio preferente en los supuestos de fraude indirecto, a los que nos referiremos después, pues en ellos o no cabe la impugnación o ésta sólo es posible mediante el instituto de la rescisión. Se puede objetar, sin embargo, que la mujer no tiene derecho, llegado el momento de la disolución de la sociedad, a los mismos bienes donados. Pero a lo que sí tiene derecho es a que se respete su probabilidad de que la parte que le corresponda en los gananciales le sea pagada precisamente con dichos bienes. Esta probabilidad sólo queda a salvo si se admite que la mujer puede pedir la nulidad.

Ciertamente la distinción planteada por ANTONIO GÓMEZ, y que luego recoge GARCÍA GOYENA, aunque sin invocarla como precedente, obvia esta dificultad, pues si los bienes donados son fungibles, o consistieron en cantidad, ni es posible recuperar los mismos bienes donados (sino otros equivalentes), ni para la mujer es relevante que la compensación salga del patrimonio de la sociedad o del patrimonio del donatario. En estos casos, y por imperativo de la situación de hecho, el derecho de la mujer se resuelve en un crédito, por lo que no es ilógico que este crédito deba satisfacerse, con preferencia, sobre el patrimonio de la sociedad en liquidación (118).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la colación establecida por el artículo 1.419 del Código civil, no es totalmente satisfactoria para la mujer. Declarada la nulidad de la donación,

(118). De prosperar el criterio fundado en la distinta naturaleza de los bienes donados no habría inconveniente en admitir que la colación es también remedio preferente cuando aquellos bienes, sin ser fungibles en sentido estricto, sean absolutamente idénticos o otros existentes en el activo de la sociedad de modo que la mujer pueda tomar un equivalente cuantitativa y cualitativamente igual (por ejemplo acciones de la misma sociedad y de la misma clase). GÓMEZ, según hemos indicado, se refería indistintamente a bienes fungibles y muebles, y aunque esta equiparación, superada hoy la máxima *res movilis res vilis*, resulta inadmisibile en términos generales, no es impropio cuando se trate de bienes de la misma condición y naturaleza existentes en el acervo común.

el donatario estará obligado a devolver la cosa donada, o su valor, con los frutos percibidos o los intereses devengados, en todo caso si se estiman aplicables los artículos 1.304 y 1.307 del Código civil, o por lo menos cuando haya obrado de mala fe, mientras que en el artículo 1.419 habla únicamente de colacionar el importe de los bienes donados sin referirse para nada a los frutos que aquéllos hubieran podido producir. Vuelve a tenerse la impresión de que el Código sólo atribuye a la mujer, durante la vida de la sociedad, una expectativa de derechos que se convierte en derecho definitivo y perfecto en el momento de la disolución. La mujer es tratada en forma parecida al legitimario frente a una donación inoficiosa o colacionable. En ambos casos el donatario hace suyos los frutos (cfr. arts. 654 y 1.049 del C. c.). La equiparación, sin embargo, no es admisible. El derecho del legitimario tiene por objeto la herencia, es decir, el patrimonio que el causante deje al morir. Con objeto de impedir que el causante haga ilusorio el derecho de sus herederos forzosos, se establece la reducción de las donaciones inoficiosas; pero no cabe duda de que dicha institución es restrictiva y excepcional, y por ello el Código establece que las donaciones inoficiosas surten sus efectos durante la vida del donante (art. 654). Pero los frutos de los bienes comunes (igual que los producidos por los bienes privativos) son gananciales (artículo 1.401-3) y, por tanto, forman parte de la masa patrimonial a que se refiere el derecho de la mujer. La donación ilegal perjudica a la esposa en un doble sentido, pues priva a la sociedad del bien objeto de la donación y de los frutos que dicho bien haya producido. A pesar de lo cual, el artículo 1.419 no permite que la mujer pueda colacionar más que, estrictamente, el importe de la donación. Pero si bien este criterio restrictivo puede justificarse teniendo en cuenta que, en definitiva, los frutos del bien donado no han sido percibidos por el marido ni ingresado en el acervo común, nada hay que se oponga a que la mujer reclame los frutos o intereses de quien, efectivamente, los ha percibido a consecuencia de un acto (la donación) que ha de reputarse ineficaz, totalmente, respecto a la mujer, al menos siempre que el donatario haya tenido conocimiento de la falta de poder del marido y deba reputarse poseedor de mala fe de conformidad con el artículo 433 del Código civil.

Todas estas reflexiones aconsejan sostener que la colación imputación del artículo 1.419 es un remedio facultativo. La mujer puede exigir, fundándose en el artículo 1.419, que no condiciona la colación que establece a ninguna circunstancia especial, que el inventario se adicione contablemente con el importe de la donación ilegal, que será imputado al haber del marido o de sus herederos. Pero junto a este derecho subsiste intacto el de dirigirse contra el donatario para exigirle la restitución de la cosa donada con sus frutos o el valor de la donación con sus intereses, derecho que no está excluido ni tampoco condicionado por el artículo 1.419. Si la mujer opta por la colación la donación queda convali-

dada y el marido o sus herederos nada podrán reclamar del donatario (119). Si la mujer opta por dirigirse contra el donatario se traerán a la masa en liquidación los mismos bienes donados con sus frutos, o el valor de lo donado con sus intereses, para incluirlos en la liquidación y adjudicación del patrimonio común.

Supuesto que la mujer haya exigido del donatario la devolución de lo donado, ¿tiene aquél algún derecho contra el marido o sus herederos? La doctrina y la jurisprudencia francesas se han inclinado por la respuesta afirmativa. De un lado, sostienen que la nulidad de la donación está condicionada por el hecho de que el bien donado se adjudique a la mujer o a sus herederos. De otro, y para la hipótesis contraria, entienden que el donatario tiene derecho a exigir del marido o de sus sucesores el valor de las cosas donadas. Se establece, para justificar estas soluciones, un paralelismo o equiparación entre la donación de un bien perteneciente a la comunidad y el legado de cosa ajena.

A nuestro juicio estas soluciones, inspiradas en un criterio de equidad y en la consideración de que no es justo que una nulidad (mejor ineficacia) establecida en obsequio exclusivamente de la mujer redunde, además, en beneficio del marido (autor del acto) o de sus herederos, pueden también defenderse en nuestro derecho. Si, en definitiva, la donación no es total y absolutamente nula sino sólo ineficaz frente a la mujer, y si, por otra parte, tampoco la mujer puede exigir que se le adjudiquen los bienes donados sino que, una vez disuelta la sociedad, su derecho se agota con la inclusión de los bienes donados en la masa partible, no repugna que la ineficacia de la donación quede subsanada si los bienes donados se adjudican al lote del marido o de sus herederos, siempre sin perjuicio de la restitución de los frutos y de la posibilidad de reintegrar los bienes al patrimonio común antes de que se llegue a la disolución de la sociedad. Por otra parte, aunque el principio general (cfr. art. 638 del Código civil) es el de la irresponsabilidad del donante frente al donatario, éste se subroga en todos los derechos y acciones que correspondan al primero sobre la cosa donada. El precepto se refiere a la hipótesis de evicción, pero no hay inconveniente en aplicar *mutatis mutandi* lo que en él se establece a hipótesis distintas. Utilizando este criterio cabe sostener que si en la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudican al marido o a sus herederos los mismos bienes donados, u otros que cubran el valor de lo donado, el donatario podrá pedir la entrega de aquellos bienes o de su valor. Con ello se llega, en tema de donaciones, a una solución similar a la que mantuvimos para el supuesto de legados de bienes gananciales dispuestos unilateralmente por alguno de los cónyuges.

(119) Si para las donaciones disimuladas prevalece la tesis de la causa ilícita no podrá ciertamente hablarse de convalidación. Pero la repetición de lo donado no será posible por impedílo el artículo 1.306.

solución que se justifica habida cuenta del paralelismo existente entre donaciones y legados (120).

La donación será totalmente ineficaz (nula) y el donatario no podrá reclamar cosa alguna del marido o sus herederos, si se acudió a la simulación con el fin de defraudar a la mujer, siempre que para esta hipótesis prospere la aplicación de la teoría de la causa ilícita. Paralelamente si la donación (disimulada) perseguía burlar no sólo los derechos de la mujer sino, además, la expectativa de los legitimarios, viene a añadirse un nuevo, aunque similar, motivo de nulidad, que la Jurisprudencia funda (en esta hipótesis de modo rotundo y concreto) en la ilicitud de la causa. En cualquier caso, innecesario es decirlo, ha de quedar intacto el derecho de los herederos forzosos para pedir la reducción de la donación cuando ésta sea inoficiosa.

B

Enajenaciones onerosas en fraude de la mujer

El artículo 1.413 en su último párrafo se refería—y se refiere— a las enajenaciones o convenios (ahora se habla de «actos de disposición») realizados en contravención del Código o en fraude de la mujer. Y en relación con este famoso y oscuro último párrafo del precepto se plantean dos órdenes distintos de problemas. Se hace necesario saber lo que la ley entiende por «contravención del Código» y por «fraude de la mujer», cuestión ésta que ha sido eludida por la reforma, que repite, sin aclararlas, estas ambiguas expresiones. Y hay que puntualizar cuáles son los derechos de la mujer frente a estos actos ilegales o fraudulentos, derechos que tampoco están claros, salvo los derivados del artículo 1.419.

El término «en contravención del Código» aparece, por primera vez, en el artículo 1.337 del Proyecto de 1851 (igual al segundo párrafo del antiguo 1.413) que, en dicho Proyecto, constituía un precepto independiente. La Ley 205 de Estilo (que pasó a ser la Ley 5.^a del título IV del libro X de la Novísima Recopilación) habla solamente de las enajenaciones hechas «cautelosamente por damnificar a la mujer».

Es casi seguro que con la expresión «en contravención del Código» se quiso aludir a las donaciones no permitidas. Así, dice GARCÍA GOYENA (121) comentando el artículo 1.337 del Proyecto, el marido enajena en contravención de las leyes «donando immoderadamente o contra los requisitos del artículo anterior» (similar al actual 1.415). El hecho de que este artículo 1.337 haya perdido su autonomía y pase a constituir el último párrafo del artículo

(120) Cfr. sobre este punto nuestro trabajo *El legado de cosa ganancial*.

(121) *Ob. cit.*, pág. 340.

1.413, que se refiere en su comienzo a las facultades del marido para disponer a título oneroso de los gananciales, no es argumento decisivo, por cuanto que también el artículo 1.334 del Proyecto, referido a enajenaciones onerosas, señalaba como límite a las potestades del marido lo dispuesto en el artículo 1.337.

A la contravención representada por las donaciones no permitidas hay que añadir hoy las disposiciones a título oneroso que infrinjan lo dispuesto en el primer párrafo del nuevo artículo 1.413. Son estos, pues, los dos casos claros de enajenación en contravención del Código que pueden señalarse.

En cuanto al fraude de la mujer creemos que este concepto, en su acepción más verdadera y estricta, hace referencia a aquellos actos del marido que objetiva u aparentemente son legales, es decir, que aquél ha realizado moviéndose dentro de los límites extrínsecos de sus potestades, pero que han sido realizados con el fin de sustraer a la mujer su participación en los bienes enajenados de modo que los propios bienes o su importe queden en beneficio del marido o de un tercero.

Los actos fraudulentos del marido pueden ser de dos clases, según que operen el fraude directamente, o sean prólogo y antecedente del fraude, que se consuma posteriormente (fraude indirecto).

El supuesto típico de fraude directo lo constituyen los actos simulados. Sin duda a ellos se refería la Ley recopilada cuando habla de enajenaciones hechas «cautelosamente». De nuevo vuelve a ilustrarnos GARCÍA GOYENA (122) sobre el pensamiento del legislador. «He observado—expone al comentar la hipótesis del fraude—al final del artículo 1.334 que en el contrato de enajenación puede sonar un título oneroso y ser, no obstante, disimulado; puede disfrazarse una verdadera donación con el velo y nombre de venta.» Claro es, que no sólo las ventas que disfracen una donación (total o parcialmente, por ejemplo, la venta por bajo precio hecha deliberadamente con ánimo de dañar a la mujer o de beneficiar al comprador) son los únicos supuestos de enajenaciones simuladas hechas en fraude de la mujer. Lo serán igualmente los actos de disposición absolutamente simulados efectuados con el fin de eliminar formalmente del activo de la sociedad determinados bienes que quedaran así fuera de la liquidación y división del acervo común.

También pueden entrar en el concepto de fraude directo aquellos actos que el marido realiza con manifiesto y ostensible abuso de poder, adquiriendo a cambio de bienes gananciales derechos de los que él sea o resulte titular exclusivo.

Son, por ejemplo, las enajenaciones de bienes comunes con reserva o a cambio de usufructos o rentas vitalicias constituídas exclusivamente sobre la vida del marido (123). Cierto que los

(122) Obra y lugar últimamente citados.

(123) ESCRIVÁ DE ROMANÍ (*Ob. cit.*) se ocupó del primero de los supues-

frutos devengados durante el usufructo, o las pensiones satisfecias, serán gananciales, según el artículo 1.403, pero la disposición contraria lo establecido en el artículo 1.401, pues el derecho mismo adquirido a cambio del caudal común no se hace también común, y se extingue al morir el marido. Por ello, quizá, más que ante un caso de fraude nos encontramos aquí ante un supuesto de contravención, lo que todavía parece más probable si se trata de enajenaciones de gananciales con reserva de usufructo, pues en esta hipótesis el marido se atribuye, sin poder para ello, la titularidad exclusiva del usufructo sustrayéndolo a la plena propiedad que era común (124).

Además del fraude directo existe el que se puede llamar fraude indirecto. El acto, en estos casos, no opera directamente el fraude, pero se realiza para facilitarlo u ocultarlo, o para facilitar u ocultar una disposición prohibida. Por ejemplo: se venden bienes para donar su importe o para sustraerlo a la liquidación de la sociedad conyugal. La pesquisa del fraude o de la contravención y la propia reparación del perjuicio irrogado por el acto fraudulento o ilegal se hacen así más difíciles.

Los casos expuestos son los que constituyen la manifestación típica y clara del fraude o de la contravención. Pero ya la antigua doctrina discutió si también se hacen en fraude de la mujer las enajenaciones que el marido lleve a cabo para subvenir a sus vicios y malas costumbres (125).

Entre los autores clásicos se aprecia sobre este punto una clara discrepancia. ANTONIO GÓMEZ (126) sostuvo que *si maritus aliqua bona superlucrativa consumpsit ludendo, meretricando, vel alios malos et reprobatos usus non potest uxor petere partem eorum. nec sibi solvi et satisfieri ex aliis bonis mariti; quia non fecit nec alienavit principaliter animo fraudandi et privandi uxorem sua medietate et lucro legali, sed casu et vicio proprio*. Nótese que la mujer, según ANTONIO GÓMEZ, ni puede atacar las enajenaciones que el marido lleve a cabo con el fin de allegar medios para entregarse a su conducta viciosa, ni tiene derecho a ser compensada con cargo a los bienes del esposo. Esta opinión, compartida por varios autores (SALA, MATEUZO, VISO, FEBRERO, etc.), fué contradicha por otros, tales como TELLO y AYORA, BENITO GUTIÉRREZ (127)

los indicado. Los incluye CASTRO (*Compendio cit.*, pág. 50) dentro de la hipótesis genérica de actos de fraude.

(124) Los arrendamientos por renta baja y percibo de prima, así como el de cobro adelantado de rentas a que se refiere CASTRO (obra y lugar últimamente citados), no son, en nuestro sentir, actos fraudulentos salvo que el marido obre efectivamente con la intención de privar a su mujer de la parte que pueda corresponderle en las cantidades percibidas.

(125) ROCA JUAN (*Ob. cit.*, pág. 523) sostiene que es «contravención del Código» la aplicación del patrimonio ganancial a fines distintos de los que son peculiares.

(126) *Ob. cit.*, núm. 73, pág. 426.

(127) *Ob. cit.*, pág. 579.

se muestra también partidario de esta última opinión. Si el marido —dice— es dueño absoluto de enajenar los bienes, también lo es la mujer de probarle por todos los medios que enajenaciones hechas para mantener sus desórdenes son hechas en su daño.

El problema en el Código civil no es de fácil solución. El artículo 1.408-1 pone a cargo de la sociedad (sin derecho a repetir contra el marido, o contra la mujer, como, para ciertos casos especiales admite) todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido y no distingue en orden a si estas obligaciones han sido o no contraídas en interés de la familia. Y el artículo 1.411 dispone que lo perdido y pagado por alguno de los cónyuges durante el matrimonio en cualquier clase de juego (el juego es uno de los *malos et reprobatus usus* a que se refería la antigua doctrina) no disminuirá su parte respectiva en los gananciales. GARCÍA GÓYENA (128), al comentar el artículo 1.332 del Proyecto (igual al actual 1.411), después de indicar que los antiguos intérpretes estaban casi todos de acuerdo en que lo perdido por el marido en el juego, o disipado en otros vicios, cede en daño de la sociedad, añade que la regla contenida en aquel artículo, referente al juego, hay que extenderla a lo ya gastado o disipado en vicios diferentes. «De lo contrario—agrega—se abriría la puerta a escándalos e investigaciones odiosas que turbarían la paz de los vivos y mancillarían la opinión de los difuntos aun inocentes: *calumniare, semper aliquid haeret.*»

Sin embargo, fuerza es reconocer que estos argumentos no son decisivos. Cierzo que los gananciales responden de todas las obligaciones contraídas por el marido, pero sobre que la norma mira principalmente a la relación de la sociedad con terceros, no cabe duda de que, especialmente desde el punto de vista de las relaciones internas, le afecta la restricción general contenida en el último párrafo del artículo 1.413, por lo que, en definitiva, todo se resuelve en saber si lo gastado por el marido en su conducta disipada es fraude o contravención del Código. Por otra parte, el argumento obtenido a base de interpretar extensivamente el artículo 1.411 es de poca solidez, pese a que dicha interpretación extensiva esté avalada por un criterio de tanta autoridad, en orden a la fijación de la voluntad legislativa, como el de GARCÍA GÓYENA. La verdad es que el artículo 1.411 puede (y debe) considerarse excepcional. Parece evidente que los poderes que se conceden al marido no se le otorgan para que pueda usar de ellos a su arbitrio. Los ostenta como jefe de la sociedad conyugal y ello presupone que debe ejercitarlos en interés de la familia. El artículo 1.411 tiene su fundamento (un tanto discutible, desde luego), en el hecho de en el juego se puede perder o se puede ganar y como las ganancias pertenecen a la sociedad, según el artículo 1.406 no es ilógico que, en compensación, soporte las pérdidas. Claro es que no se

(128) Ob. cit., pág. 337.

sabe si las pérdidas son a cargo de la sociedad, porque existe la probabilidad de que haga suyas las ganancias, o si hace suyas las ganancias en compensación de que ha de pechar con las pérdidas. De todos modos la interpretación *a sensu contrario* del artículo 1.411 conduce a la conclusión de que lo gastado por el marido (o por la mujer) en vicios distintos del juego sí merma su parte de gananciales. Esta interpretación, a pesar de ser *a sensu contrario*, tiene un sólido fundamento. El marido es el administrador, y no el dueño de los bienes gananciales.

Tomando como punto de partida este principio—y no sin un cierto esfuerzo interpretativo—se pueden ensanchar los conceptos de fraude o contravención para comprender en ellos todas aquellas disposiciones que (129), realizadas por el marido en beneficio propio o ajeno, representen una carga o disminución totalmente injustificada (daño y no sólo riesgo) de la sociedad de gananciales.

Pasemos ahora a considerar la segunda cuestión. Prescindiendo del derecho de la mujer a ser compensada en la liquidación de la sociedad, derecho que tiene su apoyo en el último párrafo del artículo 1.413 y en el 1.419, ¿son impugnables los actos realizados por el marido en fraude de su mujer? ¿Cuándo y en qué condiciones es posible la impugnación?

Respecto de los actos realizados en contravención del Código, entendiendo por tales las donaciones o los actos de disposición a título oneroso que el marido lleve a efecto sin consentimiento de su mujer o autorización judicial, nos remitimos a lo que ya hemos dicho al ocuparnos extensamente de ambos puntos. Según expusimos, la mujer puede impugnar tales actos o pedir que se declare su nulidad, incluso antes de disolverse la sociedad.

También puede, a nuestro juicio, impugnar los actos simulados del marido, así como aquellos otros que lleve a cabo con abuso o extralimitación manifiesta u ostensible de potestades.

Con referencia a la simulación, ya se trate de simulación absoluta o de simulación relativa, creemos que la mujer, que no es parte en el negocio y que, sin embargo, tiene un legítimo e indiscutible interés en que se destruya la falsa apariencia creada por el acto simulado, está plenamente legitimada para entablar la acción. Antes de la reforma del Código la Jurisprudencia (sentencias citadas de 25 de mayo y de 30 de octubre de 1956) había reconocido que la mujer podía atacar las ventas simuladas realizadas por el marido, aunque bajo su ropaje se disface una donación y, naturalmente, esta doctrina es válida para las enajenaciones totalmente simuladas (posiblemente lo eran las contempladas por aquellos fallos, según antes dijimos), siempre que se hayan hecho con el propósito de defraudar o perjudicar a la mujer. El acto absolutamente simulado es totalmente nulo (o inexistente), y el relativamente simulado sólo puede ser eficaz si el

(129) Así CASIKO: *Compendio cit.*, pág. 50.

acto disimulado es válido a su vez y cumple los requisitos exigidos por el Derecho positivo (130). La razón de la ineficacia del acto radica en la simulación y no en el fraude, que sólo puede ser interesante desde el punto de vista de la legitimación de la mujer para entablar la acción. Esta consideración nos enfrenta con un problema de incuestionable interés: ¿podrá la mujer pedir que se declare la simulación de un acto si el marido ha buscado la simulación no para defraudar a su esposa sino para la consecución de otros fines? Aunque, quizá, la cuestión no sea del todo diáfana nos inclinamos por la afirmativa. La interposición de otra persona representa siempre un peligro evidente para los intereses de la mujer. Es difícil negarle la condición de tercero interesado, que es la cualidad exigida por la Jurisprudencia para estimar legitimado al que ejercite la acción de simulación. El interés de la mujer es indiscutible siempre que se trate de un inmueble o de un establecimiento mercantil, toda vez que la simulación permitirá al marido disponer de aquellos bienes sin contar con el consentimiento de su esposa o la autorización judicial. Igualmente la finalidad de defraudar, no ya a la mujer sino a la ley, será causa de legitimación suficiente para impugnar aquellos actos simulados que tengan por fin (el ejemplo típico es la fundación de una sociedad) crear una masa patrimonial, fingidamente autónoma, que permita al marido prescindir de las nuevas garantías que la ley ha establecido en obsequio de la mujer.

Igualmente son impugnables por la mujer los actos que su marido haya realizado con manifiesto y ostensible abuso de poder y por los que adquiere derechos a cambio de bienes gananciales, de los que resulta titular exclusivo. El uso abusivo del poder de disposición, en estos casos, es claro y terminante y se consuma (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de fraude indirecto) por obra del mismo acto. La doctrina (131) estima que los actos realizados con abuso de poder son anulables, aunque, naturalmente, dicha anulabilidad presupone que la contraparte tenga conocimiento del abuso. En las hipótesis que estamos examinando el uso abusivo del poder de disposición lo revela el propio acto, por lo que no parece que la contraparte pueda alegar desconocimiento de lo que, quizá, más que abuso, es extralimitación o falta de poder, contravención y no sólo fraude.

La acción que asiste a la mujer para pedir que se declare la

(130) Respecto de las donaciones disimuladas, su ineficacia se funda, en primer lugar, en la falta de poder del marido; en segundo término, y según parece apuntar a la Jurisprudencia, en la ilicitud de su causa y, finalmente, tratándose de inmuebles, también podría apoyarse en la doctrina legal (algo contradictoria sobre el particular) de que no se ha cumplido el requisito formal de que la donación se solemnice en escritura pública, requisito que se estima infringido aunque la falsa venta se haya formalizado en instrumento público.

(131) Cfr. BERRI: *Ob. cit.*, pág. 453, y en idéntico sentido el Código italiano, según vimos antes.

simulación o para impugnar los actos que su marido realizó con manifiesto abuso de poder, no queda necesariamente enervada por el hecho de que el marido haya actuado con consentimiento de su esposa, cumpliendo, formalmente, las exigencias del primer párrafo del artículo 1.413. La cosa es muy clara cuando el marido ha utilizado un consentimiento conferido con carácter general. *La nulidad o anulabilidad del negocio nace de la anormalidad que le afecta y no de la falta del consentimiento «uxoris».*

La mujer puede renunciar (con la facultad de poner fin a la renuncia cuando lo estime oportuno) al derecho de vetar ciertos actos de su marido, pues a eso equivale, en suma, el consentimiento prestado *a priori* y con carácter general; pero tal renuncia no comporta la de la acción que le corresponde para pedir la nulidad de actos de suyo ineficaces (como los simulados) realizados para defraudarla, o que por su propia naturaleza constituyan un perjuicio evidente y directo para sus intereses.

Las mismas razones pueden invocarse en apoyo de la subsistencia de la acción si la mujer ha consentido especialmente el acto ignorando de lo que se trataba, salvo que sean actos realizados con abuso manifiesto de poder, pues, entonces, el propio acto revela el perjuicio de la mujer, por lo que si ella libremente lo consiente no cabe que posteriormente pueda impugnarlo. El abuso de poder queda subsanado si el perjudicado da su consentimiento. En cambio, la mujer puede perfectamente haber consentido un acto simulado ignorando que lo es. Su acción para pedir que se declare la simulación subsiste intacta en esta hipótesis. La nulidad del negocio no puede quedar subsanada. En el caso de simulación absoluta, porque es insubsanable, y por ello, aunque la mujer hubiera prestado su consentimiento con conocimiento de la simulación podría, a nuestro juicio, intentar con éxito la acción que corresponde incluso a las partes luego con mayor razón a la mujer que, según nuestra concepción, no interviene como parte otorgante del negocio dispositivo. Tratándose de simulación relativa que encubra una donación, es evidente que el consentimiento que la mujer haya prestado ignorando la simulación no puede en modo alguno representar la convalidación de la liberalidad encubierta, cuya nulidad radica en su ilicitud y fraudulencia (en este caso) y, además, en la falta de poder del marido, defectos que no pueden quedar subsanados por un consentimiento prestado con error. Aunque el asentimiento de la mujer a un acto de su marido no forme parte de ese acto es en sí un negocio jurídico susceptible de ser impugnado cuando adolezca de alguno de los vicios que invalidan los negocios jurídicos, en general (132).

(132) La doctrina suele equiparar el asentimiento y el poder de representación a la hora de valorar la trascendencia de los vicios de voluntad del poderdante o autorizante sobre el negocio autorizado. Superada la rigidez lógico-formal de la teoría de la representación, la doctrina, sobre todo a partir de HIRKA, entiende que el error del poderdante sobre algún pun-

En orden al tiempo en que la mujer puede atacar los actos simulados de su marido, la Jurisprudencia moderna ha admitido, según hemos visto anteriormente, que la mujer puede ejercitar la acción de simulación constante el matrimonio, lo cual es plenamente ortodoxo, pues el acto es ineficaz *per se* desde su origen y la mujer tiene, indudablemente, la consideración de interesada en que se declare la nulidad. El artículo 1.419, según antes vimos, es compatible con la posibilidad de que la mujer ataque los actos ilegales de su marido (en contravención del Código) vigente la sociedad. Lo mismo hay que decir, con mayor motivo todavía, respecto de los actos simulados. El acto simulado, a diferencia del realizado con falta de poder dispositivo, no admite convalidación.

En todo caso, el artículo 1.419 es útil por cuanto que permitirá a la mujer ser indemnizada cuando no sea posible recuperar los bienes que fueron objeto del negocio simulado. Además, y así parece resultar de la sentencia de 25 de mayo de 1956, la mujer puede optar, si lo prefiere, por pedir que se declare la ilegalidad y fraudulencia del acto simulado para ser resarcida en la liquidación de la sociedad conyugal.

Tampoco vemos motivos para sostener que los actos realizados por el marido, con abuso manifiesto de poder, no puedan ser impugnados por la mujer hasta que llegue el momento de la disolución de la sociedad y sólo en el supuesto de que en la liquidación no haya podido ser resarcida. El artículo 1.419, ya lo hemos dicho, no constituye un impedimento insuperable que se oponga a la posibilidad de impugnar, constante la sociedad, los actos del marido, que sean ineficaces frente a la mujer, bien porque el marido carezca de poder para realizarlos (hipótesis de donaciones prohibidas), bien porque haya infringido las limitaciones impuestas en garantía de la mujer (contravención de lo previsto en el primer párrafo del artículo 1.413), bien porque haya ejercitado de modo extrínsecamente legal, pero en su propio y exclusivo beneficio, con abuso manifiesto de poder y contrariando el juego normal de la subrogación real, las potestades que la ley le concede,

to esencial del negocio principal que ha de celebrarse hace anulable el poder y a través de éste socava también el acto realizado por el representante. Cfr. HYRKA: *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, página 51 de la traducción española. Cfr., asimismo, NEPPI: *La rappresentanza nell diritto privato moderno*, pág. 269; BETTI: *Ob. cit.*, pág. 445, a pesar de las diversas construcciones que mantienen en torno al fenómeno representativo. «Cuando el consentimiento del principal—dice NEPPI—sea particular y específico no puede excluirse la necesidad de dar el debido peso al querer formularlo en aquel consentimiento.»

En el caso de poder conferido por la mujer de modo general sólo deben ser decisivos los vicios de voluntad del marido, como igualmente se admite para la teoría de la representación. Naturalmente, esto no obsta al derecho de la mujer de impugnar y atacar los actos simulados de su esposo o que éste haya realizado con abuso manifiesto de poder. En estos supuestos la nulidad del negocio, según decimos en el texto, nace del propio acto y es independiente de la concesión del consentimiento.

en cuyo caso el acto debe reputarse anulable (133). El artículo 1.419, inístitimos en ello, contempla, exclusivamente, el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, y no prejuzga el problema de si los actos del marido que contradigan lo dispuesto en la ley o realizados en fraude de la mujer, pueden o no ser impugnados antes de dicho momento.

La impugnación de aquellos actos en cuya virtud el marido haya constituido usufructos (directamente o por vía de reserva) o rentas vitalicias sobre su propia vida, obliga a la devolución de las rentas o frutos percibidos. En estos casos, el fraude (o mejor, la contravención) se produce por el hecho de que a cambio de bienes gananciales se adquiriera un derecho dependiente, exclusivamente, de la vida del marido. Pero esto no quiere decir que toda la operación (y sus consecuencias) sea fraudulenta. Si el marido ha dado a los frutos o rentas recibidas un destino perjudicial para la mujer, habrá un doble fraude, y la esposa tendrá derecho a ser resarcida del segundo fraude en la liquidación de la sociedad conyugal. Es dudoso que este segundo fraude tenga trascendencia frente a la contraparte.

Nos restan, para terminar, los supuestos, que hemos llamado de fraude indirecto. En ellos, el acto dispositivo del marido es real (no hay, pues, simulación), legal, es decir, el marido lo realiza moviéndose dentro del ámbito de sus poderes dispositivos o cumpliendo los requisitos complementarios exigidos por la ley, y, además, en sí mismo, correcto. El fraude o la contravención se consuman a través del destino que da el marido al contravalor recibido.

Estos actos, por regla general, no son impugnables. Si lo fueran, la contratación con maridos casados bajo el régimen de gananciales sería de una inseguridad total y absoluta. El número uno del artículo 1.408 del Código civil, nos dice que la sociedad de gananciales responde de todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido. De aquí resulta la validez de todos aquellos actos que el marido haya realizado en el ejercicio de las potestades que se le conceden. Incluso cuando la conducta del marido alcance un grado tal de desorden que permita a la mujer que se le declare pródigo, quedan en pie los actos realizados que sean anteriores a la demanda de interdicción (artículo 226 del Código civil).

Pero esta regla general, a nuestro juicio clarísima, ¿tiene alguna excepción? La Jurisprudencia y la doctrina anteriores a la reforma habían dejado entrever la posibilidad de que la mujer pudiera pedir la rescisión del acto fraudulento en el caso de que, una vez disuelta la sociedad, no pudiera resarcirse de los perjuicios causados por aquel acto a costa de los bienes comunes y de los

(133) Según vimos anteriormente, esta es la opinión que ha prevalecido en el nuevo Código italiano.

propios del marido. Pero no puntualizó los requisitos y circunstancias de la acción ni acabó de perfilar su naturaleza.

Parece lógico que esta acción de rescisión se construya de forma paralela a la de aquella otra acción que la ley concede como remedio, para el supuesto más típico de fraude: la enajenación en fraude de acreedores. La asimilación tiene, en nuestro derecho, el precedente de ANTONIO GÓMEZ (134), y se encuentra en la doctrina española y extranjera (135). No quiere decir esto que la enajenación en fraude de la mujer sea igual a la enajenación en fraude de acreedores, sobre todo, si se estima que la mujer no es acreedora por su mitad de gananciales, sino copartícipe del patrimonio común. Pero existe un punto sustancial de coincidencias. *En los dos casos, se quieren burlar los derechos de otra persona a través de una enajenación real y mediante el destino dado al precio o contravalor recibido a cambio de los bienes enajenados* (136). Es, por lo tanto, lógico que *sin identificar las dos acciones*, se conceda a la mujer, frente a los supuestos de fraude del marido, una acción rescisoria construída sobre los moldes de la pauliana. Parece más indicada la analogía, en este sentido, que la aplicación (al fraude indirecto) de la teoría del abuso de poder. De un lado, en los casos clásicos de abuso del poder (137), el perjuicio para el representado nace del acto mismo, mientras que aquí deriva de un acto posterior. De otro, la consecuencia del abuso de poder es la nulidad, o anulabilidad, de facto, remedios, ambos, excesivos para el fraude indirecto, ya que los terceros deben quedar ajenos a toda posible impugnación, y sólo su complicidad en el fraude puede exponerlos a las consecuencias de la rescisión.

(134) *Ob. cit.*, pág. 420 núm. 74.

(135) Cfr. SCARVOLO: *Código civil, comentado y concordado extensamente*, tomo XXII, pág. 328, quien incluso hace aplicación de las presunciones del artículo 1.297. La jurisprudencia francesa se ha inspirado en la analogía con la acción revocatoria, analogía que también recogen los comentaristas del «Code» civil.

(136) Por no apreciar esta sustancial coincidencia, ROCA JUAN (cit. página 528) sostiene que los únicos actos fraudulentos impugnables son los simulados (son simulación absoluta o relativa) y estima que si el fraude de la mujer no deriva directamente del acto de enajenación, que procuró el equivalente exigido al patrimonio ganancial, sino de la aplicación que hiciere el marido del valor recibido, el acto no es fraudulento en sí y, por tanto, no es atacable. Esta tesis no nos parece acertada. La verdadera enajenación en fraude de acreedores (distinta de la enajenación simulada, quizá más corriente y que tiende a eliminar formalmente los bienes del patrimonio del deudor, por lo que coincide en sus fines, aunque esencialmente es diversa de la enajenación fraudulenta propiamente dicha) también opera el fraude a través del escomateo del precio obtenido. Pero la intención fraudulenta (*consilium fraudis*) y la complicidad del adquirente corren el acto dispositivo (no fraudulento si se le considera aisladamente y abstracción hecha del destino dado al dinero percibido) permitiendo su impugnación.

(137) Que toman como punto de partida el autocontrato.

La viabilidad de la rescisión, una vez disuelta la sociedad, si su activo líquido más los bienes propios del marido no bastan para satisfacer la mitad de gananciales que corresponda a la mujer, computada sobre la base de la previa adición o colación del importe de los bienes enajenados fraudulentamente por el marido, parece indiscutible. Por la diferencia no cubierta, la mujer es acreedora de su marido. El inconveniente apuntado por ESCRIVÁ de ROMANÍ (138), en el sentido de que si se considera que el crédito de la mujer sólo nace al liquidarse la sociedad, la enajenación es inatacable por ser anterior al nacimiento del crédito, no la estimamos (ni la estima el compañero citado) insuperable. Aunque el crédito de la mujer sólo se concrete, como tal crédito, en la liquidación, es evidente que se deriva de un derecho (el de la mujer) anterior al acto fraudulento. Recuérdese que para la Pauliana, propiamente dicha, se admite (139), que los acreedores, bajo condición suspensiva, puedan, «pendente» la condición, preparar la prueba del fraude y ejercitar después la acción si la condición se cumple. No se trata, además, de aplicar lisa y llanamente la acción pauliana a las enajenaciones fraudulentas del marido, sino de articular una acción de rescisión a favor de la mujer aplicando, analógicamente, la doctrina de la Pauliana. Aceptamos, a «priori», que los supuestos no son idénticos. De serlo, holgaría la aplicación analógica.

Tampoco nos parece imposible que la mujer pueda ejercitar la acción de rescisión constante la sociedad. La Jurisprudencia (anterior a las sentencias de 25 de mayo y 30 de octubre de 1936, que se refieren, como sabemos, a hipótesis de simulación), había negado esta posibilidad. Dos consideraciones inspira este criterio. Una el supuestulado de que la mujer no puede hacer efectivos sus derechos en la sociedad de gananciales, hasta que dicha sociedad se disuelve, idea, ésta que tiene su punto de apoyo positivo más firme en el artículo 1.419. Otra, la naturaleza subsidiaria de la acción rescisoria (art. 1.294 del C. c.). La primera de estas dos premisas no es exacta y constituye, según antes dijimos, una verdadera petición de principio. Desde que la enajenación fraudulenta se consuma, hay que estimar que la mujer es titular de un crédito contra su marido, para que éste restituya al patrimonio común el importe de los bienes enajenados en fraude. Este crédito, como tal crédito, es, si se quiere, posterior al acto fraudulento (pues viene determinado por la aplicación dada al precio recibido); pero es un crédito que nace por transformación del derecho de copropiedad (anterior al acto) que la mujer ostenta sobre el bien enajenado. Sólo este derecho de la mujer,

(138) *Ob. cit.*, pág. 927.

(139) Cfr. CASTRO: *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, en «Revista de Derecho Privado», 1932, pág. 211.

tendente a obtener la reintegración del patrimonio común, puede explicar y justificar la colación imputación del artículo 1.419. Lo que ocurre es que, cuando la sociedad entra en trance de liquidación, basta («prima facie»), que la reintegración del patrimonio común se realice *en forma contable*, pues, entonces sólo interesa ya concretar la participación de la mujer en los gananciales y satisfacer íntegramente esa participación, *lo que puede hacerse inmediatamente*. Pero, vigente la sociedad, no cabe más que la reconstitución *efectiva*, obtenida, en último término, mediante la rescisión del acto fraudulento. Ni el artículo 1.419 del Código civil ni ningún otro precepto, imponen a la mujer la necesidad de que aplace el ejercicio del derecho que nace a su favor de la enajenación fraudulenta (en orden a la obligación del marido de restituir al patrimonio común el importe de lo percibido), hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. El artículo 1.419, como antes hemos puesto de relieve, sólo entra en funciones cuando la sociedad llega al punto final de su existencia, *pero no tiene por qué decidir las soluciones aplicables a los problemas que se plantean antes de la disolución*. Es compatible, según vimos, con la posibilidad de impugnar, antes de que la sociedad se disuelva, los actos dispositivos del marido que contravengan el Código o que de suyo sean nulos, luego no puede ser obstáculo para que se rescinda cuando sean rescindibles. En cuanto al carácter subsidiario de la acción es razón suficiente para que, *llegado el momento de disolver la sociedad*, la rescisión sólo pueda pretenderse si la satisfacción del interés de la mujer no puede conseguirse a expensas de la masa patrimonial en liquidación. Pero durante la vida de la sociedad el funcionamiento subsidiario de la acción rescisoria, hay que entenderlo de otro modo. Está claro que si el marido carece de bienes propios y si el destinatario del importe (donatario o persona interpuesta) no puede ser habido o es insolvente, *el único medio de reparar el perjuicio irrogado*, no tanto a la mujer como al patrimonio común (que funciona como entidad autónoma, en cuanto a sus relaciones con los bienes particulares de los cónyuges), es la rescisión del acto fraudulento. Es un error entender que el acto fraudulento no determina un perjuicio para la mujer. *Una cosa es que el perjuicio pueda ser reparado en la liquidación de la sociedad y otra muy distinta que se trate de un perjuicio futuro y eventual*. Puesto que, evidentemente, el perjuicio es actual, debe ser posible una reparación también actual, *y es desorbitar la naturaleza subsidiaria de la acción rescisoria entender que la reparación actual ha de quedar excluida porque cabe la posibilidad de una reparación futura*. Además, al negarse la rescisoria durante la vida de la sociedad, se compromete gravemente el éxito de esa reparación futura, porque en cuanto los bienes pasen a poder de tercero, ajeno al fraude, la acción ya no podrá prosperar (art. 1.259 del C. c.). Y tampoco es razonable que para asegurar una acción de rescisión, que no se sabe

si llegará a ser procedente, queden los bienes enajenados, afectos o sujetos a la futura e incierta rescisión, con lo que durante un período de tiempo indeterminado, devienen, prácticamente, inopositos para el tráfico. Por esto, desde su punto de vista (equivocado), tuvo cierta razón la sentencia de 12 de diciembre de 1929, al negar la anotación preventiva. La postura de la Jurisprudencia, al admitir la rescisión «para después», no es aceptable. Una de dos, o el acto es totalmente inatacable (lo mismo antes que después de que la sociedad se disuelva), y ésta debe ser la regla general tratándose de fraude indirecto, o, si se admite la rescisión, ésta ha de poder plantearse desde ahora, es decir, desde que el fraude se consume. *Y no hay inconveniente en admitir la rescisión excepcionalmente, en base de la analogía, no identidad, entre la enajenación en fraude de acreedores y la enajenación en fraude de la mujer.*

La construcción de la acción que puede concederse a la mujer, en los supuestos de fraude indirecto, tomando como patrón la teoría de la acción pauliana, obliga a estimar que los presupuestos de dicha acción son los siguientes:

1.º La rescisión sólo será posible en los casos de fraude típico, o sea, cuando el marido haya obrado con el fin de sustraer a la mujer su participación en el valor de los bienes enajenados, para escamotearlos en la liquidación de la sociedad conyugal, obrando en beneficio propio o en el de un tercero. Sólo entonces puede considerarse cumplido el requisito del «consilium fraudis». Por consiguiente, creemos que si el concepto de fraude a la mujer se ensancha para comprender en él los supuestos de disipación, por el marido, del precio percibido, este fraude es diverso del que tipifica la enajenación en fraude de acreedores, que sólo admite equiparación con lo que nosotros llamamos fraude típico.

2.º Será requisito esencial para que la acción pueda prosperar la complicidad del adquirente. Parece que será suficiente el conocimiento pleno, por su parte, de la intención fraudulenta del marido.

3.º La rescisión sólo procede como recurso extremo, porque es subsidiaria. Ya hemos visto indicado antes en qué forma hay que entender este funcionamiento subsidiario de la acción, según que la misma se plantee antes o después de disolverse la sociedad.

4.º El adquirente tendrá acción para exigir del marido la devolución del precio con sus intereses (art. 1.259). Esta acción podrá hacerse efectiva sobre los bienes futuros del marido (pues, si los tiene suficientes en la actualidad no procede la rescisión), y si la rescisión se plantea después de disuelta la sociedad, podrá ejecutarse inmediatamente sobre aquella parte de los bienes restituidos que haya sido adjudicada al marido o a sus herederos.

Digamos, por último, recordando lo que anteriormente expusimos, que la rescisión, si se dan los requisitos y circunstancias

que acabamos de señalar, no queda excluida aunque el marido haya contado con el consentimiento de su mujer, si utilizó una autorización general o si la esposa consintió el acto ignorando el fraude. La impugnabilidad del acto nace del fraude, y no de la contravención de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1.413.

Actos para los que se precisa el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial.

1.

Significado del concepto actos de disposición

Dice el artículo 1.413 que el marido necesita el consentimiento de su mujer o, en su defecto, autorización judicial para actos de disposición sobre bienes inmueble o establecimientos mercantiles.

El ámbito de aplicación de estos dos requisitos (consentimiento *uxoris* o autorización judicial) depende, a su vez, de la mayor o menor amplitud que tengan los dos términos a que se refiere la nueva exigencia legal. De un lado, hay que preguntarse cuál es el alcance y cuál el verdadero significado que en el nuevo artículo 1.413 tiene la expresión «actos de disposición». De otro es preciso concretar los elementos objetivos «bienes inmuebles» y «establecimientos mercantiles». Por último, y habida cuenta de las facultades que corresponden al marido como administrador y gestor del patrimonio ganancial, no resulta diáfano que ciertos actos referente a inmuebles o a establecimientos mercantiles, aunque puedan ser reputados actos de disposición, dependan, para su plena eficacia, de la licencia uxoria o de la autorización judicial.

Dejaremos para más adelante el estudio de la segunda cuestión (examen de las expresiones «bienes inmuebles» y «establecimientos mercantiles»), y nos ocuparemos ahora de la primera (alcance y significado del concepto acto de disposición) refiriéndonos, asimismo, de una manera general, al problema de las posibles limitaciones o excepciones que pueden señalarse a la nueva regla de que el marido necesita el consentimiento de su mujer o autorización judicial para llevar a cabo actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

A nuestro juicio, la expresión «actos de disposición» puede tener en el artículo 1.413 alguna de estas tres acepciones:

1.º Equivalente a enajenaciones (en un amplio sentido). Los actos de disposición a que se refiere el artículo 1.413 serían, pues, los actos de enajenación, gravamen o hipoteca aludidos en otros artículos del Código, cuando exigen para la realización de ciertos negocios jurídicos el consentimiento de otra persona o la autorización judicial. Así, por ejemplo: artículo 164 (patria potestad), artículo 186 (ausencia), artículo 269-5 (tutela), artículo 317 (emancipación), artículo 1.361 (bienes dotales), artículo 1.387 (bienes parafernales), artículo 1.444 (administración por la mujer de bienes de la sociedad conyugal), etc.

2.º Igual a negocio de disposición. Negocio de disposición es aquel por el que se opera la transmisión, modificación o extinción de un derecho subjetivo. La enajenación y el gravamen son dos importantes manifestaciones del negocio de disposición;

pero no las únicas. Aunque se dé al concepto enajenación una interpretación muy lata no parece que pueda cobijar todo posible negocio de disposición. Quedan fuera de su ámbito los negocios simplemente modificativos (140).

3.º Equivalente a acto de riguroso dominio. Recordemos, para puntualizar el alcance de esta tercera acepción, que el concepto acto de disposición no es unívoco, aunque a veces la ley, e incluso la doctrina, no adviertan los dos distintos significados del término. Se puede hablar de acto de disposición en un doble sentido: como concepto opuesto a negocio de obligación y como término antitético al acto de administración. En el primer caso, estamos ante el negocio de disposición propiamente dicho (al que nos acabamos de referir en el número anterior). En el segundo tenemos los actos que exceden de la simple administración, actos que siguiendo el tecnicismo de nuestro código pueden llamarse «actos de riguroso dominio».

Así como la distinción entre negocio de disposición y negocio de obligación es clara, e igualmente es fácil fijar el concepto teórico del negocio dispositivo, no es tan sencillo definir el acto de riguroso dominio ni señalar los límites que lo separan del acto de administración. No nos es posible exponer aquí, con detenimiento, todo el movimiento doctrinal que de una forma directa o indirecta (trabajando con los conceptos de sustancia y fruto) ha tratado de concretar el ámbito respectivo de estos dos conceptos. Resumiendo las ideas más generalmente admitidas sobre el tema, puede decirse que la distinción entre actos de admi-

(140) Recuérdese la controversia sobre si las particiones equivalen o no a una verdadera enajenación al efecto de serles aplicables las restricciones que afectan a ciertas personas para la realización de las mismas.

El negocio de disposición se contrapone al negocio obligacional u obligatorio por el cual se crea una obligación que antes no existía. Como dice VON THUR (*Ob. cit.*, t. II-1, pág. 276), mientras el acto de disposición constituye una alteración del activo, la asunción de una obligación produce el aumento del pasivo sin que el activo resulte alterado directamente. En el negocio de disposición, a través de cualquiera de sus manifestaciones, ejercitamos una facultad que está contenida en el derecho a que se refiere el negocio. En cambio, cuando se trata de un negocio de obligación no ejercitamos un derecho subjetivo, sino que simplemente actuamos la fuerza jurídica que a nuestra voluntad concede el derecho objetivo.

La distinción entre negocio obligacional y dispositivo es exacta, pero no debe olvidarse que, en nuestro Derecho, ciertos contratos (aquellos a que se refiere el art. 609 del C. c.) son a la vez negocios obligacionales y dispositivos, pues en ellos radica el centro de gravedad de la disposición, aunque para que ésta se produzca haga falta el requisito complementario de la tradición. Los actos de disposición del artículo 1.413 incluyen, naturalmente, el contrato causal. Para no convertir el consentimiento de la mujer en un requisito de valor puramente teórico, el BGB, que parte de una rigurosa separación entre negocio obligacional y dispositivo, exige el asentimiento de la esposa para las disposiciones sobre fincas y para aquellos negocios por los que el marido asuma la obligación de realizar dichas disposiciones.

nistración y de riguroso dominio (o de disposición, es esta segunda acepción del término) hay que buscarla atendiendo no sólo a los efectos jurídicos del acto (criterio, en cambio, suficiente para distinguir el negocio de obligación y el de disposición), sino que hay que contemplar dichos efectos en función del destino económico del bien a que directa o indirectamente se refiere, y tener en cuenta la situación general del patrimonio a quien dicho bien pertenece (141). En este sentido, acto de disposición (o sea, acto de riguroso dominio) es aquel que compromete la existencia, la individualidad o el valor de un elemento estable del patrimonio, que afecta, por lo tanto, al capital. Por el contrario, acto de administración es el que tiene por fin obtener el normal rendimiento de una masa patrimonial conforme a su destino económico y sin comprometer, por consiguiente, su sustancia. Naturalmente, la aplicación de este criterio diferencial, que opera con elementos metajurídicos, no siempre es sencilla. Hay que descender, muchas veces, a cada caso concreto para ponderadas todas las circunstancias decidir si el acto en cuestión es o no acto de disposición.

En todo caso queda claro que los conceptos acto de disposición (como sinónimo de acto de riguroso dominio) y negocio de disposición no coinciden necesariamente. Existen actos de administración que presuponen la realización de un negocio de disposición (por ejemplo, la venta de frutos, el cobro de un crédito a su vencimiento, etc). El acto de riguroso dominio no siempre es un negocio jurídico. No lo es, por ejemplo, el cambio esencial del destino de una finca, y, sin embargo, debe considerarse acto de riguroso dominio.

Se comprende que tiene importancia decidir si el término acto de disposición ha sido empleado en el artículo 1.413 como equivalente a acto de riguroso dominio.

Ciertamente, los negocios jurídicos de disposición sobre un inmueble o sobre un establecimiento mercantil son, por regla general, actos de riguroso dominio, pues tanto los unos como los otros son sustancia capital. Pero dada la amplitud que tiene en nuestro derecho el término inmueble, hay negocios jurídicos, como veremos después, que, si bien son negocios de disposición sobre un inmueble, difícilmente pueden considerarse actos de disposición en el sentido de actos de riguroso dominio. Por otra parte, si la expresión «acto de disposición» la entendemos como acto de riguroso dominio quedarán incluidos en el área de aplicación de las nuevas limitaciones actos que no lo estarían de estimar que la ley ha querido referirse al negocio de disposición en el sentido técnico y estricto. No es sólo el caso de las que podemos llamar disposiciones de hecho (cambio de destino, explotación de fincas o

(141) BONNECASSE (*Elementos de Derecho civil*, traducción española de САЛСА, tomo I, pág. 401) habla de patrimonio de familia, patrimonio de especulación y patrimonio de liquidación.

establecimientos en forma consuntiva, excesiva o anormal). En materia de disposición sobre establecimientos mercantiles tiene gran importancia, como veremos en su momento oportuno, puntualizar si el término acto de disposición equivale a negocio de disposición o si, por el contrario, significa acto de riguroso dominio.

A nuestro juicio, tanto para fijar el significado de la expresión «actos de disposición» utilizada por el artículo 1.413, como para formarse un criterio general sobre cuáles son los actos para los que el precepto reformado exige el consentimiento *uoris* o la autorización judicial, hay que atender a tres consideraciones fundamentales, que son éstas:

1.^a La «ratio iuris» del nuevo artículo 1.413. La finalidad del precepto, como hemos repetido hasta la saciedad, al limitar los poderes dispositivos del marido, no es otra que la de tutelar más eficazmente los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales. De aquí, se siguen dos claras conclusiones: primera, entre las posibles acepciones de las palabras «acto de disposición» habrá que escoger la que mejor cuadre a aquella finalidad. Segunda, el consentimiento *uoris* o la autorización judicial no deberán exigirse cuando el acto, cualquiera que sea su conceptualización técnica, no sea susceptible de dañar, por su propia índole y contenido, los intereses de la mujer. Ninguna norma puede ni debe ser aplicada más allá de los límites que le imponga su «ratio iuris».

2.^a La necesidad de interpretar restrictivamente las nuevas exigencias que el marido ha de cumplir para disponer, con plena eficacia, de ciertos bienes. El consentimiento *uoris* y la autorización judicial subsidiaria, son una limitación de las potestades que todavía, con carácter general, se reconocen al marido en su calidad de jefe de familia y administrador de la sociedad conyugal. Como toda limitación o excepción a una regla o principio general, las que formula el nuevo artículo 1.413 del Código civil no pueden ser extensivamente interpretadas. Por consiguiente, ni la intervención de la mujer ni la del juez, pueden interferir otras facultades del marido que no le estén limitadas. Aunque el acto, en sí y aisladamente considerado, sea un acto de disposición, el marido podrá llevarlo a cabo cuando su realización sea consecuencia inmediata y directa del ejercicio de otras potestades no sujetas a ninguna de aquellas limitaciones.

3.^a La naturaleza del mecanismo escogido por el legislador para hacer efectiva la tutela que quiere dispensar a la mujer. El artículo 1.413 concede a la esposa, únicamente, el derecho a controlar ciertos actos de su marido que estima especialmente graves. Y este control consiste en la facultad que se otorga a la mujer de consentir u oponerse al acto de disposición planeado por el marido. En principio, la mujer es libre de conceder o de negar su consentimiento, pero si lo niega el marido puede superar el obstáculo acudiendo a la autorización judicial. El Juez, según vimos oportunamente, puede también conceder o denegar su autorización,

aunque a nuestro juicio debe concederla si adquiere el convencimiento de que el acto no será perjudicial para la sociedad de gananciales. Queda confiado al criterio discrecional del Juez ponderar si el acto resultará o no perjudicial.

La índole de este mecanismo de protección tiene como presupuesto que la mujer pueda optar por consentir el acto u oponerse a su realización. De aquí, se sigue, que el consentimiento *uxoris* será improcedente cuando se trate de llevar a cabo un acto de disposición necesario, o debido. En tales hipótesis (si es que en ellas hay realmente acto de disposición), la mujer no puede oponerse a la disposición. Esta tiene que efectuarse quiera o no quiera la mujer (142). Igualmente, falta el presupuesto lógico de la autorización judicial subsidiaria, por cuanto que si se trata de transmisiones forzosas el Juez tendrá obligadamente que concederla.

La conclusión que se sigue del razonamiento expuesto no queda desvirtuada por la consideración de que en los casos de transmisión necesaria el consentimiento *uxoris* o la autorización judicial pueden servir para controlar el empleo o inversión del dinero recibido como contrapartida. Porque justamente ese control invalidaría una potestad del marido (la de manejar e invertir, en principio libremente, el dinero ganancial) que no le está limitada. Como hemos dicho el nuevo artículo 1.413 debe interpretarse, en este punto, en forma restrictiva, y ello impide aplicarlo de manera tal que resulten, de hecho, cercenadas otras potestades del marido. La ley sólo concede a la mujer el derecho de consentir u oponerse a ciertos actos de disposición, y limita a eso su intervención en el acto dispositivo. El Juez, en nuestra opinión, tampoco puede imponer al marido un destino o inversión determinado para el dinero que haya de percibir a cambio del bien ganancial de que se trate. Si cree que el acto es perjudicial o peligroso para los intereses de la mujer debe denegar la autorización. Quizá, aunque esto suponga forzar la recta interpretación del sistema legal, se llegue a la conclusión de que si el Juez tiene libertad para conceder o denegar la autorización puede dispensarla con la condición de que el marido invierta el dinero percibido en la forma y con las garantías que le parezcan más adecuadas. Pero en los casos de transmisiones forzosas fallaría también este recurso por cuanto que las mismas tendrían que ser necesariamente autorizadas (143).

(142) El consentimiento de la mujer, si la obligación de realizar en el futuro un acto de disposición ha sido libremente asumida por el marido, es naturalmente necesario para que esta obligación pueda contraerse con plena eficacia. Pero prestado el consentimiento para la constitución de la obligación no hay razón para exigir posteriormente la renovación de dicho consentimiento cuando llegue el momento de cumplir con aquélla. Ver sobre esto lo que más adelante decimos.

(143) A lo más que puede llegar el Juez, en nuestro sentir, si se trata de transmisiones voluntarias, es a exigir que el marido asegure la inversión propuesta.

Las tres consideraciones que anteceden (interpretación del artículo 1.413 en función de su «ratio iuris», sentido restrictivo que debe presidir su interpretación, y naturaleza del mecanismo adoptado por el legislador para proteger los intereses de la mujer) nos permiten, además, fijar el significado de la expresión «actos de disposición», sentando las siguientes conclusiones:

1.º En principio hay que sostener que el término «acto de disposición» está empleado en el sentido de acto de riguroso dominio. El concepto se usa como antitético al de acto administración. Se debe descartar que con dicha expresión se haya querido aludir tan sólo a los negocios de enajenación o gravamen, e igualmente la equiparación a negocio jurídico de disposición.

El artículo 1.413 debe interpretarse restrictivamente; pero ello no es razón suficiente para estimar que únicamente se refiera a enajenaciones o gravámenes excluyendo de su esfera de aplicación otros actos, que, si efectivamente son actos de disposición, están categóricamente incluido en la expresión legal. Precisamente el hecho de que se haya escogido un concepto más comprensivo en contraste con otros preceptos del Código y también con lo que dice el primer párrafo del propio artículo, pone de relieve, a nuestro juicio, que la nueva ley ha querido que el marido cuente con el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para todo acto de disposición, aunque éste no sea precisamente una enajenación o un gravamen.

Tampoco creemos que el acto de disposición del artículo 1.413 tenga que entenderse en el sentido de negocio de disposición. Entre las posibles acepciones de una expresión de la ley debe elegirse, a nuestro modo de ver, la que esté más de acuerdo con la «ratio iuris» del precepto que la utiliza y con las particularidades de su contenido normativo. Si por acto de disposición hemos de entender, en el artículo 1.413, negocio de disposición, quedarán afectados por las nuevas limitaciones actos que no trascienden de la potestad de administrar o que son consecuencia del ejercicio por el marido de otras facultades que le competen y que no le están limitadas, o, finalmente, actos que objetivamente no son susceptibles de perjudicar los intereses de la mujer. Y por el contrario, escaparían a la actuación del consentimiento «uxoris» o de la autorización judicial actos peligrosos para los intereses de la mujer y que estarían sujetos a dichas restricciones de estimar que acto de disposición significa acto de riguroso dominio. A lo largo de las páginas que siguen tendremos ocasión de comprobar la exactitud de estas afirmaciones que ahora formulamos con carácter un tanto general y abstracto.

2.º En la duda sobre si un acto debe o no considerarse acto de disposición (en el sentido de acto de riguroso dominio), debe sostenerse que el marido está facultado para realizarlo. Abonan esta solución el criterio restrictivo que debe presidir la interpre-

tación del nuevo artículo 1.413 y la consideración de que el marido sigue siendo el administrador de la sociedad conyugal, con amplias facultades, y el representante legal de su mujer.

El Código civil no define de una manera general el acto de disposición o de riguroso dominio, a pesar de que el concepto está expresamente aludido en el artículo 1.713. El segundo párrafo de este precepto contiene únicamente una enumeración «ad exemplum» de los actos de disposición más importantes. Sin embargo, como la nota característica de los actos a que se refiere el artículo 1.713, es la de afectar, de modo directo y principal, a la existencia, la individualidad o el valor de un elemento del patrimonio, puede aceptarse que ese es el dato esencial para calificar un acto como de riguroso dominio, siempre, claro es, que no se trate de actos referentes a bienes que por su naturaleza deban ser enajenados para obtener de otros (de los que constituyen el producto) su redimimiento normal. Las limitaciones que la ley impone a quienes ostentan un poder legal (por su origen o por su contenido) de administración de bienes ajenos se refieren generalmente a los que son elementos estables del patrimonio, regulándose las facultades del administrador en función del destino económico de los bienes.

Puede ser un buen criterio para contrastar si un acto debe o no ser considerado acto de disposición, distinguir entre actos normalmente permitidos a las personas que ostentan la administración legal de bienes ajenos, o a sujetos con capacidad limitada, y actos que no pueden realizar, o para cuya realización necesitan cumplir requisitos que constituyen una especial garantía para el administrado. Hay actos que, por lo general, pueden realizar todos aquellos que administran bienes ajenos o quienes tienen su capacidad limitada, actos que ninguno de ellos puede llevar a cabo (salvo que se cumplan ciertos requisitos), y actos que se permiten a unos pero no a otros. Los del primer grupo son los actos típicos de administración y los del segundo los que la ley considera, sin género de dudas, actos de disposición o de riguroso dominio. Finalmente, los actos del tercer grupo pueden, a su vez, ser subclasificados en dos especies distintas. En una tenemos aquellos que por sus características, su contenido y su finalidad tienen una trascendencia patrimonial que los aproxima a los actos típicamente dispositivos. Los actos de esta naturaleza son verdaderos actos de disposición, y aunque excepcionalmente pueda realizarlos algún administrador de bienes ajenos o alguna persona con capacidad limitada, ello no es razón para sostener que también pueda otorgarlos el marido por sí solo. En cambio hay otros actos que si bien no pueden llevar a cabo todos los que ostentan la administración de patrimonios ajenos o personas con capacidad limitada porque su gravedad e importancia son mayores que la que revisten los actos de simple u ordinaria administración, su finalidad es en realidad idéntica a la de los actos administrativos o conservativos. Son los que

siguiendo a BETTI (144), podemos llamar actos de extraordinaria administración, y que este autor contrapone a los de administración excepcional (equivalente a lo que nosotros llamamos actos de disposición o de riguroso dominio). Los actos de administración extraordinaria podran ser, a nuestro juicio, otorgados por el marido. El nuevo artículo 1.413 no puede ser extensivamente interpretado, por lo que sólo comprende los que claramente sean actos de riguroso dominio.

Finalmente conviene advertir que quizá la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio no sea exhaustiva. Es decir, no todo acto jurídico patrimonial tiene necesariamente que encajar en alguna de esas dos categorías. Hay actos que desde el punto de vista de la contraposición entre administración y disposición son en cierto modo neutros. Estos actos no implican, generalmente, peligro de lesión para los intereses de la mujer, y debe estimarse que el marido está legitimado para otorgarlos en función de sus amplias potestades de gestión y representación.

3.º Los actos de disposición frente a los cuales puede la mujer reaccionar eficazmente, de haberlos realizado el marido sin su consentimiento o sin autorización judicial, son aquellos que consistan en negocios jurídicos (145).

Sin embargo, y como anteriormente indicábamos, hay actos de disposición que no son negocios jurídicos. Son las que pueden llamarse disposiciones de hecho que entrañan también un acto de riguroso dominio y que sólo puede realizar quien tenga la plenitud del poder dispositivo. Es evidente que el marido, a través de disposiciones de hecho, puede perjudicar gravemente los intereses comunes, sin realizar ningún negocio jurídico, transformando o alterando esencialmente la identidad o el destino económico de una finca o de un establecimiento mercantil o explotando uno u otro de forma consuntiva y exorbitante.

Pero ¿qué acciones puede esgrimir la mujer frente a estos actos de riguroso dominio que no consistan en negocios jurídicos? El principio, sancionado por el último párrafo del artículo 1.413, de que no perjudicarán a la mujer los actos de disposición que el marido realice en contravención del Código, permite a aquella considerar ineficaces los negocios jurídicos de disposición que su marido haya realizado sin su consentimiento y sin autorización del Juez, negocios que adolecerán de un requisito exigido por la ley, lo que les convierte en impugnables o claudicantes. Incluso se

(144) *Ob. cit.*, pág. 216.

(145) Esto no quiere decir que todo negocio jurídico de disposición que se refiera a un inmueble o a un establecimiento mercantil requiera el consentimiento de la mujer. Sólo será preciso cumplir esta exigencia cuando el negocio entrañe un verdadero acto de riguroso dominio, lo que, según hemos puesto de relieve en el texto, no siempre ocurre, aunque sea lo frecuente.

puede admitir la impugnación de aquellos negocios jurídicos que, sin ser negocios de disposición en sentido estricto, sean, sin embargo, el instrumento a través del cual se opere una verdadera disposición de hecho (146). Pero frente a las disposiciones de hecho que no tengan su inmediato y directo reflejo en negocios jurídicos falla totalmente el mecanismo de la impugnación. Posiblemente, y en función de lo que establece el último párrafo del artículo 1.413, pueda reclamar la mujer una indemnización por los daños ocasionados a la sociedad a consecuencia de disposiciones de hecho no autorizadas. Pero esta solución sólo es posible prescindiendo de la al parecer obligada conexión entre el último párrafo del artículo 1.413 y el segundo del 1.419 (que se refiere a donaciones y enajenaciones) y tampoco con ella se consiguen resultados suficientemente satisfactorios desde el punto de vista de los intereses de la mujer. Para evitar que ésta tenga que conformarse con reclamar en su día una eventual indemnización, y para impedir que la disposición de hecho se consume, o para conseguir que las cosas vuelvan a su primitivo estado, vigente la sociedad, no cabe otro camino que permitir a la mujer solicitar del Juez aquellas medidas que sean del caso y que permitan conjurar o remediar el daño. Se trataría, en suma, de extender la intervención cautelar del Juez, prevista en el segundo párrafo del nuevo artículo 1.413, a bienes de los comprendidos en el párrafo primero. Si la ley, aun tratándose de actos que el marido puede realizar sin el consentimiento de su mujer, no quiere dejar a ésta indefensa y le permite acudir a la autoridad judicial para impedir que el marido abuse de sus facultades, es razonable entender que quepa acudir al mismo recurso respecto de actos en los que debería haber mediado aquel consentimiento, y frente a los cuales, dada su especial naturaleza, no cabe el ejercicio de una acción de impugnación. Con todo no parece fácil que esta solución llegue a prosperar. De una parte milita en contra de ella el criterio necesariamente restrictivo que debe presidir la interpretación del nuevo artículo 1.413. De otra no resulta fácil prever cuales habrían de ser las medidas susceptibles de ser adoptadas por el Juez. La única realmente eficaz, que sería transferir a la mujer la administración del bien o bienes amenazados, choca, a nuestro juicio, con el inconveniente, posiblemente insuperable, de que el Código civil sólo permite que se transfiera a la mujer la administración de la sociedad conyugal en supuestos taxativamente determinados.

Pero que no quepa una actuación inmediata de la mujer contra ciertos actos de riguroso dominio realizados por el marido sin su consentimiento, no es razón para negar que la expresión «actos

(146) Por ejemplo, un arrendamiento que sin ser inscribible ni exceder su duración de seis años conceda al arrendatario facultades excepcionales y extraordinarias en orden al destino, aprovechamiento o identidad de los bienes arrendados, de tal forma que la actuación del arrendatario afecte, o pueda afectar, a la sustancia de aquellos bienes.

de disposición» haya sido empleada por el artículo 1.413 en aquel sentido. Sólo entendiéndola así es posible interpretar de forma racional el precepto y matizar, en los casos dudosos, si el acto que pretende llevar a cabo el marido está o no afectado por las nuevas limitaciones.

II

Actos de disposición sobre bienes inmuebles

El nuevo artículo 1.413 habla de actos de disposición sobre *bienes inmuebles*. El precepto no se refiere únicamente a fincas sino genéricamente a inmuebles, por lo que comprende todos los bienes que enumera el artículo 334 del Código civil. Ello suscita este interrogante: ¿necesita el marido consentimiento de su mujer o autorización judicial para disponer, en todo caso, de cualquiera de los elementos comprendidos en el artículo 334 del C. c.? (147). El problema tiene especial interés respecto de los bienes que no son inmuebles por naturaleza, sino por su incorporación o unión (física o económica) a un inmueble propiamente dicho.

La doctrina enseña que es efecto derivado de que una cosa sea parte integrante o pertenencia de otra el que las disposiciones jurídicas que tengan por objeto la cosa principal se extiendan, naturalmente, a las partes integrantes y a las pertenencias (admitiéndose, al menos respecto de las pertenencias, el pacto en contrario) Pero aquí lo que nos interesa saber es si quien no tiene capacidad o legitimación suficiente para disponer de bienes inmuebles puede romper la conexión entre parte integrante o pertenencia y cosa principal para disponer separadamente de las primeras convertidas ya en bien mueble (148).

La cuestión planteada debe resolverse, en primer lugar, en función del concepto acto de disposición. Sólo los actos de riguroso dominio requieren el consentimiento de la mujer o autorización judicial. Pero la facultad de administrar continúa conferida exclusivamente al marido. Por consiguiente, si el ejercicio normal de aquella facultad implica la realización de negocios de disposición es menester entender que el marido puede otorgar esos negocios por sí solo. De lo contrario resultaría también limitada la potestad de administrar confiada al marido, con lo que vendría a ser aplicada extensivamente la restricción contenida en el inciso fi-

(147) Discrepamos de RODRÍGUEZ ADRADOS cuando dice (*Ob cit.*, página 192) que el artículo 1.413 apenas plantea problemas en este sentido.

(148) El problema tiene cierto parentesco con el que se refiere a la sujeción de las partes integrantes o de las pertenencias de una finca al gravamen real que pesa sobre ella en caso de alejamiento y enajenación, o solamente alejamiento, de aquéllas, cuestión que está casi inédita en nuestra doctrina.

nal del primer párrafo del artículo 1.413, lo cual, según antes dijimos, no es admisible, ya que ninguna restricción debe ser extensivamente interpretada. Por ello decíamos que el concepto «acto de disposición» empleado por el artículo 1.413 hay que entenderlo en el sentido de acto antitético al de administración, es decir, como acto de riguroso dominio y no como negocio de disposición.

De ahí resulta que, a pesar de ser inmuebles los frutos mientras estén unidos a la tierra (cfr. n.º2 del art. 334 del C. c.) el marido podrá disponer de los mismos, pues la enajenación de los frutos es acto que pertenece a la esfera de la administración, incluso, aunque los frutos se encuentren pendientes cuando la enajenación se realice, pues el ciclo normal de la explotación de una finca culmina en la conversión en dinero de sus productos. Paralelamente los árboles o minerales que con arreglo al plan de explotación o laboreo del bosque, mina o yacimiento, deban reputarse frutos o rendimientos normales del inmueble podrán ser enajenados por el marido. Finalmente también creemos que por ser acto administrativo debe estimarse permitida la enajenación de la maquinaria o utillaje (cfr. párrafo 5.º del art. 334) que sea consecuencia de su normal renovación.

El sentido que hay que dar al concepto acto de disposición, nos resuelve, pues, en parte, el problema planteado. Pero ¿qué ocurre cuando la enajenación de una parte integrante o de una pertenencia, o sea de alguno de los elementos comprendidos en el artículo 334 del Código civil, no pueda considerarse acto de simple administración? La cuestión no ofrece dudas cuando lo enajenado, no obstante su separación (material o formal), continúa siendo inmueble. Se vende, por ejemplo, una parcela de terreno o un piso, previa su segregación de la finca matriz. Es evidente que tal enajenación no puede realizarla el marido sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial. Las dudas pueden suscitarse si lo enajenado ha devenido mueble con la separación (alejamiento) de la finca, separación que puede ser anterior, simultánea, o posterior a la enajenación.

Si la enajenación se realiza cuando la parte integrante o la pertenencia aún esta unida a la finca parece que podrá ser impugnada por la mujer, caso de haberse llegado a cabo sin su consentimiento o autorización judicial. Puesto que según el artículo 346 *cuando por disposición de la ley se use la expresión bienes inmuebles* hay que entender comprendidos en ella los enumerados por el artículo 334 se debe concluir que si la propia ley exige determinados requisitos para disponer de inmuebles la necesidad de cumplir dichos requisitos se extiende a la disposición de los llamados inmuebles por incorporación o por destino, salvo que el negocio entre claramente en la órbita de los actos de administración. Para que cese la inmovilización de la pertenencia o de la parte integrante (o para que una u otra pierdan su carácter de tal, si se prescinde de la ficción que la inmovilización representa) se hace necesario que se

rompa de hecho su conexión con la cosa principal. La doctrina estima esencial el alejamiento (se entiende que ha de ser duradero, es decir, realizarse con carácter de separación definitiva) para que la cosa deje de ser pertenencia o parte integrante (149). Si el alejamiento no ha tenido lugar cuando la enajenación se realiza, el objeto del negocio es aún inmueble. Aunque la enajenación (disposición) sólo quede completa con la tradición (que normalmente implicará la separación), se inicia con el contrato causal (en el que radica la energía transmisiva), el cual se celebra *antes* de la separación. Como el alejamiento ha de ser (definitivo) no basta, a nuestro juicio, la simple separación, previa a la enajenación, para que ésta pueda ser realizada unilateralmente por el marido, ya que en tales casos el alejamiento (como verdadero alejamiento, es decir, como alejamiento definitivo) sólo se producirá como consecuencia de la enajenación misma (150).

Si la conexión entre parte integrante o pertenencia y cosa principal ha quedado rota, con carácter definitivo, antes de la enajenación e independientemente de ella, ya no es inmueble el objeto del negocio y, por lo tanto, no parece que el marido precise el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para enajenar lo que *fué* inmueble pero que ya no lo es. La ruptura definitiva de la relación de hecho puede haber tenido lugar a causa de un acontecimiento fortuito (por ejemplo, ruina del edificio, árboles tronchados o caídos por accidente etc.) o a consecuencia de un acto del marido. En el primer caso no cabe duda, a nuestro juicio, de que la enajenación que realice el marido sin contar con su mujer será plenamente válida. En el segundo caso la cuestión es menos clara, pero nosotros nos inclinamos también por la afirmativa. Aunque la separación definitiva es un acto que excede de la simple administración (157) no será la enajenación sino la separación (por hipótesis independiente de ella) lo que habrá constituido una extralimitación del marido. En consecuencia, la enajenación será válida y el problema se desplaza hacia la cuestión de si la mujer tiene o no alguna defensa eficaz frente a actos de disposición del marido que no sean negocios jurídicos (disposiciones de hecho), punto éste al que ya aludimos anteriormente.

Además de las fincas, y de los llamados inmuebles por incorpo-

(149) Cfr. BARASSI: *I diritti reali nel nuovo Codice civile italiano*, pág. 257; WOLFF, en el Tratado de ENNECCERUS, III-2.º, págs. 211 y sigs.

(150) En el Derecho alemán las partes integrantes y las pertenencias separadas y enajenadas antes del secuestro quedan libres de la hipoteca aunque el alejamiento (definitivo) sea la consecuencia y no el antecedente de la enajenación. Pero como en nuestro caso la cuestión es si la enajenación se refiere o no a un inmueble parece evidente que el alejamiento ha de ser previo a la enajenación para que la misma sea válida.

(151) La calificación del acto de separación de las pertenencias no es clara, BARASSI (*Ob. cit.*, pág. 258) cree que es un acto distinto del negocio jurídico propiamente dicho y sitúa el supuesto en la misma línea conceptual que la derrección o desocupación. WOLFF (*Ob. cit.*, pá-

ración o por destino, son también inmuebles, y por lo tanto, están alcanzados por la nueva exigencia del consentimiento *uxoris* ó la autorización judicial, los derechos reales inmobiliarios y las concesiones administrativas de obras públicas (cfr. art. 334 n.º 10). Los únicos problemas que se suscitan en relación con estos elementos patrimoniales son los que pueda plantear la propia calificación de un derecho determinado como derecho real o por la necesidad de hacer compatible la disposición con las potestades generales del marido. Pero se trata de supuestos concretos que serán examinados en su momento oportuno.

En cambio, tiene carácter más general la calificación jurídica del buque para saber si el marido puede disponer de los buques que sean gananciales sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Según el artículo 585 del Código de comercio, el buque tiene la consideración de bien mueble, y aunque el propio precepto hace la salvedad de que «no se hiciere modificación ó restricción por los precepto de este Código», como ningún artículo del expresado cuerpo legal exige para enajenar el buque una capacidad especial ni concretamente la requerida para disponer de bienes inmuebles, la conclusión que ha de obtenerse de todo ello en relación con nuestro tema, es la de que el marido podrá disponer de los buques gananciales sin el consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Con una excepción: la hipoteca, por cuanto que a efectos de su hipotecabilidad el buque es considerado como inmueble (art. 1.º de la Ley de Hipoteca Naval), y porque según el artículo 4.º de dicha Ley sólo podrán constituir hipoteca sobre el buque los que tengan la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla se hallen autorizados con arreglo a las leyes.

En base de estos preceptos, y sobre todo por la equiparación del buque a los inmuebles desde el punto de vista de la hipoteca, la doctrina ha estimado, aunque haciendo notar la anomalía, que la capacidad necesaria para hipotecar buques es más rigurosa que la exigida para enajenarlos (152). Esta solución implica un manifiesto contrasentido. No es lógico que quien puede lo más (vender, enajenar, en general,) no pueda lo menos hipotecar. Cierto

gina 214), estima que se trata de un acto real para el que está capacitado todo el que se halle en situación de emplear la cosa al servicio económico del fondo. Puede, pues, ser realizada por el usufructuario o arrendatario y no requiere, a su juicio, capacidad de obrar.

(152) Así el menor emancipado, el padre en el ejercicio de la patria potestad o la mujer como administradora de la sociedad conyugal en los casos del artículo 1.441, podrán vender buques del emancipado, del hijo menor o de la sociedad conyugal, pero no hipotecarlos. En otros supuestos la anomalía no se produce porque la naturaleza—mueble o inmueble—del buque no influye en los requisitos exigidos para su enajenación o gravamen. El tutor o el representante del ausente necesitan autorización del Consejo de familia o del Juez lo mismo para enajenar un buque del pupilo o ausente que para hipotecarlo, ya que dichas autorizaciones se exigen para enajenaciones o gravámenes, tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles.

que en materia de representación voluntaria la Dirección General de los Registros (cfr. Resoluciones de 22 de abril de 1898 y 20 de marzo de 1899) ha llegado a un resultado similar fundándose en una interpretación rigorista de los artículos 1.713 del Código civil y 139 (antes 140) de la Ley Hipotecaria, que exigen poder especial para hipotecar, por lo que no permite que el apoderado facultado para vender pueda constituir hipotecas. Pero esta solución, que en tema de representación voluntaria tiene cierta justificación, carece de precedentes en el campo de la capacidad, o de la legitimación fundada en potestades legales. Sin excepción, quien tiene capacidad para enajenar inmuebles tiene capacidad para hipotecarlos. Paralelamente la limitación de la capacidad o la restricción del poder dispositivo en cuanto a la constitución de hipotecas no es más que un reflejo o consecuencia de una limitación o restricción más general referida a la enajenación de inmuebles. Es decir, quien tiene capacidad o está facultado por la ley para enajenar un bien tiene capacidad o potestad para hipotecarlo, y viceversa, quien no puede hipotecarlo es porque tampoco lo puede enajenar.

La fuerza de las razones en virtud de las cuales se sostiene que hay personas que pueden enajenar buques pero que no pueden, sin embargo, hipotecarlos es, a nuestro juicio, más aparente que real. La razón por la que el buque, a efectos de la hipoteca naval, se reputa inmueble es clara. Se trata de soslayar la dificultad que brota de la regla tradicional según la cual sólo los inmuebles son susceptibles de hipoteca, criterio que cuando se promulgó la Ley de Hipoteca Naval estaba vigente en nuestro derecho, pero que hoy ha sido superado al proclamarse que el tipo de garantía real sin desplazamiento (hipoteca) o con desplazamiento (prenda) no depende de la naturaleza mueble o inmueble del objeto de la garantía sino de su aptitud para acomodarse a un régimen de registro como instrumento adecuado de publicidad material y formal, aptitud que es característica de los inmuebles pero no exclusiva de ellos, pues también la tienen ciertas clases de muebles, entre los que se cuenta, en primer lugar, el buque (153). Establecida cuál es la verdadera razón de la inmovilización del buque, no parece admisible llevar las consecuencias de esa inmovilización, decretada por el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, más allá de lo que exige la *ratio iuris* de esa norma. El fundamento legal de la inmovilización no es otro que el de permitir que el buque, no obstante su naturaleza mueble, pueda ser objeto de una garantía real (con derecho de persecución pues) sin desplazamiento posesorio (hipoteca) sustituyendo la posesión por el Registro como instrumento de publicidad. Pero el logro de este fin—único que persigue la in-

(153) La llamada prenda sin desplazamiento, establecida para ciertas clases de muebles (no registrables) es una figura híbrida que no constituye garantía general propiamente dicha, pues le falta uno de los elementos esenciales, el derecho de persecución.

mobilización, que en definitiva es una ficción—no postula la total equiparación del buque a un inmueble, ni menos aún obliga a exigir una capacidad para hipotecar buques especial y distinta de la que se necesita para su enajenación, en general. Precisado cuál es el significado y el alcance de la declaración legal que atribuye a los buques la consideración de inmuebles «al solo efecto» de ser objeto de hipoteca (cfr. art. 1.º de la Ley de Hipoteca Naval) puede y debe ser interpretado el artículo 4.º de dicha ley sin el prejuicio de que la libre disposición que exige en el hipotecante es la de sus bienes inmuebles, sino que basta que tenga la *libre disposición del buque* para que pueda imponer hipotecas sobre él. Es decir, quien tenga capacidad o poder legal para enajenar el buque tendrá la libre disposición del mismo y, por lo tanto, cumplirá el requisito exigido por el artículo 4.º de la Ley.

Puesto que el buque es mueble, el marido podrá enajenar a título oneroso, sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial, las naves que tengan carácter ganancial, y si ello es así se debe estimar que dentro de la potestad general de disposición está comprendida la facultad de hipotecar, supuesto que, según hemos visto, no tiene sólido fundamento el criterio contrario.

Ahora bien, aunque en términos de riguroso derecho positivo no es posible sostener que se requiera para enajenar buques una capacidad distinta que la exigida para la enajenación de cualesquiera otros bienes muebles, fuerza es admitir que sería más razonable exigir la capacidad que se precisa para otorgar actos de disposición sobre bienes inmuebles. En realidad el buque, aunque es mueble físicamente, por su importancia económica, porque generalmente constituye un elemento estable del patrimonio, y porque dadas sus especiales condiciones se adapta bien a las normas que rigen el tráfico inmobiliario, debe merecer un tratamiento jurídico similar o próximo al de los inmuebles.

Respecto de los buques pertenecientes a la sociedad de gananciales quizá podría apuntarse una distinción fundada en el destino del buque. Si el marido (o la mujer) son navieros, es decir, explotan comercialmente sus propios barcos, éstos pueden considerarse «establecimiento mercantil». Parece claro que el buque destinado al tráfico mercantil constituye en sí un establecimiento (154), o al menos, uno de los elementos básicos de la empresa o establecimiento naval. Si la explotación mercantil de los buques corresponde a otras personas (el marido o la mujer no son armadores de sus barcos sino que han cedido su uso a una persona o entidad naviera), o si se trata de embarcaciones no destinadas al comercio marítimo (por ejemplo, buques de recreo), no hay ya posibilidad de asimilar el buque al establecimiento mercantil y, por

(154) Especialmente si se tiene en cuenta la autonomía patrimonial relativa del buque y el hecho de que, como dice GARRIGUÉS (*Curso de Derecho mercantil*, tomo II-2, pág. 658), cada viaje constituye una empresa especial y distinta.

tanto, aunque esta asimilación se estime posible, el marido podrá realizar, sin contar con su mujer, actos de disposición sobre ellos.

Hechas estas consideraciones generales pasemos a examinar, en concreto, cuáles son los actos relativos a inmuebles para los cuales necesita el marido consentimiento de su mujer o autorización judicial.

A) *Actos de disposición sobre fincas.*

a) *Actos de enajenación.*

á) *Ventas y permutas:*

Tanto la venta como la permuta de fincas son típicos actos de disposición, y en consecuencia no hay duda de que están incluidos entre los actos para los que el artículo 1.413 exige el consentimiento «uxoris». El riesgo que representa para los intereses de la mujer es evidente, y aunque se acusa más en la venta, puesto que en ella la contrapartida que se recibe es dinero que el marido puede gastarse sin permiso de su mujer, no deja de darse también en la permuta, pues un intercambio de fincas puede resultar una mala operación, lesiva para la sociedad de gananciales, y, por ende, perjudicial para la mujer.

Desde el punto de vista legislativo, es lógico que la permuta y sobre todo la venta de fincas estén sujetas a la necesidad de la licencia uxoria. Pero sin discutir el fundamento del sistema legal y aun dándolo por bueno se podría haber distinguido entre lo que cabe llamar propiedad mobiliaria estable y la inestable. Para el que de modo habitual se dedica a la adquisición o construcción de casas para su venta (generalmente por pisos) o a la adquisición de terrenos para su reparcelación y enajenación, el inmueble adquirido o construido es *económicamente* una mercancía. El derecho italiano, anticipándose al de otros países, admitió, desde hace tiempo, que los inmuebles pueden ser mercaderías y en verdad, como demuestra BOLAFFIO (155), las razones esgrimidas en contra de este criterio responden más al peso de la tradición que a dificultades insoslayables determinadas por la naturaleza peculiar de los inmuebles, por lo cual, hoy puede ser superado el brocardo «*mercis appellatio ad res mobilis tantum pertinet*». Entre nosotros, GARRIGUES (156) considera nota esencial del concepto legal de mercadería su carácter mueble. Sin embargo, el argumento principal esgrimido en este sentido, que es la definición de la compraventa mercantil contenida en el artículo 325 del Código de comercio, no parece totalmente decisivo por cuanto que el propio autor, al ocuparse de aquel contrato (157), sostiene que puede haber, en nues-

(155) *Derecho comercial, Parte General*, I, pág. 315 y sigs. de la traducción española de VITERBO y SENTIS MELENDO.

(156) *Tratado de Derecho mercantil*, I-1.º, págs. 241 y sigs.

(157) *Curso de Derecho mercantil*, II-1, pág. 130.

tro derecho, compraventas mercantiles de inmuebles, y en el mismo sentido se manifiesta URÍA (158). Por nuestra parte, y sin entrar a discutir si el derecho español admite o no compraventas mercantiles que tengan por objeto un inmueble, y aun dando por resuelto el problema en sentido afirmativo, no nos parece fácil que, desde el punto de vista del artículo 1.413 del Código civil, quepa hacer una distinción entre los que se podrían llamar «inmuebles civiles» y los inmuebles «mercantiles», o inmuebles «mercadería». Aunque la venta de un inmueble reuniese (salvo en lo que al objeto se refiere) los requisitos del artículo 325 del Código de comercio, y, aunque pertenezca a la serie que profesional y habitualmente realice el vendedor, la calificación del acto como mercantil no bastaría, probablemente, para resolver el problema. El Código de comercio no contiene normas especiales, divergentes de las civiles, en tema de capacidad o de legitimación, para llevar a efecto el contrato de compraventa. Por otra parte, tampoco es fácil ver solamente en la enajenación de estos inmuebles un acto de administración referido al establecimiento o empresa mercantil del constructor o vendedor y que haya que distinguir del acto de disposición sobre establecimiento mismo. En el negocio de especulación de fincas éstas tienen una importancia fundamental. Si las mismas se enajenan y el importe de la enajenación no se reinvierte en otros inmuebles, el establecimiento mercantil desaparece prácticamente. Ciertamente, se puede distinguir también en este tipo de negocios entre la empresa y los inmuebles, si por empresa entendemos, siguiendo a URÍA (159), la actividad del empresario, y por establecimiento mercantil, el conjunto de bienes y servicios por él coordinados y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa. Aceptada esta distinción tenemos, que lo que puede ser objeto de tráfico jurídico, y, por consiguiente, a lo que puede referirse la limitación del artículo 1.413 como por otra parte resulta de la dicción del precepto, es el establecimiento y no a la empresa (entendido el concepto como actividad): pero en el negocio de especulación sobre fincas, la mercadería, o sea, el inmueble, es, a diferencia de que ocurre en otros negocios, casi todo el establecimiento, el elemento que tiene valor fundamental, y cuya desaparición acarrea prácticamente la del establecimiento mismo. Por eso, entendemos que no puede admitirse aquí la distinción entre actos de disposición sobre el establecimiento propiamente dicho, y el negocio de disposición de la mercadería (que desde el punto de vista del establecimiento es simple acto de administración), al efecto de entender que la venta de inmuebles adquiridos para su venta con lucro, es un acto que el marido pueda hacer sin autorización de su mujer. La distinción entre la propiedad inmueble estable y la adquirida con fines de

(158) *Derecho mercantil*, págs. 33-38.

(159) *Ob. cit.*, pág. 25.

especulación pudo (y probablemente debió) formularla el legislador, pero no creemos que pueda establecerla el intérprete tal como está concebido el artículo 1.413.

La regla general es, por consiguiente, que el marido para ventas y permutas de inmuebles gananciales necesita el consentimiento de su mujer. Sin embargo, esta regla general tiene, a nuestro juicio, excepciones, que se dan en las que se pueden llamar ventas forzosas. Examinemos los diferentes supuestos que encajan dentro de esta denominación.

Venta en ejecución de un contrato de promesa de venta. La promesa de venta, desde el punto de vista del nuevo artículo 1.413, plantea un doble problema. En primer término, el de saber si la promesa requiere, para su eficacia, el consentimiento de la mujer, y en segundo lugar, el de averiguar si, en caso de que la mujer haya consentido la promesa, se necesita la renovación de dicho consentimiento cuando aquélla se consume.

A nuestro juicio, y cualquiera que sea la teoría que se profese sobre el tan discutido tema de la naturaleza jurídica del precontrato, las cuestiones planteadas deben resolverse sosteniendo que el consentimiento «uxoris» es necesario para la eficacia de la promesa, pero que una vez prestado no es necesaria la reiteración de dicho consentimiento, el cual no puede ser revocado.

Respecto del primer punto (exigibilidad del consentimiento «uxoris» para la validez de la promesa) está claro que la conformidad de la mujer del promitente vendedor será necesaria si identificamos el precontrato con el contrato principal y sostenemos que las acciones derivadas del supuesto contrato preliminar tienen por fin exigir la ejecución del contrato definitivo y no la celebración de un nuevo contrato (160). A igual conclusión es preciso llegar si nos adherimos a la novísima posición de CASTRO (161), quien configura el precontrato como un negocio por el cual una de las partes concede a la otra, o bien ambas se lo confieren recíprocamente, la facultad de perfeccionar un contrato por su sola voluntad, por cuanto al celebrarse el precontrato ha querido ya el precontratante quedar obligado contractualmente por el contrato proyectado si la otra parte así lo quiere y declara. Puesto que la venta—según esta tesis—queda perfeccionada, si más, por la declaración unilateral de la contraparte, de tal manera que la declaración inicial del promitente vendedor vale como declaración de voluntad de vender, es evidente que el precontrato presupone los mismos requisitos de capacidad y legitimación que el contrato definitivo.

En cambio, la solución, podría variar si aceptamos la tradicional postura consistente en diferenciar precontrato y contrato defini-

(160) Según la tesis patrocinada entre nosotros por ALGUER. Cfr. *Para la crítica del concepto de precontrato*, en «Revista de Derecho Privado», 1935 y 1936, págs. 321 a 338, 369 a 384, 417 a 434 y I a 15.

(161) *La promesa de contrato*, *Algunas notas para su estudio*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, IV, págs. 1113 y sigs.

tivo, entendiendo que el objeto del precontrato consiste en vincular a las partes a la celebración de un nuevo contrato (162). De acuerdo con esta orientación se ha sostenido (163), que para el precontrato basta la capacidad general para obligarse, y no la especial que pueda requerirse para el contrato prometido. Pero esta solución— que en términos generales consideramos inadmisibles (164)— resulta de imposible aplicación a nuestro caso. Es evidente que el contrato definitivo no puede nacer como un contrato válido, a salvo de la posible impugnación por parte de la mujer del vendedor que no ha consentido la promesa, más que si la mujer consiente el contrato definitivo. Por consiguiente, aunque pensemos que la voluntad del promitente es susceptible de ser suplida por el órgano jurisdiccional, ocurrirá que el Juez no podrá «constituir» un contrato prescindiendo de un requisito exigido por el derecho positivo. Y aunque entendamos que el precontrato, si el promitente se niega a cumplirlo, no engendra más que el derecho a pedir una indemnización de daños y perjuicios (como piensan casi todos los autores que sostienen la distinción entre precontrato y contrato) no parece que pueda admitirse que el patrimonio ganancial haya de ser responsable de esa eventual indemnización. De serlo la mujer del promitente vendedor se encontraría en la alternativa de consentir el contrato o de exponer el patrimonio ganancial a un daño, con lo cual su libertad de aceptar u oponerse al acto de disposición del marido quedaría coartada, lo que sin duda es contrario al fin práctico perseguido por el legislador. La obligación (voluntaria) de realizar en el futuro un acto de disposición sobre un bien ganancial debe requerir igualmente el consentimiento de la mujer para ser válidamente contraída, pues, de lo contrario, la nueva exigencia legal devendría letra muerta, o cuando menos quedaría gravemente enervada la eficacia de la protección que la ley quiere conceder a la mujer. Ahora bien, si la mujer del promitente vendedor no ha consentido la promesa (pero tampoco la ha impugnado) y antes de que llegue el momento de celebrar el contrato definitivo (o antes de perfeccionarse o de consumarse éste, si admitimos las otras posturas doctrinales) el marido adquiere la propiedad exclusiva de la finca (por muerte de la mujer siendo el único heredero, o por adjudicación de la finca en la liquidación de la sociedad) la promesa queda convalidada. No olvidemos que

(162) Postura defendida en España por MORO LEDESMA, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1934, págs. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336, 401-411, 481-494, 561-575, 651-660, y más recientemente por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: *Naturaleza y efectos de la promesa de contrato*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1950, IV, págs. 1383 y sigs. En igual sentido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cfr. sentencias de 9 de julio de 1940, 24 de abril de 1941, 11 de noviembre de 1943, 28 de marzo de 1944, etc.

(163) Cfr. MORO: *Ob. cit.*, pág. 506; CASTÁN: *Ob. cit.*, tomo III, pág. 341.

(164) Cfr. CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 1173, nota 143.

la restricción impuesta a los poderes dispositivos del marido por el nuevo artículo 1.413 no constituye una limitación de la capacidad, sino que afecta a la esfera de la legitimación.

Con relación al segundo problema nosotros entendemos que consentida la promesa de venta por la mujer no se precisa la reiteración ulterior del consentimiento *uxoris*, el cual al dotar de plena eficacia el negocio inicialmente celebrado ha devenido irrevocable. No cabe duda de que si identificamos el precontrato con el contrato ulterior definitivo la renovación del consentimiento resulta manifiestamente impropcedente. En cambio, distinguiendo nítidamente entre precontrato y contrato y a base de estimar que el objeto del precontrato es vincular a las partes a la celebración de un nuevo contrato, que requiere nuevo consentimiento, puede pensarse que la mujer, no obstante haber consentido la promesa, debe volver a consentir la venta. A nuestro juicio, sin embargo, y aunque se distinga entre precontrato y contrato, ello no obliga a exigir que la mujer, que ya consintió la promesa, vuelva a consentir la venta. Como antes pusimos de relieve, los actos de disposición sobre inmuebles gananciales no lo otorgan los dos cónyuges conjuntamente, sino que es el marido, titular—aunque con limitaciones—del poder de disposición, quien dispone, aunque la mujer pueda impugnar la disposición realizada sin su consentimiento. El consentimiento *uxoris* no forma parte de la declaración o declaraciones negociales que integran el negocio, si bien es un presupuesto (extraño al negocio mismo) de su completa eficacia. Por esto, conferida por la mujer al marido autorización para llevar a efecto un acto dispositivo, dicha autorización (165) no tiene que reiterarse cuando el negocio se celebra. En la autorización concedida para el otorgamiento de la promesa de venta está implícita (los contratos deben interpretarse de buena fe) la autorización para la venta definitiva. Esta autorización, lógicamente, debe ser irrevocable. Admitir su revocabilidad *ad nutum* equivaldría a dejar al arbitrio de la mujer la obligatoriedad de un vínculo contractual contraído con su conformidad. Ciertamente durante el tiempo que medie entre la celebración de la promesa y el otorgamiento de la venta definitiva pueden haber concurrido circunstancias susceptibles de justificar el cambio de criterio de la mujer. Pero esto puede igualmente suceder, aunque no se trate de precontratos, siempre que entre la celebración del contrato y su ejecución medie un lapso de tiempo. Frente a los intereses de la mujer están los muy legítimos de la contraparte, que tiene derecho a saber a qué atenerse cuando contrata. Solamente en un supuesto entendemos que el consentimiento de la mujer, caso de que se haya concedido a la celebración de la promesa, podrá ser revocado. Nos referimos

(165) Que no es un poder de representación, según antes subrayábamos, puesto que la mujer, aunque afectada por el contrato, no asume el papel de parte en el negocio.

a la promesa unilateral de comprar, en la que, por lo tanto, el marido no se ha obligado a vender, y sí sólo la contraparte a comprar si así lo quiere el promitente vendedor. Desde luego, para concertar esta promesa, que no vincula al marido ni al patrimonio ganancial, no se requiere el consentimiento de la mujer. Por esa misma razón (no hay obligación del marido ni vinculación del patrimonio ganancial) la autorización que eventualmente haya podido conferir la mujer no tiene otro valor que la concedida para la celebración de una disposición en proyecto, y por ende debe seguir la regla general que, como vimos, postula la libre revocabilidad del consentimiento *uoris*.

Venta en ejecución de un contrato de opción.—Se distingue, en general, el contrato de opción de la promesa unilateral de vender. Posiblemente ha influido en este punto de vista la escasa eficacia que se atribuye al precontrato (por quienes sostienen que el objeto de éste es vincular a las partes para la prestación de un nuevo consentimiento contractual que se estima incoercible e infungible) que contrasta con los mayores efectos que tanto la práctica como la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al contrato de opción.

La opción se ha construido como un derecho de formación que nace del contrato a favor del optante y que le permite, por su propia declaración de voluntad, dar vida a la relación jurídica que se proyecta (166) o como una compraventa sujeta a condición suspensiva (167). Para CASTRO (168) el contrato de opción (naturalmente la opción de compra) no se distingue de la promesa unilateral de vender, pero ya hemos indicado que CASTRO sostiene que el efecto de la promesa de venta no es el nacimiento de una supuesta obligación de vender posteriormente, sino que de ella nace para el aceptante de la promesa el derecho a exigir directamente el cumplimiento de la compraventa que ya ha sido querida por el promitente, a reserva, nada más, de que el aceptante decida llevarla a cabo.

Por consiguiente el marido no podrá conceder una opción de compra sobre un inmueble ganancial sin el consentimiento de su mujer, por cuanto que la venta quedará perfecta en virtud del ejercicio por parte del optante de su derecho de opción. Al concertar la opción el marido dispone ya, en realidad, de la finca, si bien la perfección del acto depende de la voluntad del optante (no de la suya). Por lo mismo consentida por la mujer la concesión del derecho de opción no es procedente la reiteración de ese consentimiento cuando la opción sea ejercitada.

Transmisión de una finca vendida con pacto de retro. Transmisiones de fincas en virtud del ejercicio de un retracto legal.—La compraventa con pacto de retro se caracteriza porque en ella se estipula en favor del vendedor el derecho a resolver la venta median-

(166) Cfr. MORO: *Ob. cit.*, págs. 330-31.

(167) Cfr. ROCA SASTRE: *Estudio de Derecho civil*, 1, págs. 358 y 354.

(168) *Ob. cit.*, pág. 1167.

te la devolución del precio satisfecho por el comprador y los demás gastos que especifica en el artículo 1.518 del Código civil. El vendedor a retro es, pues, titular de un derecho a la readquisición de la finca, derecho éste que puede ejercitar aun en contra de la voluntad del comprador.

El retracto legal es el derecho que la ley confiere a determinadas personas para subrogarse en las mismas condiciones del comprador y adquirir la finca objeto de la compraventa en que se subroga. Prescindiendo de las dificultades prácticas que en algunos supuestos puede plantear este mecanismo de la subrogación (169) lo que está claro en el retracto legal es que el retrayente tiene derecho a adquirir la finca objeto del contrato, derecho que puede hacer efectivo aunque el retraído se oponga. Tenemos, por consiguiente, que tanto en el retracto convencional como en el legal la transmisión de la finca a favor del titular del retracto se opera en virtud de un derecho previo del retrayente que éste ha adquirido a consecuencia de una estipulación contractual o por ministerio de la ley. La transmisión a favor del retrayente, y esto aunque el retraído acceda al retracto, no tiene lugar, en realidad, en virtud de un negocio jurídico entre ambos, ya que el ejercicio legítimo del retracto basta, por sí mismo, para producir dicha transmisión. Como dice acertadamente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (170), el retracto convencional no crea en el comprador una obligación de retransmitir, sino que concede al vendedor un derecho para resolver la venta sin necesidad de que lo consienta el comprador. Lo mismo cabe decir del retracto legal. Así pues, la sentencia que dé lugar al retracto no será una *sentencia constitutiva* (es decir, operante de la transmisión de la propiedad), sino declarativa (de la existencia y legítimo ejercicio de un derecho) y de condena por lo que afecta a la entrega de la finca objeto del retracto, y, si se quiere, también en cuanto al otorgamiento de la pertinente escritura en favor del retrayente.

Planteadas así las cosas, el consentimiento de la mujer, si el retraído accede al retracto, resulta, a primera vista por lo menos, innecesario, ya que lo que hay, como hemos dicho, es simple ejercicio de su derecho por el retrayente pero no un negocio de disposición entre retrayente y retraído. Y aunque se sostuviera la existencia de ese negocio se trataría de un acto debido por el sujeto pasivo del retracto, que tampoco precisaría (ver lo dicho más atrás) la licencia uxoria. Porque una cosa es que la disposición sea un acto debido a consecuencia de una obligación de realizarla, voluntariamente asumida (como ocurre en la promesa de venta si aceptamos la construcción clásica del instituto), y otra muy diferente que tal obligación venga impuesta por la ley. En el primer

(169) Sobre este punto cfr. FIGA FERRA: *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 880 y sigs.

(170) *Ob. cit.*, pág. 1389.

caso el consentimiento de la mujer es exigible para contraer la obligación, y por eso, de no haberse obtenido oportunamente, lo requiere la disposición misma para ser plenamente eficaz, pues de lo contrario el nuevo artículo 1.413 sería letra muerta. En el segundo supuesto, en cambio, es decir, cuando la obligación de transmitir no tenga origen voluntario, el consentimiento *uxoris* resulta un requisito superfluo por inútil.

Con todo, y para calar a fondo en la entraña del problema, conviene examinar con atención cuál es la función del retraído cuando accede al retracto. A nuestro juicio, la aquiescencia del retraído al ejercicio del retracto no significa la realización de un negocio de disposición al que está obligado *sino el reconocimiento por su parte de que se han dado los requisitos necesarios para el nacimiento y legítimo ejercicio de aquel derecho*. De aquí se sigue que si dichos requisitos no se han cumplido el retraído podrá impugnar la transmisión, efecto del retracto, salvo que el reconocimiento haya tenido carácter transaccional, pues en tal caso las posibilidades de impugnación están notablemente cercenadas.

Planteada la cuestión en estos términos ya no es tan diáfano que el marido pueda acceder al ejercicio del retracto (sobre todo si se trata de un retracto legal) sin el consentimiento de su mujer. Si el reconocimiento de la pretensión del retrayente entraña una verdadera transacción el consentimiento de la mujer es necesario ya que, como veremos más adelante, el marido lo necesita para transigir sobre inmuebles gananciales. En otro caso, es decir, si el reconocimiento no ha tenido carácter transaccional, la cuestión es opinable. Para nosotros el reconocimiento de derechos, aunque en principio sea solamente una declaración de ciencia, debe ser tratada, en algunos aspectos, como declaración de voluntad. Debe exigirse la capacidad y el poder dispositivo necesarios para la disposición que tendría lugar realmente en el caso de no existir el derecho reconocido. De lo contrario, como después comprobaremos con más detenimiento, sería facilísimo vulnerar las normas que restringen la capacidad o limitan el poder dispositivo.

Sin embargo, y pese a estas consideraciones, nosotros creemos que no es ineludible el consentimiento *uxoris* para las transmisiones que tienen lugar cuando se ejercita el derecho de retracto convencional o legal. Hay que partir de esta base. Aunque el reconocimiento del marido pueda ser impugnado por la mujer es evidente que esta impugnación no prosperará si se demuestra que efectivamente concurrieron las circunstancias necesarias para la legítima actuación del retracto. Por lo tanto, siempre que estas circunstancias puedan demostrarse *a priori*, es decir, al tiempo de acceder a la pretensión del retrayente, no parece razonable exigir, a pesar de todo, la intervención de la mujer, pues el derecho de impugnación de ésta, ante una transmisión provocada por el ejercicio de un retracto, sólo existe *si efectivamente no se han dado aquellas circunstancias*. Casi siempre será posible acreditar al No-

tario y al Registrador que realmente se han cumplido los requisitos necesarios para que prospere el retracto. Ambos funcionarios pueden *prima facie* dar por ciertos y demostrados aquellos requisitos siempre que se les aporte una justificación suficiente que, generalmente, no será difícil proporcionar. Tanto el Notario como el Registrador, sobre todo al calificar la capacidad y la legitimación de los otorgantes, tienen que emitir juicios sobre hechos que no les constan por evidencia inmediata y sensible. Estos juicios se estiman suficientes para fundar una presunción de legalidad. No vemos razones para que no haya de suceder lo mismo con relación al tema que nos ocupa. Por otra parte, el Juez, si se acudiera a su mediación por no acceder la mujer al otorgamiento de la escritura, no podrá hacer más que constatar si aparentemente se dan los requisitos que hacen viable el retracto, pues una resolución firme sobre si el derecho del retrayente está o no fundado sólo puede recaer en el juicio correspondiente y no en el procedimiento especial regulado por el artículo 1.413 en el que ni siquiera es parte el presunto titular del retracto. El Juez no hará pues otra cosa que lo que igualmente puedan hacer el Notario y el Registrador. Si se le acredita que se dan los presupuestos del retracto tendrá, necesariamente, que conceder la autorización.

Comprobado que se dan las circunstancias que fundan el derecho del retrayente (lo que a nuestro juicio entra en las facultades de Notarios y Registradores) debe admitirse el reconocimiento del marido aunque no intervenga la mujer ni consienta la transmisión. Siempre podrá la esposa impugnar dicha transmisión demostrando que la justificación ofrecida no recogió la realidad de los hechos y que verdaderamente se consumó una transmisión voluntaria enmascarada bajo el ejercicio de un derecho de retracto. Pero la existencia de este riesgo, no demasiado grave ya que, generalmente, no ofrecerá grandes dificultades la demostración de que el retracto tenía plena viabilidad, no parece motivo suficiente para exigir que el retrayente, siempre que la mujer del retraído no quiera dar su consentimiento, entable el juicio correspondiente no obstante estar dispuesto el marido a acceder al retracto.

El retracto convencional, desde el punto de vista del consentimiento *uxoris*, puede plantear el problema de si ese consentimiento es necesario para el pacto que hace nacer el retracto. Este problema no tiene sentido, claro es, referido al retracto legal, ya que este derecho nace por ministerio de la ley.

En nuestra opinión, la solución del problema indicado depende de que el retracto convencional se estipule (como es usual) en la propia compraventa, o posteriormente, mediante un pacto independiente (posibilidad ésta a la que se refiere la S. de 6 de marzo de 1947). En el primer caso creemos que el retracto puede ser convenido por el comprador sin necesidad de que su mujer lo consienta. La estipulación del retracto es una condición de la compraventa, y si el marido puede comprar por cuenta de la sociedad

de gananciales y sin necesidad de que intervenga la mujer, parece lógico que pueda concertar las condiciones de la adquisición. El acto del marido es, en este caso, una consecuencia inmediatamente derivada del ejercicio de una facultad que legítimamente le compete y de la que puede hacer uso por sí sólo. Por otra parte, el concepto del acto de disposición (en el sentido de acto de riguroso dominio) ha de matizarse no sólo en función de sus efectos jurídicos sino, además y como ya dijimos, considerando su significado económico con relación al patrimonio. En este sentido lo esencial para el patrimonio común, cuando el marido compra con pacto de retro, es el aspecto adquisitivo de la operación, y al efectuarse mediante ella una inversión que el marido puede realizar. Por el contrario, cuando el derecho de retracto se establece en un pacto posterior a la compraventa, el pacto tiene distinto significado. La finca ha entrado a formar parte definitivamente del patrimonio ganancial y la posibilidad de que salga de él se deriva de un negocio nuevo, que el marido concierta libremente y no como presupuesto de la adquisición. Es obligado, en este caso, el consentimiento de la mujer para que el retracto voluntario pueda estipularse con plena eficacia.

Otras ventas forzosas. --Nos referimos en este epígrafe a aquellos supuestos en que la transmisión de una finca ganancial tiene lugar al margen de la voluntad del marido, de tal manera que la intervención de éste (si llega a producirse) en el momento transmisor no tiene otro significado que el de acatar y reconocer la existencia de una potestad superior cuyo ejercicio es la causa determinante de la transmisión. Son los casos, por ejemplo, de expropiación forzosa, de ejercicio de un derecho legal de adquisición (que no pueda configurarse como retracto legal) o de transmisión decretada por el órgano jurisdiccional en un proceso de ejecución (cfr. arts. 1.514 y 922 de la Ley de Enjuiciamiento civil) que constituyen, como dice CARNELUTTI (171), una verdadera expropiación orientada a satisfacer el interés de quien ha obtenido el proveimiento jurisdiccional favorable.

En todos estos casos, a nuestro juicio, la intervención de la mujer es innecesaria e improcedente. En estas transmisiones o no hay verdadero acto de disposición, por cuanto que no hay una actividad volitiva dirigida libremente a la autorregulación de los propios intereses, o de haberlo, se trata de un acto que el titular de los bienes está obligado a realizar, de tal manera que si se niega a cumplirlo (si se niega, podemos decir, a colaborar facilitando las cosas) la transmisión se realiza por actuación directa de la potestad que ostenta el órgano público o la persona particular investida de aquella por la ley. El consentimiento *uxoris* es, por tanto, superfluo, ya que la mujer vendrá obligada a prestarlo, y, en cambio, su exigencia puede resultar entorpecedora y perjudicial.

(171) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 195.

Sin ánimo de agotar la materia nos detendremos en el estudio de alguno de los más importantes supuestos. Nos referimos, en primer lugar, por su gran trascendencia práctica, a la hipótesis de enajenación judicial de una finca ganancial embargada a la seguridad de obligaciones contraídas por el marido y que sean, legalmente, de cuenta de la sociedad de gananciales. Se refiere concretamente a dicha hipótesis el artículo 144 reformado del vigente Reglamento Hipotecario, que exige para que puedan anotarse los mandamientos de embargo sobre inmuebles presuntivamente gananciales (172), que la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges, estableciendo, además, que llegará el momento de la enajenación de aquellos bienes, «se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil».

Tratando LA RICA (173) de justificar la solución adoptada por el artículo 144 del Reglamento dice que si el deudor enajena una finca ganancial, sea por propia voluntad, sea obligado por un apremio judicial o administrativo, resulta incuestionable que dispone de los bienes y que en tal acto de enajenación no debe permanecer ajena la mujer, sino que debe expresar también su consentimiento, bien directamente, bien mediante la representación del Juez o del Agente ejecutivo. Si así no fuera, si se estimara que en esta clase de enajenaciones no regía el artículo 1.413 del Código civil, las previsiones de éste y su finalidad protectora de la mujer serían fácilmente burladas, pues bastaría para ello con la simulación de deudas y la práctica de los llamados juicios o expedientes «convenidos» (174).

No estamos conformes con el criterio del Reglamento ni con la justificación ofrecida por LA RICA. La afirmación de este autor de que no hay por qué distinguir entre enajenaciones voluntarias y forzosas a los efectos de exigir para ellas el consentimiento *uxoris* nos parece inaceptable. En la llamadas enajenaciones forzosas—según antes expusimos—no hay verdaderamente acto (jurídico) de disposición, y aunque se estime lo contrario el consentimiento *uxoris*, para esta clase de enajenaciones, constituye un requisito superfluo. Ciertamente existe la posibilidad de que el marido haya simulado deudas para conseguir la enajenación de bienes gananciales sin intervención de la mujer, pero si tal sucede lo proceden-

(172) Por haber sido adquiridos durante el matrimonio a título oneroso y estar inscritos a nombre de ambos cónyuges o a nombre del marido o de la mujer sin haberse probado la procedencia privativa del dinero empleado en la adquisición.

(173) *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, págs. 121 y sigs.

(174) LA RICA sólo exceptúa las enajenaciones forzosas efectuadas en virtud de ejecuciones hipotecarias consecuencia del procedimiento judicial sumario, en razón a que la hipoteca grava directamente los bienes, ya que el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley hipotecaria se proyecta sobre aquéllos de modo inmediato sin necesidad de ejercicio de acciones contra el deudor.

te es que la mujer impugne la transmisión mediante el ejercicio de las acciones pertinentes. Lo que no se puede hacer, y menos aún en el Reglamento hipotecario, *es precumir de hecho* la existencia de simulación en todo caso de enajenación forzosa provocada por el impago de deudas. Por otra parte, la protección de la mujer frente al riesgo denunciado sólo se obtiene, a través del procedimiento articulado por el Reglamento, de una manera muy indirecta y limitada, toda vez que aunque la demanda se dirija también contra ella, sus posibilidades quedan siempre supeditadas a la demostración de que se trata de una obligación simulada, prueba que casi nunca será fácil. Para haber dotado a la mujer de una protección verdaderamente eficaz hubiera sido necesario exigir también su consentimiento para la plena validez de las obligaciones contraídas por el marido (en cuanto éstas hubieran de afectar a los gananciales), pero a esto no ha querido llegar el legislador como evidencia el artículo 1.408-1, y e propio 1.413. La única finalidad, pues que puede atribuirse al artículo 144 del Reglamento es la de *facilitar a la mujer el conocimiento o noticia del procedimiento*, para así evitar que la presunta combinación fraudulenta pueda consumarse totalmente a sus espaldas.

Aun dando por supuesto que un simple Reglamento Hipotecario tenga competencia para meterse en estas honduras parece claro que el sistema empleado para cumplir aquel fin es exorbitante y excesivo y puede, paradójicamente, si no se procede a una rápida rectificación, resultar lesiva para los propios intereses de la mujer. Si de lo que se trataba (y no parece que pueda tratarse de otra cosa) era de poner en conocimiento de la mujer la existencia del procedimiento bastaba con exigir la previa notificación (a la esposa) del mandamiento de embargo para que pudiera practicarse la anotación primero, y procederse a la enajenación después. LA RICA dice que si se prescinde de dirigir la demanda contra ambos cónyuges (175) esto supondría que hasta el momento del acto dispositivo—venta o adjudicación—, la mujer no tendría que aparecer en escena, y entonces las dificultades para obtener su consentimiento o representación serían enormes, casi insalvables. ¿Se obligaría al Juez o al Agente ejecutivo a hacer un requerimiento o, por lo menos, una notificación a la mujer del deudor? Esto sería muy complicado y requeriría la modificación de las leyes procesales y de los procedimientos ejecutivos para el cobro de las contribuciones. Uno se pregunta, qué grandes catástrofes pueden derivarse de que no se obtenga el consentimiento de la mujer en el otorgamiento de la escritura de venta forzosa. Volvemos a insistir. La intervención de la mujer en estas enajenaciones, mientras no se demuestre judicialmente la simulación de la obligación que

(175) Y no puede por menos de reconocer que el embargo es una actuación del acreedor que procura la efectividad de su crédito y que no tiene por qué dirigirse contra la escosa del deudor, a la cual puede desconocer.

ha dado lugar a la ejecución, es perfectamente inútil. Aunque la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges el Juez otorgará la escritura en rebeldía de la mujer si ésta no concurre a dar el inútil y superfluo consentimiento. Si lo que se pretende es que el Juez otorgue la escritura en nombre de ambos cónyuges (o sólo en el de la mujer si el marido concurre voluntariamente), comprendemos que LA RICA encuentre dificultades enormes para llegar a ese resultado si la demanda no se ha dirigido contra los dos esposos. Pero decimos nosotros, ¿qué falta hace que la escritura pública se otorgue por el Juez en nombre de los dos cónyuges? Solo preconcepciones teóricas sobre la naturaleza del consentimiento *uxoris* (176) y quizá el fetichismo de la «titularidad o facultad de disposición registral» pueden justificar dicha exigencia que podría admitirse para satisfacción de los autores del Reglamento, sino fuera por las graves perturbaciones prácticas a que puede dar lugar su necesario presupuesto: la interposición de la demanda contra ambos cónyuges. La única razón que puede justificar el artículo 144 es el deseo de evitar que se consume una enajenación realmente voluntaria enmascarada por un procedimiento y una obligación simulados, sin que la mujer tenga conocimiento de uno y otra. Pero, repetimos, para conjurar este peligro bastaba la notificación a la mujer, previa a la anotación del mandamiento de embargo. Resultan, en verdad, un poco pintorescos los escrúpulos de LA RICA cuando se plantea la posibilidad de esta notificación, que él refiere a la fase final del procedimiento. ¿Es que no se violentan las leyes procesales y las sustantivas exigiendo que se dirija la demanda contra quien no es deudor? ¿Es ortodoxo, por ventura, que haya de dirigirse una demanda ejecutiva para pago de una cambial contra quien no ha firmado la letra ni como aceptante ni como avalista, librador o endosante? (177).

Resulta, además, que el artículo 144 del Reglamento está produciendo una grave perturbación práctica. Algunos Jueces se han negado a despachar ejecuciones fundadas en demandas dirigidas contra ambos cónyuges en virtud de obligaciones, formalizadas en título que lleva aparejada ejecución, asumidas únicamente por el marido. Y no les falta razón para ello. Prescindiendo de consideraciones formales parece bastante claro que si el Juez admite la demanda y despacha la ejecución contra los dos esposos el acreedor podrá trabar embargo, no sólo sobre los bienes del marido y las gananciales sino también sobre los bienes privativos de la mujer. Tendrá ésta que imponer una tercería (tercería un poco anó-

(176) Equivocados además, a nuestro juicio, si se piensa que el consentimiento *uxoris* significa la atribución conjunta de ambos cónyuges del poder de disposición.

(177) Se obliga al acreedor cambiario a realizar una pesquisa previa sobre el estado civil del aceptante (o del endosante o librador) y sobre el nombre, apellidos y domicilio de la esposa.

mala, formalmente, al menos, ya que si se ha admitido la demanda y se ha despachado ejecución es porque se la ha reconocido como deudora) si quiere librar sus bienes en caso de que hayan sido trabados por el embargo, con todas las molestias, gastos y dilaciones que un juicio de tercera lleva consigo (178). Como el escrúpulo de los Jueces es justificado y como, por otra parte, no se puede colocar a acreedor del marido en la disyuntiva de no ejecutar o de prescindir de los inmuebles gananciales a efectos de su embargo, hay que buscar una solución al problema planteado por el nuevo primer párrafo del artículo 144 del Reglamento. La solución no puede ser, a nuestro juicio, la de dirigir la demanda contra los dos cónyuges sin más, despachando la ejecución solamente contra el marido. Quizá esta fórmula de ortodoxia procesal discutible permitiera la anotación preventiva del embargo puesto que, extrínsecamente al menos, se ha cumplido lo ordenado por el Reglamento, que sólo exige que la demanda *se dirija* contra los dos esposos, pero no se preceptúa que la ejecución se despache también contra ambos. Sin embargo, esta solución simplista deja en el aire el segundo problema (el de la enajenación de los bienes embargados una vez dictada sentencia de remate y subastados los bienes), ya que no parece posible que el Juez otorgue la escritura en rebeldía de la mujer si la demanda ha sido rechazada por lo que a ella se refiere. Por eso consideramos preferible que la demanda se dirija contra el marido y contra la *mujer a los solos efectos de que se puedan embargar bienes inmuebles gananciales, y de que en su día puedan dichos bienes ser enajenados por el Juez en rebeldía de la mujer, si ésta no concurre a dar su consentimiento*. Aunque no se nos oculta lo anómalo de una demanda (especialmente si se trata de un juicio ejecutivo) concebida en tales términos, creemos que la fórmula propuesta es la única que puede hacer compatible la exigencia del nuevo Reglamento con la posición jurídica de la mujer dentro de la sociedad de gananciales.

Porque también es evidente que la mujer, háyase o no admitido la demanda contra ella, lo que será menos violento tratándose de un declarativo, no tiene personalidad para oponerse al cumplimiento

(178) El problema puede también plantearse en caso de demandas dirigidas contra el marido y los herederos de la mujer, o contra la mujer y los herederos del marido, si se trata de reclamaciones formuladas después de muerto alguno de los cónyuges. El último párrafo del artículo 144, que ya existía en la anterior redacción del precepto, exige que la demanda se dirija contra el cónyuge premuerto y los herederos del superstite si aun no se ha practicado la liquidación de la sociedad de gananciales, o contra el adjudicatario de los bienes (y es de suponer que contra el deudor o sus herederos si, por ejemplo, la obligación fué contraída por el marido y el adjudicatario es la mujer o uno de sus herederos). En estos supuestos tiene mayor justificación el criterio reglamentario, pues la representación de la sociedad de gananciales ya no corresponde al marido cuando la misma entra en disolución. Con todo no deja de presentar inconvenientes.

de la obligación exigida, ni para ostentar en el proceso la representación de la sociedad de gananciales. La mujer, a nuestro juicio, sólo está legitimada para impugnar la obligación cuando haya sido contraída en fraude de sus derechos (ver lo dicho más atrás, en materia de enajenaciones en fraude de la mujer), y sobre todo, cuando se trate de obligación simulada con el fin de encubrir una verdadera enajenación. La impugnación sólo será posible en el juicio declarativo correspondiente. Por tanto, si lo que se ha planteado por el acreedor es un ejecutivo la mujer no podrá hacer valer su derecho dentro de este procedimiento, salvo que se interprete en forma excesivamente lata el primer motivo de nulidad del juicio ejecutivo señalado por el artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

De lo dicho se desprende, pues, una conclusión clara. El artículo 144 del Reglamento Hipotecario ha llevado la protección a la mujer demasiado lejos, más allá de lo que en realidad permiten las propias normas sustantivas. Por ello, puede ocurrir que este exceso de celo se vuelva, en ocasiones, contra los mismos intereses que se han querido defender. No será extraño que los acreedores, al menos ciertos acreedores, exijan en lo sucesivo, para evitarse complicaciones, que los dos cónyuges asuman la obligación conjuntamente, previsiblemente en forma solidaria, lo cual dejará definitivamente comprometidos los bienes privativos de la mujer, esos bienes que el legislador civil ha querido dejar al margen de las consecuencias de una gestión desafortunada del marido.

En los demás casos de transmisiones forzosas estimamos suficiente, según antes dijimos, la intervención del marido. En la mayor parte de los supuestos, la propia índole de los mismos excluye, o hace sumamente remota, la posibilidad de simulación, que de consumarse podría, desde luego, ser atacada por la mujer.

Con todo pueden suscitarse algunas dudas. En tema de expropiación forzosa es de tener en cuenta que la Regla 2.^a del artículo 32 del Reglamento Hipotecario exige que el expediente se entienda con el *titular registral* o quien justifique ser su causahabiente. Como, según el artículo 95 del propio Reglamento, los bienes adquiridos por uno de los cónyuges (normalmente el marido) a título oneroso durante el matrimonio y sin expresión de la procedencia del dinero deben inscribirse a nombre de los dos esposos, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, parece que habrá que reputar a la mujer titular registral de dichos bienes, idea que confirma el artículo 144 que hemos comentado ampliamente. No obstante, creemos suficiente que el expediente de expropiación se siga solamente contra el marido, soslayando la inútil intervención de la mujer, quien ni está legitimada para oponerse ni puede concurrir conjuntamente con el marido a percibir la indemnización, ya que, según dijimos, el artículo 1.413 del Código civil exige únicamente que la mujer consienta

ciertos actos de disposición, pero no le atribuye en ellos ninguna otra intervención (179). De un lado, el artículo 95 del Reglamento dice que los bienes a que nos hemos referido se inscriben *para la sociedad conyugal*, de otro, el propio artículo 32 admite que el expediente se entienda con quien ostente la representación del titular registral (quien debe concurrir «por sí o debidamente representado», según dice literalmente el precepto), por lo que estimamos debe ser bastante la intervención del marido, administrador y gestor de la sociedad conyugal.

¿Será necesario el consentimiento de la mujer para que el marido pueda llegar a un acuerdo amistoso con la entidad expropiante, conviniendo con ésta la transmisión de los bienes expropiados, según prevé el artículo 24 de la Ley de Expropiación forzosa? A primera vista parece que debe prevalecer la solución afirmativa puesto que se trata de un convenio que voluntariamente conciertan expropiante y expropiado. Sin embargo, nosotros nos inclinamos por la solución opuesta. En definitiva, el llamado acuerdo amistoso no excluye el hecho de que el expropiado no transmite libremente. Lo hace porque sabe que, de no llegar al acuerdo, perderá el bien de todos modos al seguir adelante el expediente. No se olvide que tienen que haberse producido—para que se dé el supuesto que estamos contemplando—dos premisas previas: la declaración de utilidad pública o interés social y la declaración de la necesidad de la ocupación de los bienes. La finalidad del convenio no es otra que la de trincar el expediente y la de obtener, generalmente, un mejor precio que el que hubiera fijado en su día la Junta de Estimación. Si se piensa que el consentimiento de la mujer es necesario para el acuerdo amistoso habrá que sostener que es igualmente preciso para que el marido formule la hoja de valoración a que se refiere el artículo 29 de la Ley, puesto que, según el artículo 30 de la misma, la administración puede aceptar la valoración, con la cual se da por concluso el expediente y se llega prácticamente a una solución igual o equivalente al acuerdo amistoso. Nos parece que exigir para esto el consentimiento de la mujer es desorbitar el alcance del nuevo artículo 1.413 del Código civil. Pretende evitar este precepto que determinados bienes gananciales puedan salir del patrimonio común sin el consentimiento de la mujer. Pero en el supuesto de expropiación forzosa los bienes expropiados saldrán del patrimonio, lo quiera o no la mujer. Al formular la hoja de valoración el marido lo único que hace es concretar sus pretensiones en orden a la indemnización a que tiene derecho, y en el convenio amistoso fija el importe de esa indemnización de acuerdo con el expropiante. Entender que también necesita para esto el consentimiento de la mujer sería, a nuestro juicio,

(179) La cuestión varía, por supuesto, si los bienes están inscritos a nombre del de la mujer habiendo confesado el marido que el precio de la adquisición era de la pertenencia exclusiva de su esposa.

aplicar extensivamente una limitación (el consentimiento *uxoris*) que como tal limitación debe ser restrictivamente interpretada (180).

Por razones análogas a las invocadas hasta ahora consideramos que el marido puede enajenar, sin consentimiento de su mujer, solares en situación de venta forzosa (en el supuesto a que se refiere el artículo 148 de la Ley de Suelo, y siempre, al menos, que se venda por un precio igual o superior al justo precio que conste en el Registro municipal de solares), fincas rústicas enclavadas en las circunstancias prevenidas por la Ley de 11 de mayo de 1959, si el propietario ha sido requerido fehacientemente o citado de conciliación de acuerdo con el artículo 5.º de dicha Ley, así como acceder al retracto de fincas forestales ejercitado por el Patrimonio Forestal del Estado, al ejercicio del derecho de adquisición regulado por el artículo 3.º de la Ley de 15 de julio de 1954, o al derecho de acceso a la propiedad reconocido al colono por los artículos 3.º y 4.º de la Ley de igual fecha sobre arrendamientos rústicos, etc.

b) *Aportación a sociedad:*

No existe unanimidad sobre la naturaleza jurídica de la aportación a sociedad. Frente al parecer de la doctrina dominante, ROCA SASTRE, entre nosotros (181), sostuvo que la aportación social no es verdadero acto de enajenación sino de intercomunicación de bienes. ALFOSO MARTÍN ALMEIDA (182) ha refutado esta doctrina defendiendo el punto de vista tradicional. Como ya dijimos en otra ocasión (183), cualquiera que sea la construcción teórica que se utilice para explicar la naturaleza de los actos de comunicación de bienes, lo cierto es que la aportación a sociedad como acto orientado a crear un patrimonio en el cual han de participar personas completamente extrañas al dueño de los bienes aportados y que ha de permanecer separado y diferenciado del patrimonio del aportante, tiene una significación que lo aproxima jurídica y económicamente a una verdadera enajenación.

Examinada la aportación a sociedad desde el punto de vista de la *ratio iuris* de la norma que exige al marido licencia de su mujer para actos de disposición sobre inmuebles, no ofrece duda, a

(180) De prevalecer la opinión contraria el marido se vería obligado a acudir al Juez si no lograba llegar a un acuerdo con su mujer en punto a la valoración. No será fácil obtener esta autorización dentro del plazo de veinte días que señala el artículo 30 de la Ley. Parece que la autorización judicial tendría que ser concedida siempre que el precio propuesto por el marido fuere igual o superior al resultante de aplicar los procedimientos valorativos señalados en los artículos 37, 38 y 39 de dicha Ley.

(181) *Naturaleza jurídica de la aportación social*. Conferencias de Valencia, 1945, págs. 299 y sigs.

(182) *Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, págs. 222 y sigs.

(183) *La sucesión en el patrimonio de las sociedades mercantiles disueltas*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», separata, página 20, nota 32.

nuestro entender, que entre estos actos debe contarse la aportación social. En méritos de la misma el marido transforma el derecho de propiedad sobre la finca en un derecho de participación en una sociedad del que podrá disponer sin contar con su esposa, disposición que vendrá facilitada si la sociedad es capitalista, y más todavía si es anónima, al incorporarse el derecho de socio a un título valor, la acción. Aunque se estime (lo que incluso conceptualmente es enormemente discutible) que el marido, al aportar, no se desprende del todo de la finca que aporta, lo evidente es que la misma, al quedar incorporada a la sociedad, cae bajo un régimen jurídico en cuanto a su administración y disposición que escapa a todo posible control de la mujer. Es indudable, por último, que a través de la aportación, los intereses de la sociedad de gananciales y, por tanto, los de la mujer, pueden resultar perjudicados no solo cuando la aportación en sí constituya un mal negocio (por no haber equivalencia entre lo que aporta el marido y lo que aportan los demás socios en relación con las participaciones sociales que respectivamente se les reconoce), sino también aunque así no sea, si luego resulta que la marcha de la sociedad no es próspera y el patrimonio social se pierde (y con él la finca aportada) en todo o en parte.

¿Cuáles serán las consecuencias de una aportación realizada por el marido sin consentimiento de la mujer? Está fuera de duda que, impugnada la aportación por la mujer, la finca volverá al patrimonio ganancial y, por tanto, la sociedad se quedará sin ella. Pero, y éste es el problema a que queremos referirnos, ¿qué suerte correrá el total contrato de sociedad una vez que haya prosperado la impugnación? La doctrina (184) al examinar la naturaleza del contrato de sociedad, y al considerarlo negocio plurilateral, señala como consecuencia derivada de esta particularidad, la de que la nulidad o anulabilidad que afecta sólo al vínculo de una de las partes no comporta la nulidad total del contrato, salvo que la prestación de esa parte deba considerarse esencial, dadas las circunstancias del caso (en este sentido se pronuncian los arts. 1.420 y 1.446 del Código civil italiano). En nuestra doctrina y en nuestra legislación, se echa en falta un estudio general del contrato de sociedad y de las particularidades que su especial naturaleza determina en orden a lo que podríamos llamar anomalías en su génesis o en su funcionamiento.

En nuestra opinión, sin embargo, hay base suficiente para sostener que la nulidad o anulabilidad de una aportación no lleva consigo la nulidad o anulabilidad total de la sociedad. Es indicio claro de que también para nuestro derecho el contrato de sociedad es negocio jurídico peculiar y distinto de los contratos bilaterales que el artículo 218 del C. de c. considere sólo como causa de

(184) Cfr. BRUNETTI: *Trattato del diritto società, parte general*, páginas 100 y sigs.

rescisión parcial del contrato que algún socio «deje de poner en la caja común el capital que cada uno estipuló en el contrato de sociedad, después de haber sido requerido para verificarlo». Si se aplicara a este supuesto la doctrina del artículo 1.124 del Código civil, la consecuencia del incumplimiento sería la resolución total del contrato de sociedad. Paralelamente la ley de anónimas (artículos 31 y 44) y la de limitadas (art. 8.º) evidencian que las consecuencias del incumplimiento o mal cumplimiento por parte de algún socio de la prestación a que se obligó no afectan a la subsistencia del vínculo social por lo que se refiere a los demás socios. Pueden estos preceptos fundamentar la vigencia en nuestro ordenamiento de los principios que gobiernan el funcionamiento del contrato de sociedad como contrato plurilateral.

La sociedad, por tanto, no se anula aunque la aportación de uno de los socios sea impugnada (en nuestro caso por la mujer del aportante) con éxito. Todavía, para agotar la cuestión, hay que preguntarse si el marido puede sustituir con dinero la aportación frustrada, o si la sociedad puede imponérselo. Tratándose de colectivas o comanditarias la aplicación analógica del número cuatro del artículo 218 del Código de comercio, parece debe llevarnos a la rescisión parcial. Pero si la sociedad es anónima o de responsabilidad limitada la cosa es menos clara. Para las limitadas la aplicación del número cuatro del artículo 218 del Código de comercio está excluida por el artículo 31 de la Ley sobre esta clase de sociedades, y el artículo 44 de la Ley de anónimas, para el supuesto de incumplimiento por el aportante de sus obligaciones, sólo permite la rescisión parcial cuando la venta de las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso no puede efectuarse. Con todo estimamos que también en estas sociedades la solución debe ser la misma. La supresión del art. 218-4 por lo que se refiere a las limitadas tiene, posiblemente, como fundamento el que la Ley mantenga, como mantiene, el criterio de que para constituir esta clase de sociedades es preciso la íntegra aportación del capital social, por lo que considera que la hipótesis de aquel precepto no puede en realidad darse. El artículo 44 de la Ley de anónimas, en el supuesto de que fuera aplicable a aportaciones no dinerarias, conduciría, en nuestro caso, a la rescisión parcial, ya que normalmente no se encontrarían compradores para unas acciones cuyo contravalor se ha perdido al perder la sociedad la finca aportada, y únicamente cabría que ocurriera otra cosa si las acciones se habían liberado, en parte con dinero y en parte con la finca. Además, tanto la ley de anónimas como la de limitadas sujetan la aportación no dineraria, en cuanto a riesgos y responsabilidad por evicción o por vicios ocultos, a las normas de la compraventa (artículos 31 y 8, respectivamente, de ambas leyes). En el supuesto de vicios ocultos, pues, la sociedad podrá rescindir la aportación con anulación de las acciones y reducción del capital social. Parece lógico, por tanto, seguir también las mismas normas de la

compraventa en el supuesto de que la pérdida de la finca venga determinada no ya por las circunstancias que dan lugar a la evicción (185), sino por defecto en la capacidad o en la legitimación del aportante. Tales normas llevan, aplicadas analógicamente al contrato de sociedad y salvado el principio de que no es dicho contrato en su totalidad el afectado por aquellos posibles efectos sino sólo la aportación, a una solución equivalente a la rescisión parcial (186).

La sociedad subsiste, pues, y a ella tocará decidir si la aportación fracasada debe producir o no la disolución. Incluso puede ocurrir que la frustración de la aportación *in natura* determine la imposibilidad manifiesta de cumplir el fin social, que es causa especial de disolución establecida en los artículos 150 y 30 de las Leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

c) Otros actos de enajenación:

Lo son la dación en pago y la constitución de un censo enfiteúutico o reservativo. En estos dos últimos casos el constituyente transmite bien el dominio útil de la finca, bien el dominio pleno, reservándose el derecho de percibir el canon o pensión, y el llamado dominio directo, si se trata de censo enfiteúutico. En los dos supuestos el marido necesita para transmitir, bien el dominio pleno, bien el dominio útil, consentimiento de su mujer. Tanto en un caso como en otro hay un clarísimo acto de disposición, que puede resultar lesivo para los intereses de la mujer y que, por tanto, no puede realizar el marido sin estar debidamente autorizado por aquélla. No nos parece necesario, en cambio, que el marido precise dicha autorización, para adquirir, en el acto de constitución del censo, la finca objeto del contrato, aunque en ese acto, y como elemento esencial del mismo, quede constituida a favor del censualista la carga de la pensión. Nos remitimos sobre este punto a lo que ya hemos dicho al tratar de la estipulación del retracto convencional, y a lo que más adelante diremos,

(185) Según señalamos oportunamente, la responsabilidad por evicción no constituye un supuesto de resolución por incumplimiento ni produce las mismas consecuencias que las determinadas por la rescisión, resolución o anulabilidad de un contrato.

(186) Parece que si la aportación impugnada por la mujer se declara nula lo único que puede pretender la sociedad (de acuerdo con el art. 1.303 del C. c.) es la devolución de las acciones. La responsabilidad por evicción, de hacerse efectiva sobre los gananciales, podría causar un perjuicio a la mujer que debe quedar inmune de las consecuencias determinadas por un acto realizado sin su necesario consentimiento. No hay enriquecimiento injusto aquí, pues la contrapartida de la recuperación de la finca es la devolución y consiguiente anulación de las acciones. Puesto que la sociedad no puede dirigirse contra el patrimonio ganancial para exigir el contravalor de las acciones emitidas con cargo a la finca, no resulta equitativo que el marido pueda, en cambio, imponer a la sociedad la sustitución de la finca por el valor de las acciones en dinero, solución a la que, por supuesto, se puede llegar de común acuerdo.

desarrollando las ideas expuestas, al ocuparnos de las cargas o gravámenes impuestos por el marido como condición de las adquisiciones que realice.

b) Actos de constitución de gravámenes.

En términos generales, los negocios jurídicos por los cuales se grava una finca con un derecho real limitado (o limitativo del dominio, o con una carga o gravamen real) son indudablemente actos de disposición, que disminuyen el valor de los bienes sobre que se imponen, y que, además pueden afectar a la libre disponibilidad de los mismos, o implicar la pérdida de ellos. Así pues, por regla general, el marido, para imponer gravámenes sobre fincas gananciales, debe estar facultado por su mujer. El consentimiento *uxoris* es necesario para constituir usufructos, derechos de uso o habitación, servidumbres, hipotecas, anticresis, etc.

Sentada esta regla general, conviene que examinemos ciertos actos respecto de los cuales no es claro si el consentimiento *uxoris* es o no necesario. En algunos casos la duda arranca de la calificación misma del acto. En otros, el problema se plantea en función de la *ratio iuris* de la licencia uxoria. En el primer caso, tenemos el arrendamiento. En el segundo, los supuestos en que la carga se constituye como condición precisa de la adquisición de una finca, y algunas hipótesis de modificación de gravámenes ya constituidos.

a) Arrendamientos:

A primera vista parece que saber si el arrendamiento de una finca ganancial es o no un acto de disposición depende de que el derecho arrendaticio se considere personal o real. Si es real la celebración del arriendo será la constitución de un gravamen, y, por tanto un acto de disposición.

Para nosotros el problema debe resolverse no tanto en función del tema, aún polémico, de la naturaleza del derecho arrendaticio, sino en atención a las consecuencias jurídicas del contrato, según sus especiales circunstancias y, según la clase de arrendamiento de que se trate. Aunque el arrendamiento dé lugar al nacimiento de un derecho real a favor del arrendatario (o cuando lo dé), no basta ello para considerar que su otorgamiento es un acto que escapa a las facultades del marido como administrador de la sociedad de gananciales. Por otra parte, y aunque se estime que del arrendamiento sólo deriva un derecho de crédito, ello tampoco es suficiente para sostener que el marido puede, sin el consentimiento de su mujer, llevar a cabo toda clase de arrendamientos. No olvidemos que el artículo 1.413 del Código civil se refiere a actos de disposición, no a negocios de disposición en sentido estricto.

En principio, el arrendamiento es un acto típico de administración. Es un medio para obtener de ciertos bienes su rendimiento normal. Sin embargo, la Ley estima que ciertos arrendamientos rebasan el límite de la administración y constituyen actos de rigu-

roso dominio. Del artículo 1.548 del Código civil se desprende que el arrendamiento de bienes inmuebles que se pacte por una duración superior a seis años es acto de riguroso dominio. De un modo general se prohíbe a los administradores de bienes ajenos concertar estos arrendamientos salvo (es de suponer) que se cumplan los requisitos exigidos en cada caso para la enajenación o el gravamen de bienes inmuebles. El Código civil atiende, pues, a la hora de establecer si el arrendamiento es o no acto de administración, al dato de la *duración* del contrato. El criterio es admisible aunque ha sido criticado, a nuestro juicio, sin razón. Generalmente, se opina que debieran ser equiparados a la enajenación los arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad, es decir, los que se reúnan cualquiera de las circunstancias especificadas en el artículo 2.º número 3 de la Ley Hipotecaria, y no sólo los que se pacten por un plazo que exceda de seis años. A nuestro modo de ver, el Código civil procede acertadamente al poner el acento discriminatorio en la duración. Para saber cuándo el arrendamiento rebasa los límites de la administración, lo más importante es la duración del contrato. Son los arriendos a plazo largo los que pueden comprometer la rentabilidad de la finca y por ello es lógico que, desde el punto de vista de la trascendencia económica del contrato, la ley atienda, con buen sentido, a su duración. En cambio, siempre desde ese punto de vista, no tiene una importancia excesiva que el contrato deba o no ser soportado por el tercer adquirente del inmueble (el efecto de la inscripción es la derogación del absurdo sistema de la *Lex Emptorem*), si el plazo de vigencia del arriendo es breve.

Así pues, y siempre que se trate de arrendamientos sujetos a la legislación común, entendemos que el marido podrá concertarlos por sí solo. Únicamente si se trata de arrendamientos con plazo de duración superior a seis años estaremos ante verdaderos actos de disposición. Para celebrar estos arrendamientos, que el legislador considera excesivamente gravosos, el marido precisa el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. Estimados que la solución no depende de la inscripción en el Registro. Si el arrendamiento se contrata por más de seis años es acto de disposición aunque no se inscriba, y, por tanto, el marido necesitará el consentimiento de su mujer. Por el contrario, si el arrendamiento se ha pactado por plazo inferior a seis años, aunque se haya convenido su inscripción y ésta se practique, podrá ser celebrado por el marido sin necesidad de obtener el consentimiento *uxoris*.

¿Será aplicable por analogía lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.363 del Código, y en su virtud debe tenerse por nulo el pago anticipado de rentas de tres o más años hecho al marido? Consideramos que la cuestión es discutible, pero nosotros nos inclinamos por la validez del pago anticipado. El artículo 1.363, como todo precepto que establece una nulidad, no debe ser extensivamente interpretado. Las situaciones, además, difieren

notablemente. Mientras la propiedad de los bienes dotales inestimados pertenece exclusivamente a la mujer, el marido es copropietario de los bienes gananciales. El marido es usufructuario de la dote, aunque el matrimonio se rija por el sistema de separación de bienes, y el derecho del marido a los frutos expira fatalmente al concluir el usufructo. Es natural que la ley tome medidas para evitar que mediante un cobro anticipado de rentas el marido prolongue de hecho su usufructo más allá de los límites legales de su vigencia. En cambio, si los bienes arrendados son gananciales la muerte del marido o la disolución de la sociedad no lleva consigo necesariamente que la mujer adquiera derecho a los frutos que se devenguen a partir de ese momento. Por estas razones creemos que no es aplicable al arrendamiento de bienes gananciales lo que preceptúa el segundo párrafo del artículo 1.363 del Código civil, sin perjuicio de que la mujer pueda impugnar el pago anticipado de rentas si dicho pago se hizo en fraude de sus derechos.

Veamos ahora si las soluciones generales fundadas en lo que se puede llamar derecho común en materia de arrendamientos han de sufrir modificación si se trata de celebrar arrendamientos sujetos a la legislación especial del inquilinato o del colonato.

La Ley de Arrendamientos Urbanos no contiene normas especiales en cuanto a la capacidad o legitimación necesarias para contratar los arrendamientos que hayan de quedar sujetos a sus normas. La doctrina y la Jurisprudencia, a la vista de la LAU, entienden que debe aplicarse el Código civil, por lo cual piensan que el arrendamiento sujeto a la ley de arrendamientos urbanos es acto de administración siempre que no se pacte una duración superior a los seis años (187). Posiblemente influye el punto de vista, que mantiene la doctrina dominante, de que el arrendamiento no es derecho real ni siquiera cuando se trata de arrendamientos acogidos a la legislación especial.

A nuestro modo de ver, los arrendamientos sujetos a la LAU debieran ser considerados actos de disposición o de riguroso dominio. El arrendatario, en dichos arrendamientos, adquiere el derecho de prorrogar a su voluntad e indefinidamente el contrato, por lo que la situación arrendaticia desborda cualquier plazo que contractualmente se haya establecido. El derecho arrendatario se transmite, si se dan ciertas condiciones, a la muerte del locatario. Finalmente, el inquilino está investido por la Ley de un derecho a la preferente adquisición del piso o local arrendados en caso de venta o dación en pago de uno u otro. La celebración de un arrendamiento sujeto a la LAU es un acto que compromete, o puede comprometer, gravemente el valor del inmueble, por lo que debe ser equiparado a un verdadero acto de disposición.

(187) Cfr. sentencias de 29 de abril de 1950 y de 3 de diciembre de 1954. En el mismo sentido opinan Gossío: *Tratado de arrendamientos urbanos*, I, págs. 335 y sigs., y CASTÁN: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, pág. 22.

Posiblemente confunda a la doctrina y a la Jurisprudencia el hecho de que el arrendamiento sólo es considerado derecho real cuando se inscribe en el Registro, por lo cual se sostiene que el arrendamiento sujeto a la LAU solo da lugar a un derecho personal. Para nosotros el arrendamiento es, por su propia naturaleza, un verdadero derecho real, y como tal debe ser tratado. Por consiguiente, cuando la solución del artículo 1.571 del Código civil (188) quede eliminada, bien por obra de inscripción en el Registro, bien por ministerio de la Ley, el derecho arrendaticio adquiere el rango de derecho real, rango que ya tiene en potencia por razón de su propia naturaleza y contenido. Pero, aún admitiendo que la opinión hoy dominante fuera cierta, y, por consiguiente, dando por bueno que el derecho arrendaticio sea siempre derecho de crédito, aunque se inscriba o aunque por ministerio de la ley haya de perjudicar al tercer adquirente de la finca, lo cierto es, que desde el punto de vista de la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio, lo esencial no es la naturaleza del derecho del arrendatario sino la duración del contrato.

Partiendo de esta idea, y eliminada toda posible confusión entre los conceptos acto de riguroso dominio y negocio de disposición, se comprende que no basta el silencio de la LAU sobre la capacidad para arrendar, para sostener que el arrendamiento de fincas urbanas sujeto a dicha Ley es un simple acto de administración, salvo que se estipule un plazo superior a seis años. A nuestro juicio, la aplicación del artículo 1.548 del Código civil al supuesto de arrendamientos sujeto a la LAU debe llevar el convencimiento de que tales arrendamientos son siempre verdaderos actos de disposición. Tan grave y peligroso es para el arrendador que el plazo del arriendo sea superior a seis años, como que el contrato, aun celebrado por un plazo inferior, pueda prorrogarlo el arrendatario a su voluntad, por un tiempo indefinido, no perpetuo, pero que, imposible de prever al inicio, rebasará, generalmente, los seis años. El artículo 1.548 del Código civil no podía prever esta hipótesis porque la prórroga forzosa le era completamente desconocida. Pero introducida posteriormente esta importantísima institución hay que llegar, a nuestro entender, a una de estas dos soluciones. O se estima que el artículo 1.548 es inaplicable a relaciones arrendaticias que discurren por cauces totalmente extraños al Código civil, o si se quiere utilizar, pese a todo, el precepto, hay que interpretarlo y aplicarlo de acuerdo con su *ratio iuris*. Si es la larga duración lo que, según el Código, transforma el arrendamiento en acto de disposición hay que dispensar dicha

(188) Según VALLET (*Hipoteca del derecho arrendaticio*, pág. 34), el artículo 1.571 del Código civil no es quizá un obstáculo decisivo contra la naturaleza real del derecho del arrendatario.

calificación a todos aquellos arriendos cuyo plazo pueda prorrogarse indefinidamente a voluntad del inquilino.

No es éste, sin embargo, el criterio interpretativo que prevalece. Por tanto, de consolidarse la posición doctrinal y jurisprudencial que entiende que la interferencia de la LAU no influye en la naturaleza jurídica del arrendamiento de fincas urbanas, la conclusión será que el marido podrá celebrar por sí solo estos arrendamientos salvo que pacte un plazo superior a seis años.

Y pasemos ahora a los arrendamientos de fincas rústicas regulados por la legislación especial, hoy recogido el Decreto de 29 de abril de 1959.

En tesis general cabe decir de estos arrendamientos lo mismo que hemos dicho de los arrendamientos de fincas urbanas sujetos a la LAU. La duración del colonato es más limitada que la del inquilinato, pero también el derecho de prórroga reconocido al colono determina que por la sola voluntad de éste la relación puede durar más de seis años. El colono adquiere, además, el derecho de retracto legal.

Teóricamente, pues, los arrendamientos de fincas rústicas sujetos a la legislación especial debieran ser tratados como actos de disposición (189). La propia Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 (que a diferencia de la LAU contiene normas concretas sobre capacidad), lo reconocía así al establecer que, «en todo caso, el arrendador deberá hallarse en la posesión jurídica de la finca a título de propietario, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla *con capacidad (salvo lo dispuesto anteriormente) para realizar actos de enajenación* y sin que los actos que realice puedan tener más trascendencia que los de su propio derecho» La norma era, a nuestro entender, plenamente correcta y congruente con la trascendencia que debe reconocerse al arrendamiento de fincas rústicas regulado por la legislación especial.

A tenor del artículo 3.º de la Ley de 1935, y puesto que el marido necesita el consentimiento de su mujer para enajenar inmuebles, la conclusión tiene que ser que igualmente lo necesita para dar arrendamiento (sujeto a la Ley) fincas rústicas gananciales, ya que tal arrendamiento es tratado como acto de enajenación

(189) No así los arrendamientos de aprovechamientos secundarios a que se refiere el último párrafo del artículo 2.º de la Ley de 28 de junio de 1940 (hoy párrafo 3.º del art. 9 del Decreto), ya que la duración de estos contratos será la que libremente pacten las partes. En la aparcería, aunque el aparcerero no tiene el derecho de prórroga forzosa, su facultad de convertir la aparcería en arrendamiento de una parte de la finca (cfr. art. 7 de la Ley de 1940 y apartado 3.º del art. 49 del Decreto) da al contrato una trascendencia que lo aproxima, en cuanto a la capacidad para celebrarlo, al colonato propiamente dicho. Además el aparcerero tiene el derecho de retracto según ha declarado la jurisprudencia. (Cfr. sentencias de 3 de abril de 1944 y 9 de noviembre de 1945.)

desde el punto de vista de la capacidad (190). Sin embargo, al ser recogido el artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 por el Decreto de 29 de abril de 1959, el párrafo que hemos transcrito ha sufrido una importante mutilación, porque se ha suprimido el inciso «con capacidad (salvo lo dispuesto anteriormente) para realizar actos de enajenación». La supresión, a nuestro juicio, es abusiva, ya que ni el inciso subrayado tenía que desaparecer porque así lo exigiese la necesidad de acomodar el texto de la Ley de 1935 a disposiciones posteriores ni se trata de un precepto, párrafo o frase carente de sustantividad o incurso en defectos de técnica (191). La redacción actual del artículo deja el problema sin solución expresa. Las normas particulares que contiene toman un matiz especialísimo al haber sido suprimida la equiparación del arrendamiento a un acto de enajenación; y ya no parece lícito extraer de ellas conclusiones aplicables a otros supuestos, porque si bien para los padres y para los tutores el arrendamiento cuando se pacte un plazo superior a lo que le falta al hijo o pupilo para llegar a la mayor edad es tratado como enajenación (desde el punto de vista de los requisitos necesarios para su celebración), ocurre lo contrario respecto de las mujeres casadas y de los menores emancipados (letras *c*) y *d*) del artículo), sin que pueda ya sostenerse, con base en la propia Ley, que estos dos últimos casos constituyen excepción a una regla general que ha sido suprimida. Queda en pie únicamente la fórmula imprecisa del párrafo primero con arreglo al cual «la capacidad para celebrar el contrato de arrendamiento en concepto de arrendador se regulará por la legislación civil, común o foral, a que éste se haya sometido». El problema viene, pues, a quedar planteado en términos análogos al de la capacidad necesaria para concertar arrendamientos sujetos a la Legislación especial de Arrendamientos urbanos. Por tanto, aunque en virtud de las razones que anteriormente invocamos lo correcto, a nuestro juicio, es considerar que dichos arrendamientos constituyen verdaderos actos de disposición no es aventurado vaticinar que en la práctica prospere el criterio contrario.

b') *Gravámenes constituídos con el carácter de condición del acto adquisitivo de una finca ganancial.*

Es muy frecuente que al adquirir una finca se imponga sobre ella un gravamen en beneficio del vendedor. El supuesto más corriente es la hipoteca o la condición resolutorias constituídas en

(190) Sería demasiado sutil entender que el consentimiento *uxoris* no es exigible porque constituye un requisito de legitimación y no de capacidad. El artículo 3.º de la Ley de arrendamientos lo que quiere decir es que sólo está facultado para arrendar quien pueda enajenar la finca. La norma se refiere igualmente a la capacidad que a la legitimación, y no es lícito tergiversar su claro significado en base a una discriminación, no siempre fácil de hacer, entre falta de capacidad y legitimación insuficiente.

(191) Cfr. la Exposición de Motivos del Decreto de 29 de abril de 1959.

garantía del pago del precio de la compra, total o parcialmente aplazado. A veces es necesario constituir servidumbres (de paso, de mancomunidad de patios, de luces y vistas, etc.) a favor de fincas que quedan en poder del transmitente. Finalmente, es posible que el que transmite se reserve algún derecho sobre la finca transmitida (el usufructo, el uso o la habilitación, un derecho de censo, de retracto, etc.),

A nuestro juicio, en todos estos casos no es necesario el consentimiento de la mujer. La constitución del gravamen aunque teóricamente se pueda distinguir de la adquisición (192), es una condición de la misma y se establece simultáneamente a ella, por lo que prácticamente es igual que el gravamen se constituya en la adquisición o que haya sido impuesto con anterioridad. Como dice KIPP (193), viene a ser lo mismo adquirir una finca ya hipotecada que adquirirla hipotecándola en garantía del precio que queda aplazado. La finca, en realidad, ingresa en el patrimonio ganancial «cum onere». Aunque cronológicamente quepa distinguir dos momentos distintos (adquisición y constitución del gravamen) la distinción, de ser cierta, tiene un alcance puramente teórico. El marido, al constituir una hipoteca en garantía del precio aplazado de la finca que compra, no perjudica ni puede perjudicar los intereses de la mujer en esa finca, toda vez que sin la hipoteca ningún derecho podría la mujer haber adquirido sobre aquélla. Cuando el marido compra y, por no pagar todo el precio, asegura con hipoteca o condición resolutoria la cantidad que debe, el aspecto predominante de la operación es el adquisitivo. El marido actúa sus facultades de administrador y jefe de la sociedad conyugal, ejercita la potestad de decidir en qué bienes ha de invertirse el patrimonio ganancial, dispone del dinero actual o futuro de la comunidad y obliga a ésta, para todo lo cual no necesita el consentimiento de su esposa. No es la hipoteca en sí, sino la compra, y las consecuencias que de ella se deriven, lo que puede resultar perjudicial para la mujer. Pero frente a estos eventuales perjuicios el recurso arbitrario por el legislador no ha sido la licencia uxoria.

c') *Modificación de gravámenes ya constituidos.*

Como regla general la alteración de un gravamen constituido sobre una finca ganancial constituirá un acto de disposición que puede representar peligro para los intereses de la mujer y, por consiguiente, será necesario contar con el consentimiento de aquélla.

Pero en algunos supuestos la modificación del gravamen no perjudica, de hecho, los intereses de la mujer, sino que, además,

(192) La distinción se borra si añadimos a la teoría de la constitución por vía de reserva.

(193) En el *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, IV, 1.º, pág. 442.

la naturaleza del acto excluye «a priori» cualquier posible perjuicio. En tales casos el consentimiento «uxoris» resulta superfluo y no debe, pues, exigirse.

Los ejemplos más importantes *se encuentran en la modificación de gravámenes hipotecarios.*

Está claro que aquellas modificaciones que consistan en ampliaciones de la responsabilidad hipotecaria exigen la licencia uxoria. Así, cuando se aumente el «quantum» de la responsabilidad, o la hipoteca se extienda posteriormente a bienes distintos de los hipotecados inicialmente. Es también evidente que aquellas modificaciones consistentes en reducción de la responsabilidad hipotecada no precisan dicho consentimiento, ya que, en definitiva, dichos actos se traducen en cancelaciones parciales de la hipoteca que pueden ser otorgadas unilateralmente por el acreedor (el problema de si es o no necesario el consentimiento de la esposa de éste para dichas cancelaciones será estudiado después), y no pueden determinar perjuicio alguno para los intereses de la mujer.

Cuando la modificación de la hipoteca no consista en ampliar o reducir la responsabilidad hipotecaria, sino en alterar su distribución, o en distribuir una responsabilidad que antes afectaba a una sola finca, ¿será necesario el consentimiento de la mujer del dueño de los bienes hipotecados? La contestación a esta pregunta requiere, a nuestro juicio, distinguir diferentes casos.

En el supuesto de que inicialmente se hayan hipotecado varias fincas en garantía de una sola obligación forzosamente habrá tenido que distribuirse la responsabilidad hipotecaria al constituirse la hipoteca. Para alterar después esa distribución, ¿se requiere el consentimiento de la mujer? A nuestro juicio, la contestación debe ser afirmativa. La nueva distribución, en cuanto implique la imposición de un mayor gravamen sobre alguna de las fincas hipotecadas, constituirá un acto dispositivo. Ciertamente el aumento de la carga respecto de alguna o algunas de las fincas hipotecadas vendrá compensado con la disminución que beneficiará a las restantes, pero, a pesar de ello, el acto puede resultar perjudicial para los intereses de la mujer (194).

Las cosas cambian si la hipoteca se constituyó sobre una sola finca (propia en su integridad de la sociedad de gananciales) que luego se divide en dos o más. La división de la finca no produce automáticamente la división de la hipoteca. Antes al contrario, el gravamen continúa pesando en su totalidad sobre cada una de las nuevas fincas que se formen mientras el acreedor no consienta la división (cfr. art. 123 de la L. H.). Si el acreedor, una vez dividida la finca, accede a la división de la hipoteca, dicha divi-

(194) Supongamos que se enajena la finca favorecida por la nueva distribución y se conserva la que resultó perjudicada. La mayor cantidad de que responde esta última puede dificultar su liberación.

sión, aunque se realice de forma arbitraria, no perjudicará los intereses de la mujer, pues, siempre resultará más beneficiosa que la situación de hipoteca solidaria provocada por la parcelación de la finca. No es claro, además, que la transformación de la hipoteca solidaria en hipoteca especial sea negocio de disposición, ya que como consecuencia de la división de la hipoteca no se impone un nuevo ni siquiera un mayor gravamen sobre cada una de las fincas resultantes del fraccionamiento de la primitiva. Con mayor razón puede afirmarse que no es acto de disposición, en el sentido de acto de riguroso dominio, si bien tampoco quepa calificarlo de acto de simple administración. Se trata de un acto que no encaja claramente en ninguno de los dos términos de la clasificación.

La cuestión reviste mayor complejidad cuando la sociedad de gananciales es sólo titular de una de las fincas en que se ha dividido la primitiva. Proyectando la hipótesis general sobre el caso tan frecuente de casas divididas por pisos, puede suceder: a) que el matrimonio sea titular de una participación indivisa sobre la casa (hipotecada en su totalidad) que luego se divide por pisos adjudicándose uno a los cónyuges; b) que el matrimonio adquiera por compra (o por otro título) un piso integrado en una casa gravada, asimismo, con una sola hipoteca.

La solución del problema es más difícil en estos casos porque en ellos hay que atender no sólo a la relación con el acreedor hipotecario, sino, además, a la que intercede entre los propietarios de los bienes hipotecados o con la persona de quien se han adquirido aquéllos.

En el caso de disolución de comunidad por división de la cosa común la división posterior de la hipoteca parece, a primera vista, que debe requerir el consentimiento de las mujeres de los adjudicatarios, ya que si la parte de gravamen que se asigna a cada nueva finca no es proporcional al valor de adjudicación y al que correspondía a cada copartícipe en la comunidad, ello puede determinar un evidente perjuicio para el adjudicatario, y por lo tanto para su esposa cuando lo adjudicado sea ganancial. Sin embargo, hay que tener en cuenta: 1.º) Que el exceso de gravamen impuesto a un adjudicatario (o en relación con el valor de su parte en la comunidad) determinará el nacimiento de una acción a su favor para exigir de los demás la diferencia. 2.º) Que en todo caso el acto no representa la imposición de un mayor gravamen sobre lo adjudicado toda vez que la consecuencia inmediata de la división de la finca es el nacimiento de una hipoteca solidaria. Estas razones nos inclinan a favor de la innecesidad de la licencia uxoria. En la duda sobre la procedencia de este requisito creemos preferible inclinarnos por la solución negativa.

Finalmente, cuando la finca resultante de la división y afecta a una hipoteca total sobre la primitiva es adquirida por los cónyuges, después de la división, la solución debe ser la misma. Si

la finca ha sido adquirida por compra juega, además, la consideración de que el marido puede comprar fincas hipotecadas sin necesidad del consentimiento de su mujer cualquiera que sea el importe de la hipoteca que grave la finca. En realidad si el marido compra cuando la hipoteca aún no ha sido dividida adquiere una finca sujeta a un gravamen solidario y pendiente de concreción o individualización futura, y consiente, generalmente de antemano, la división que en su día proponga el acreedor (sobre todo si éste es una entidad de crédito), lo cual, a nuestro juicio, puede hacer sin consentimiento de su mujer, ya que sin necesidad de ese consentimiento hubiera podido comprar la finca cualquiera que fuese la cuantía de la hipoteca. La fijación, en estos casos, del montante a que se cacula ascenderá la hipoteca cuando se divida, no tiene otro alcance que regular las relaciones entre vendedor y comprador en cuanto a pago o retención de precio.

Cuando el acreedor, para acceder a la división, imponga como requisito la modificación, más onerosa por el deudor, de algunas de las condiciones de la operación, por ejemplo, elevación del tipo de interés, reducción de plazo, ampliación de la responsabilidad accesoria para costas y gastos, etc., parece inexcusable el consentimiento de la mujer. Hay entonces un nuevo acto dispositivo, puesto que se impone sobre los bienes hipotecados un mayor gravamen o se hace más oneroso el primeramente constituido. Cabe, naturalmente, que esas modificaciones redunden en perjuicio de la sociedad de gananciales. Hará falta, pues, el consentimiento de la mujer. Sin embargo, cuando se trata de comprar una finca sujeta a una hipoteca solidaria no estimamos incorrecto que una de las cláusulas del negocio sea la aceptación por el marido de las condiciones que en su día exija el acreedor para realizar la división. Este pacto, condición en suma del acto adquisitivo, debe considerarse válido y vinculante aunque la mujer del comprador no haya dado su consentimiento (ver sobre este punto lo dicho más atrás).

c) *Otros actos de disposición.*

Estudiaremos bajo este epígrafe los siguientes supuestos: particiones de bienes, y actos que implique alteración de la identidad de fincas gananciales.

a') *Partición de bienes.*

¿Necesita el marido consentimiento de su mujer o autorización judicial para llevar a cabo, en unión de los demás comuneros, la división de la cosa común si la participación indivisa de que es titular tiene carácter ganancial?

La contestación a esta pregunta nos enfrenta con el debatido problema de la naturaleza jurídica de los actos particionales. No sería propio de este lugar que nos detuviéramos en el examen de-

tallado de las diversas doctrinas que se registran en este tema, ni, por otra parte, lo creemos necesario para resolver la cuestión planteada.

El estudio de la naturaleza jurídica de los actos particionales no se aborda, generalmente, sobre la base de distinguir y contraponer los actos de administración y los de riguroso dominio. Se atiende exclusivamente a los efectos jurídicos del acto y se discute si la división es o no un negocio traslativo. Para nosotros, y dado el significado que la expresión «actos de disposición» tiene en el artículo 1.413 del Código civil, este planteamiento no sería suficiente. Pero es que además, y aunque lo aceptáramos, la conclusión también sería, a nuestro juicio, la de que el marido necesita el consentimiento de su mujer para llevar a cabo actos particionales. En efecto, rechazadas las dos teorías extremas (la traslativa y la declarativa), que descansan en sendas ficciones y que son incapaces de explicar los efectos que el derecho positivo atribuye a la partición gana terreno la opinión que ve en la división un acto modificativo o especificativo de derechos. Pero supuesto que esta postura intermedia sea acertada, de ella también se deduce que la partición es un negocio de disposición. Los negocios jurídicos por los que se modifica el contenido de un derecho patrimonial (especialmente si este derecho es un derecho real) son negocios de disposición para la mejor doctrina (195). No olvidemos que la enajenación y los negocios traslativos en general, si bien, constituyen un grupo muy importante de los negocios dispositivos no agotan esta categoría jurídica. Los negocios que tienen por fin y efecto inmediato modificar el contenido de un derecho patrimonial son también, volvemos a repetirlo, negocios de disposición. La modificación que opera la partición, al convertir la relación de copropiedad en propiedad exclusiva, es una alteración trascendental, razón por la cual debe entenderse que nos encontramos ante un negocio dispositivo, aunque, evidentemente, no estamos en presencia de una enajenación.

Desde el punto de vista de la contraposición entre actos de administración y actos de riguroso dominio, que es la que para nuestro tema tiene interés primordial y relevante, tampoco hay duda, a nuestro juicio, de que la partición es acto que debe incluirse en el segundo grupo. La partición altera sustancialmente la identidad del elemento patrimonial preexistente. En realidad opera la sustitución de un bien (la participación indivisa sobre una finca) por otro distinto, la propiedad exclusiva de una finca nueva resultante de la división material. Es evidente que esta sustitución puede ser poco ventajosa con manifiesto quebranto para lo que constituía un elemento estable del patrimonio.

Nuestro derecho positivo, aunque no de forma rotunda (196),

(195) Cfr. ENNECCERUS: *Ob. cit.*, I-2, págs. 34 y sigs.

(196) Para el Derecho italiano, por ejemplo, la partición es, sin duda

asimila la partición a los actos dispositivos. El artículo 1.052 del Código civil (aplicable a toda clase de divisiones de bienes en proindiviso según resulta del 406) exige, para pedir la partición, que quien la pida tenga la *libre administración y disposición* de sus bienes. Ciertamente el artículo 1.058 habla solamente de *libre administración*, pero esta expresión hay que entenderla equivalente a la utilizada por el artículo 1.052. La ley, al requerir la *libre administración*, exige, en realidad, capacidad completa y plenitud de poder dispositivo. No tiene sentido, aunque cierto sector doctrinal parezca opinar lo contrario (197), entender que la libre disposición de los bienes se necesita únicamente *para pedir* la partición y no para practicarla, siendo así que lo verdaderamente grave, lo que puede acarrear un perjuicio real y cierto no es la simple solicitud de que la partición se practique, sino la realización efectiva del acto particional. Si para realizar actos particionales bastara la capacidad para administrar no tendría por qué exigirse la *libre administración*. El calificativo *libre* pone de relieve que la ley exige algo más que la simple potestad de administrar. Se emplea la palabra administración en el sentido amplio de gestión patrimonial. Que los padres puedan representar a sus hijos en las particiones en que estén interesados sin necesidad de intervención ni aprobación judicial (cfr. artículo 1.060), y que la Dirección General de los Registros permita a los emancipados por concesión realizar particiones sin el consentimiento de su padre, madre o tutor, no prueba nada en contra de nuestra tesis. El artículo 1.060 del Código civil es una norma excepcional, ya que en general no se permite a los administradores de bienes ajenos intervenir en particiones sin el concurso de los requisitos necesarios para la enajenación de los bienes de los administrados. Como decíamos anteriormente, cuando se trata de actos que la ley prohíbe a unos administradores legales y permite a otros hay que atender a su finalidad para saber si hay un acto de disposición excepcionalmente permitido o si por el contrario estamos ante un acto de extraordinaria administración. La finalidad de la partición es, según hemos dicho, la de sustituir una situación patrimonial por otra, un bien por otro diferente. Por ello se encuentra mucho más cerca de los actos de disposición que de los actos puramente administrativos. La doctrina de la Dirección que hemos recordado, relativa al emancipado por concesión, no es tampoco decisiva. Se funda en que el emancipado por concesión (por eso parece mantenerse opinión diferente para el emancipado por matrimonio) sólo se le impide *vender* o *gravar* bienes inmuebles. Como la partición no es, evidentemente, ni una venta ni un gravamen y como ninguna incapacidad debe interpretarse extensivamente, la tesis de la Dirección es aceptable. Pero indudable-

alguna acto de riguroso dominio o, como dice BERTI, de administración excepcional. Cfr. artículo 375 del nuevo C. c. italiano, y BERTI: *Ob. cit.*, pág. 217.

(197) Cfr. CASTÁN: *Ob. cit.*, tomo I-2, pág. 521.

mente no puede decirse lo mismo en nuestro caso, ya que el marido necesita el consentimiento de su mujer para llevar a cabo actos de disposición en general, no sólo para ventas o constituciones de gravámenes.

El marido, por consiguiente, necesita el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para realizar divisiones de bienes en los que corresponda a la sociedad de gananciales una participación indivisa. Supuesto que, según el artículo 1.052 del Código civil, hace falta también la libre administración y disposición de los bienes para pedir la partición, parece que igualmente será necesario que el marido esté autorizado por su mujer o por el Juez para ejercitar la «*actio communi dividundo*». En cambio, no deben ser necesarios dichos requisitos para que el marido pueda allanarse al ejercicio de esta acción entablada por otro comunero. Aunque el marido necesita, según veremos después, el consentimiento de su mujer para allanarse frente a acciones reales ejercitadas sobre bienes gananciales, la cuestión es aquí distinta, pues, el simple allanamiento a la «*actio communi dividundo*», no implica el peligro de que se enmascare una disposición prohibida. Los comuneros están obligados a acceder a la división si alguno lo pide. Pero la realización de la misma (salvo que se haga en ejecución de sentencia con las garantías que representa la intervención judicial) requerirá el consentimiento «*uxoris*», tanto si se ha pedido la división material como si, por ser indivisible la cosa común, hay que ir la división económica procediéndose a la enajenación de aquella y reparto del precio.

b) Modificaciones de la individualidad física o jurídica de fincas.

Las alteraciones de la identidad o individualidad de las fincas pueden tener un simple carácter formal, o, por el contrario, constituir una modificación de la realidad física.

En el primer caso tenemos las segregaciones y agrupaciones de terrenos, así como las parcelaciones horizontales de edificios. En el segundo caben una amplísima gama de supuestos que no es posible, naturalmente, enumerar, como no sea a guisa de simple ejemplo.

Las que podemos llamar simples modificaciones formales no tienen más que una pura trascendencia registral concretada a que las nuevas fincas formadas por agrupación, segregación o división obtengan un número propio e independiente en el Registro de la Propiedad. No creemos que para realizar estos actos el marido necesite el consentimiento de su mujer. Se podría sostener, sin embargo, que dichas operaciones constituyen actos de disposición y que, por ello, caen bajo lo ordenado en el nuevo artículo 1.413 del Código civil. En apoyo de este punto de vista podría invocarse la jurisprudencia hipotecaria que con alguna reiteración ha dicho que los actos en virtud de los cuales se modifican entida-

des hipotecarias son, *en principio*, actos de riguroso dominio (cfr. Resoluciones de 28 de julio de 1928, de 23 de febrero de 1929 y de 19 de diciembre de 1942). A nuestro juicio, sin embargo, tales actos, si acaso, podrán ser negocios de disposición (198), porque implican una modificación del objeto del derecho, lo que determina una «división» de éste, pero como esa alteración tiene sólo carácter formal, difícilmente puede sostenerse que son actos de disposición en el sentido de actos de riguroso dominio. Posiblemente se trate de actos que no encajen dentro de la órbita de la simple administración, pero sucede, como antes expusimos, que no todo acto que no sea de pura administración puede estimarse sujeto al requisito complementario del consentimiento «uxoris». Según ya dijimos, hay actos de naturaleza patrimonial que no encajan claramente ni dentro de los actos de administración ni dentro de los actos de disposición. Estos actos deben quedar fuera de la nueva exigencia legal que en modo alguno puede interpretarse extensivamente. Por otra parte, la segregación, agrupación o división horizontal no afectan a la individualidad (física y económica) de la finca, sino sólo a su individualidad jurídico-formal. No hay, por consiguiente, peligro alguno para los intereses de la mujer y sería excesivo e inútil exigir para estos actos su consentimiento.

En los casos contemplados por las resoluciones antes citadas lo que se debatía era si un mandatario con poder para vender *podía vender segregando*, que es cosa distinta a la de practicar sencillamente una segregación sin enajenar o gravar ni la porción segregada ni el resto de la finca. Dice al respecto la resolución de 28 de julio de 1928, que puesto que el poder de representación se había concedido para vender o permutar una finca, de ahí «se deduce que el objeto del contrato debía ser toda la finca y el comprador único». Es decir que, en realidad, se considera insuficiente el poder, no tanto porque la segregación sea un acto de riguroso dominio, sino por entender que el apoderado sólo estaba facultado para vender toda la finca.

El único problema que puede, pues, plantearse es el de saber si en el consentimiento concedido por la mujer a su marido para vender una finca ganancial se incluye o no la autorización para que pueda venderla por partes. Y es de notar, en este sentido, que la resolución de 19 de diciembre de 1942, entendió que un poder concedido por la mujer al marido, referente a bienes parafernales de la primera, en la que concedía al esposo facultades para vender por «el precio y condiciones que estime», era bastante para que el marido pudiera vender previa la división de la finca, indicando que la frase entrecomillada revela el propósito de no poner trabas y limitaciones al contrato de venta, toda vez que la palabra condiciones parece emplearse en su aceptación vulgar como sinónimo

(198) En este sentido la doctrina alemana. Cfr. WOLFF, en *Tratado de ENNECCERUS* cit., tomo III-1.º, pág. 197, nota 7.

de supuestos, cláusulas, bases u operaciones con arreglo a las cuales podrá realizarse la venta, y entre ellas se encuentra, como previa, la segregación para el caso de que se enajenare sólo una parte de la finca. Agrega, además, que en este caso concurre la circunstancia de que «por ser el mandatario marido de la señora que otorgó el poder, es lícito presumir que se hallaba con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital, y con la natural amplitud que el marido, apoderado en forma auténtica, corresponde corrientemente no sólo como jefe de la sociedad conyugal y representante legal de su mujer, sino como mandatario que se halla en íntima relación con su mandante y de quien puede recibir constantemente instrucciones. Parece evidente que esta doctrina es aplicable «mutatis mutandi» a los casos de autorización concedida por la mujer al marido para que venda fincas gananciales por el precio y *condiciones* que considere conveniente.

Además de las modificaciones puramente formales existen las modificaciones sustantivas, que afecten a la finca como entidad física. Estas modificaciones, sí pueden constituir verdaderos actos de disposición, disposiciones de hecho (199). Pero, como antes expusimos no es fácil arbitrar el medio a través del cual pueda la mujer hacer efectivo su derecho a que tales actos no se realicen sin su consentimiento. Como quiera que los documentos dirigidos solamente a constatar estas modificaciones (declaraciones de obra nueva, manifestaciones de haberse derruido un edificio, divisiones que representen una alteración real y efectiva de la estructura física, etc.), tienen exclusivamente por fin recoger unos hechos y poner de acuerdo el Registro con la realidad física, no creemos que a tales documentos, otorgados unilateralmente por el marido, pueda ponerse obstáculos. El otorgamiento e inscripción de los mismos no prejuzga ni resuelve el problema de las facultades del marido para realizar la alteración, si para ello no estaba autorizado por su mujer, ni el de los medios que estén al alcance de aquella para remediar, si es posible, lo hecho por el esposo.

B) *Actos de disposición sobre derechos reales inmobiliarios.*

Según lo que nos dice el párrafo 10 del artículo 334 del Código civil, los derechos reales constituídos sobre bienes inmuebles son también bienes inmuebles. Por lo tanto, los actos de disposición sobre estos derechos reales están comprendidos en el primer párrafo del artículo 1.413 y exigen para su plena eficacia el consentimiento «uxoris».

Esta es, sin duda, la regla general. Pero hay casos en los que no está claro si debe proceder o no la concurrencia de aquel requisito. Las dudas pueden suscitarse por diferente causas: porque sea

(199) No todas, naturalmente. No deben reputarse actos de disposición las modificaciones necesarias para la conservación, así como las transformaciones conformes con el destino económico de los bienes.

discutible la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del derecho al que se refiere el acto de disposición, porque sea cuestionable la naturaleza real del derecho, y finalmente porque la exigencia del consentimiento de la mujer pugne con las potestades que de modo general corresponden al marido como administrador y jefe de la sociedad de gananciales. Nos referimos especialmente a las cancelaciones de hipotecas y actos de disposición sobre créditos hipotecarios, y a los supuestos de renuncia al ejercicio de derechos de adquisición preferente.

a) Cancelaciones de hipotecas y actos de disposición sobre créditos hipotecarios.

El crédito hipotecario es un ente jurídico complejo en el que cabe distinguir dos elementos, el crédito propiamente dicho y la garantía hipotecaria. El crédito en sí es mueble (supuesto el criterio legal de incluir todos los elementos patrimoniales dentro de la dicotomía muebles-inmuebles). Por el contrario, la hipoteca, según la construcción tradicional contra la que hoy se alzan voces discrepantes (200), es un derecho real inmobiliario, y por lo tanto, un bien inmueble. Así las cosas, el problema está en saber si a los actos de disposición sobre el crédito hipotecario (complejo integrado por un elemento mueble y otro inmueble) hay que aplicarle las normas que regulan (en punto a capacidad y legitimación) la disposición de inmuebles o si, por el contrario, aquellos actos deben regirse (siempre en orden a los puntos expresados) por los preceptos reguladores de la transmisión de bienes muebles. Junto a los actos de disposición que afectan al todo, es decir, al complejo crédito hipotecario, cabe señalar otros que parecen afectar sólo a la garantía (por ejemplo, renuncia total o parcial a la hipoteca, sustitución de la finca hipotecada por otra, división de la hipoteca entre varias fincas en que, a su vez, se haya dividido la finca única hipotecada, etc.). Respecto de estos últimos actos, a primera vista se tiene la impresión de que para llevarlos a cabo hace falta la capacidad o el poder de disposición suficiente para disponer de inmuebles, puesto que sólo se refieren al elemento inmueble de la relación.

Creemos que este es el planteamiento correcto del problema. Para resolverlo preferimos proyectarlo sobre los diferentes supuestos concretos que pueden presentarse, en vez de adelantar «a priori» una solución de carácter general. Distinguiremos: cancelación por pago, cesión (a título oneroso se entiende) del crédito hipotecario, cancelación de la hipoteca por causas distintas del pago, y modificaciones de la garantía.

(200) Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, en «Revista de Derecho Privado», 1949, págs. 337 y sigs.

1.º *Cancelación por pago.*

Si se parte de la base de que el marido está facultado para cobrar el crédito hipotecario por sí solo, y, por consiguiente, que el pago hecho al marido, aun sin que en él intervenga la mujer, es un pago válido que libera al deudor, resulta evidente que el marido podrá (y deberá) cancelar, aunque a ello se oponga su mujer, la hipoteca, extinguida la obligación, ha quedado también extinguida en la realidad jurídica. Subsiste en el Registro, mientras no se practique la cancelación, una simple apariencia de crédito hipotecario que el acreedor *está obligado* a desvanecer. Aceptado este punto de partida no cabe duda de que, como dice LACAL (201), la mujer casada, en las escrituras de cancelación de hipotecas por su esposo, es una especie de «convidado de piedra» sin misión alguna dentro del documento. Admitido que el marido puede cobrar por sí el crédito hipotecario sólo cabe esgrimir argumentos pseudo-conceptuales para sostener que la mujer tiene que intervenir forzosamente en la cancelación (202).

(201) *La presencia de mujer casada en la escrituras de cancelación de hipoteca*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1959, pág. 41.

(202) Discrepamos, por lo tanto, de la tesis mantenida por BORRACHERO (cfr. *La mujer casada y las escrituras de cancelación hipoteca*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», págs. 241 y sigs.) y por LA RICA (*Comentarios* cits., pág. 132, nota 24), según la cual, aunque el marido puede cobrar el crédito, necesita el consentimiento de su mujer para cancelar la hipoteca. BORRACHERO, apoyándose en la tradicional doctrina hipotecaria, entiende que la cancelación de la hipoteca es un acto de disposición en todo caso y, por lo tanto, al referirse a un bien inmueble (lo es la hipoteca por ser un derecho real inmobiliario) requiere el consentimiento de la mujer si el crédito hipotecario es ganancial.

Por nuestra parte opinamos: Que la cancelación de la hipoteca, una vez efectuado el pago (por hipótesis válido) de la obligación que garantiza, no es un acto de disposición y, que, aunque lo fuera, podría otorgarse sin el consentimiento de la mujer.

Que la cancelación de la hipoteca, cuando ha sido válidamente pagado el crédito, no es acto de disposición nos parece casi evidente. Acto de disposición (en el sentido de negocio de disposición) es aquel por el cual se transmite, modifica o extingue un derecho patrimonial. Puesto que la hipoteca no es (al menos en nuestro Derecho) más que la garantía de una obligación, y como tal accesoria de la misma, no hay duda de que cuando el crédito se paga la hipoteca queda extinguida porque no tiene razón de ser que continúe con vida una garantía que ya no garantiza nada. La cancelación tiene por fin, en esos casos, poner en armonía el Registro con la realidad para evitar que la fe pública registral, en colaboración con un acreedor sin escrúpulos, juegue una mala pasada al deudor o al dueño de los bienes hipotecados. «Por ser la hipoteca en nuestro sistema, escribe el maestro ROCA SASTRE (*Instituciones* cits., III, pág. 818), un derecho *accesorio* de una obligación principal y que existe en funciones de garantía de la misma, la extinción de la obligación garantizada implica, inexorablemente, la extinción de la hipoteca, salvo los efectos derivados de la fe pública registral a favor del tercer cesionario de un crédito hipotecario extinguido, pero formalmente subsistente en el registro.» «La extinción del crédito, a consecuencia del pago o de cualquier otra causa—sigue Roca citando a WIELAND—, implica necesariamente la extinción del derecho de hipoteca. No es que la extinción de la obligación atribuya tan sólo una acción perso-

El problema, en realidad, estriba en resolver si el marido tiene facultades para cobrar por sí solo un crédito hipotecario ganancial. Tratándose de pago efectuado al vencimiento (o después del vencimiento) la cuestión, a nuestro modo de ver, debe resolverse afirmativamente. El cobro, para el acreedor, si el deudor, transcurrido el plazo, quiere pagar, es un acto obligatorio, debido. A esta razón, de suyo suficiente (antes hemos expuesto y razonado por qué es improcedente el consentimiento uxoris cuando se trata de

nal para compeler al acreedor a que consienta la cancelación de la hipoteca, este consentimiento será necesario para conseguir la cancelación de su inscripción, pero no para extinguir la hipoteca, pues en la realidad jurídica, o sea, sustancialmente, ésta desaparece con el crédito.» Así pues, si la hipoteca se ha extinguido ya a consecuencia del pago, ¿cómo sostener que la cancelación es negocio dispositivo, supuesto que el efecto extintivo (que sería el determinado por el hipotético negocio de disposición) se ha producido con anterioridad? Tampoco, puesto que crédito e hipoteca se han extinguido a consecuencia del pago, cabe entender que la cancelación es acto de disposición en el sentido de acto de riguroso dominio, toda vez que el elemento estable del patrimonio (supuesto que lo sea el crédito hipotecario) ya ha desaparecido o, mejor dicho, se ha transformado antes de que la cancelación se otorgue y a consecuencia del pago.

Sólo hipertrofiando los efectos que surten los asientos registrales se puede llegar a sostener que la cancelación de una hipoteca, extinguida por el pago previo de la obligación garantizada, es un acto de disposición. Pero lo es más, aunque realmente lo fuera, no por ello sería procedente exigir el consentimiento de la mujer para su otorgamiento. La cancelación de tal hipoteca sería un acto de disposición obligatorio, debido. La mujer tendría que prestar *velis nolis* su consentimiento, y el juez, caso de negarse la mujer, debería conceder obligadamente su autorización. La actitud de la mujer, contraria a la cancelación, irrogará perjuicios y dilaciones al deudor sin beneficio alguno para ella.

En definitiva, lo importante, y de ello nos ocupamos en el texto, es saber si el marido puede cobrar válidamente el crédito hipotecario por sí solo. Si se responde afirmativamente, ¿qué garantía representa para la mujer su consentimiento o la autorización del juez? Exigir estos requisitos para la cancelación de la hipoteca—supuesto el planteamiento que hemos aceptado, o, mejor dicho que acepta BORRACHERO—equivale a ignorar la *ratio iuris* del nuevo artículo 1.413 y renunciar a la tarea de interpretarlo y aplicarlo de forma racional. Dice BORRACHERO que aunque la solución que pretende parece un contrasentido, recuerda otro caso en el que ocurre lo mismo y que parece ser que por nadie se discute: el de la cancelación de un crédito hipotecario ya cobrado perteneciente a menores de edad para la que el padre o la madre, titulares de la patria potestad, necesitan autorización judicial. Nosotros, en nuestra modestia, nos permitimos hacer tiempo (cfr. nuestro trabajo *Notas críticas... cit.*, pág. 421), contradecir la bendita de esta solución. Dijimos, y seguimos pensando lo mismo, que si el titular de la patria potestad puede cobrar el crédito hipotecario no tiene sentido exigir autorización judicial para que cancele la hipoteca. Tampoco responde la autorización judicial a ninguna finalidad, si el crédito fué cobrado, sin cancelar la hipoteca, por el primitivo acreedor de quien es heredero el menor y la cancelación, por lo tanto, ha de ser otorgada por el padre (ejemplo presentado por BORRACHERO).

Prácticamente, el artículo 178 del Reglamento Hipotecario obliga a que los padres tengan que pedir autorización judicial *para cobrar y cancelar* créditos hipotecarios, lo que ya es otro cantar. Mantuvimos, y seguimos manteniendo, que esta solución, aunque desde un punto de vista práctico

actos debidos) hay que añadir otra. El cobro de un crédito a su vencimiento constituye un acto típico de administración (203). El desenlace normal de la relación crediticia, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, es el pago. El cobro de los créditos a su vencimiento es acto de buena y prudente administración de un patrimonio, que, por consiguiente, ha de poder realizar el marido, cuyas facultades, son notablemente más extensas que las de un administrador ordinario. El cobro de un crédito no compromete la existencia, la individualidad sustancial, ni el valor de un elemento estable del patrimonio. Significa simplemente la recuperación de un capital invertido en el momento previsto para ello. El peligro puede estar en lo que haga después el marido con el dinero recibido, pero esto no afecta a la naturaleza del acto en sí, ni es un problema que tenga peculiaridades especiales en este caso. El cobro de un crédito a su vencimiento es un acto de administración que puede realizar el marido sin que, desde este punto de vista (el del cobro), exista la menor diferencia entre el cobro de un crédito hipotecario y el de un crédito simple, supuesto que las diferencias que existen entre ambos se refieren a la seguridad de que la obligación será hecha efectiva a su vencimiento, pero desaparecen si el crédito, simple o hipotecario, se paga normalmente. El marido puede cobrar los créditos gananciales y, por consiguiente, puede consentir válidamente la cancelación de los derechos reales de garantía que los aseguren, dice exactamente la Resolución de 2 de noviembre de 1959 (204). Y el propio Reglamento hipotecario,

fuera aceptable, es contraria al Código civil, y que el Reglamento Hipotecario carece de competencia para modificar preceptos sustantivos.

(203) Desde un punto de vista general el cobro de un crédito a su vencimiento es, sin duda, un acto de administración. Su fin no es otro que el asegurar la conservación, o mejor, la recuperación de un capital. Por ello, es acto administrativo, aunque desde el punto de vista de sus efectos jurídicos se pueda construir como negocio de disposición sobre el crédito. El Código civil presupone que entre las facultades que ostentan los administradores legales de bienes ajenos figura la de percibir los créditos propios de sus representados ya que ninguna limitación especial contiene en este sentido, con la única excepción de los tutores, que necesitan la intervención del protutor para cobrar cantidades superiores a cinco mil pesetas, a no ser que procedan de intereses, rentas o frutos (art. 275-2) y la autorización del Consejo de familia para retirar de su colocación un capital que esté produciendo intereses. Pero se trata de normas excepcionales que no se oponen a que, como regla general, el cobro de créditos deba estimarse acto de administración. Así lo confirma el artículo 1.163, del que se desprende que para cobrar basta la capacidad para administrar.

(204) La doctrina de esta resolución nos parece correctísima, si exceptuamos la afirmación que hace en su último considerando, en el que reitera la antigua tesis del Centro directivo que considera que la cancelación es un acto dispositivo. Nótese, sin embargo, que, en realidad, la antigua doctrina de la Dirección negaba al mandatario facultado para cobrar legitimación para cancelar, y que, en cambio, esta resolución sostiene, respecto del marido, la solución opuesta (esto es, que puede cancelar porque puede cobrar). En materia de representación voluntaria el problema de las facultades del apoderado tiene su centro de gravedad en la interpretación

en su artículo 178, establece que bastará el consentimiento del marido para la cancelación por pago de hipotecas inscritas a su nombre que garanticen créditos gananciales.

Por cierto que la dicción del artículo 178, al referirse al supuesto de *hipotecas inscritas a nombre del marido*, suscita el problema de su aplicabilidad a créditos hipotecarios inscritos después de entrar en vigor la reforma del Reglamento hipotecario por cuanto que el artículo 94 del propio Reglamento impone que las inscripciones de bienes gananciales, o presuntivamente gananciales, cuando adquieran ambos cónyuges o uno de ellos sin expresar la procedencia del dinero, se harán a nombre de los dos esposos, sin expresión de cuotas, y para la sociedad conyugal. Una interpretación rabiosamente literal del artículo 178 del Reglamento puede, pues, llevar a la conclusión de que los créditos hipotecarios inscritos después de la vigencia del nuevo Reglamento, y salvo que se trate de supuestos en que la mujer haya reconocido que el dinero prestado es privativo de su esposo, ya no podrán ser cancelados exclusivamente por aquél, puesto que no se tratará de hipotecas inscritas a su nombre, sino a nombre del marido y de la mujer. LA RICA (205) defiende este criterio y consecuentemente dice que la nueva disposición reglamentaria «sólo tiene una importancia en cierto modo transitoria».

A nuestro juicio, este punto de vista es inaceptable. No hay razón alguna que justifique un diferente trato para los créditos hipotecarios inscritos sólo a nombre del marido (antes de la reforma del Reglamento), sin indicación de la procedencia del dinero, y para los inscritos a nombre de ambos cónyuges, sobre todo si se tiene en cuenta que la inscripción conjunta la impone el Reglamento con independencia de toda manifestación de los esposos y aunque la mujer ni siquiera concurra al otorgamiento de la escritura. Tan presuntivamente ganancial es el crédito hipotecario en un caso como en otro y, por consiguiente, o el marido puede o no puede cobrar y cancelar. La respuesta afirmativa tiene que ser válida para las dos hipótesis, o de lo contrario es que en tema de cancelación de hipotecas hay que olvidarse ya para siempre de la lógica y del sentido común. Se nos aducirá que la mujer es titular registral (en virtud de la nueva norma sobre inscripción contenida en el artículo 95) del crédito hipotecario, y por consiguiente si no por imperio del artículo 1.413 del Código civil (ya que hemos convenido, con el «consentimiento» de la Dirección, en que el marido puede cobrar y, por tanto, cancelar créditos hipotecarios como ad-

de la voluntad del poderdante. Hay que determinar si quien ha conferido poder para cobrar créditos ha querido referir esta facultad a todos los créditos sin distinción o ha querido excluir los hipotecarios, problema que, de hecho, ha resuelto la Dirección en el sentido de que para cobrar créditos hipotecarios hace falta poder especial. Lo que no tiene sentido es estimar que el mandatario pueda cobrar los créditos hipotecarios de su mandante, y no pueda, sin embargo, otorgar las pertinentes cancelaciones de hipotecas.

ministrador de la sociedad conyugal), si por actuación del principio hipotecario, que obliga que los actos de disposición sobre bienes o derechos inscritos emanen del titular registral el consentimiento de la mujer resultará ineludible. De nuevo tropezamos aquí con la hipertrofia de los principios hipotecarios. La exigencia que obliga a que los actos dispositivos para ser inscritos (y volvemos a negar que la cancelación por pago a su vencimiento sea un verdadero acto de disposición) deben emanar del titular registral, regla que no es sino una consecuencia, como ha puesto de relieve SANZ (206), del principio de legitimación, no se infringe en realidad aquí. Los bienes inscritos a nombre de marido y mujer por aplicación de la regla primera del artículo 95 lo están «para la sociedad conyugal», es decir, prácticamente, a nombre de la comunidad que constituyen los esposos casados bajo el régimen de gananciales. Por consiguiente, basta que el acto se otorgue por aquel de ambos cónyuges que de acuerdo con las normas de derecho sustantivo tenga facultades para realizarlo.

LA RICA (207) dice que a los créditos hipotecarios inscritos después de la reforma del Reglamento no les será aplicable el último párrafo del artículo 178 por la sencilla razón de que estas hipotecas se han de inscribir a nombre de ambos cónyuges, y la cancelación por consiguiente, y conforme al artículo 96, se ha de otorgar también con el consentimiento de los dos. El argumento no sirve porque, por fortuna, el artículo 96 del Reglamento no dice lo que cree LA RICA. Dice que «los actos dispositivos sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo anterior (es decir, los inscritos a nombre de ambos cónyuges) *se registrarán por las normas de los bienes gananciales*, que es cosa muy diferente a que han de otorgarse con «el consentimiento de ambos cónyuges». El Reglamento consciente, por una vez, de lo limitado de sus atribuciones, se remite a *las normas de derecho sustantivo*. Estas, como hemos visto, llevan a la conclusión, rectamente interpretadas, de que el marido puede por sí cobrar y cancelar créditos hipotecarios gananciales, y, por supuesto, no autorizan en modo alguno a hacer distinciones según que la inscripción se haya practicado a nombre de ambos cónyuges o de uno sólo si no hay ninguna indicación sobre la procedencia del dinero. Tampoco es exacto que, como dice LA RICA, la nueva disposición del Reglamento se traduzca «en no haber dado efecto retroactivo en los casos de cancelación por pago, a las normas del nuevo artículo 1.413 del Código civil». Basta para desvirtuar esta afirmación el hecho de que entre la entrada en vigor de la reforma del Código y la del Reglamento ha mediado casi un año, durante el cual se habrán practicado multitud de inscripciones, a nombre del marido, de créditos hipotecarios presuntivamente gananciales, *constituídos después de la reforma del Código*

(206) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 150.

(207) Obra y lugar citados.

civil (y a los que, por tanto, es aplicable dicha reforma), hipótesis que está terminantemente incluida en la pura dicción literal del artículo 178. Si la función del artículo 178 fuera privar de efectos retroactivos al artículo 1.413 se habría excluido, por tanto, no sólo la retroactividad de grado medio (créditos hipotecarios constituidos antes de la reforma del Código y pagados y cancelados después o pagados antes y cancelados después), sino también la retroactividad de grado mínimo, es decir, vendría a establecerse que los maridos casados antes de la reforma no necesitan consentimiento de su mujer para cancelar créditos hipotecarios. Pero entonces, y siempre supuesto que del artículo 1.413 reformado resultara la necesidad de ese consentimiento, nos quedaríamos sin saber por qué se dispensa distinto trato a la cancelación de créditos hipotecarios (para los que no tendría efecto retroactivo el nuevo artículo 1.413 si el matrimonio se celebró antes de la reforma) y a los demás actos de disposición, y, por otra parte, no se alcanza la razón en virtud de la cual esta limitación de los efectos retroactivos queda circunscrita a los créditos inscritos antes de la reforma del Reglamento aunque se hayan constituido después de modificado el artículo 1.413. Además y finalmente, ¿cómo puede el Reglamento hipotecario dar o quitar efecto retroactivo a un precepto del Código civil.

El último párrafo del artículo 178 del Reglamento debe ser interpretado en el sentido de que las cancelaciones otorgadas unilateralmente por el marido no serán posibles cuando el crédito hipotecario esté inscrito a nombre de la mujer, bien con carácter dotal o parafernial, bien con carácter presuntivamente ganancial, pero habiendo confesado el marido la procedencia privativa del dinero o de los bienes determinantes de la adquisición del crédito, casos éstos en que la presunción está parcialmente enervada (208).

No es igualmente claro que el cobro de un crédito hipotecario, antes de su vencimiento, sea también un acto de administración (209). Por una parte, inclina el ánimo a la negativa la consideración de que el cobro anticipado retira de su colocación un capital bien asegurado que estará normalmente produciendo intereses (cfr. artículo 269-9 del Código civil, que parece responder a este criterio). De aquí se sigue, sin embargo, que cuando el crédito no los produzca (210) el acto continuará siendo acto de administración.

(208) Tenemos entendido, aunque, naturalmente, no respondemos de la exactitud de la versión, que el último párrafo del artículo 178 se redactó cuando aún no estaba confeccionado el nuevo artículo 95. Si esto fuera cierto, la expresión «hipotecas inscritas a nombre del marido» serían un *lapsus* de los autores del Reglamento. Pero, haya o no habido *lapsus*, creemos que las razones que han quedado expuestas en el texto bastan para amparar la solución que proponemos.

(209) No es, además, un acto debido si el plazo se ha establecido en beneficio del deudor y del acreedor, lo cual se presupone, según establece el artículo 1.127 del Código civil.

(210) La hipótesis no es, hoy, tan anormal. En las ventas de pisos,

E incluso, aunque se trate de un crédito productivo, es dudoso que la recuperación del capital, antes del momento previsto, pueda estimarse acto de disposición, pues los intereses perdidos hasta que se realice una nueva inversión pueden estar sobradamente compensados con la depreciación que hubiera experimentado el capital de haber aguardado al cumplimiento del plazo, especialmente si aún faltaba bastante tiempo para el vencimiento. Ni el artículo 178 del Reglamento ni la Resolución de 20 de diciembre de 1959, distinguen entre pago al vencimiento y pago anticipado (la resolución se refería, sin embargo, a un supuesto de pago efectuado después del vencimiento), y ello es un fuerte argumento a favor de que el marido pueda cancelar por sí solo, tanto si el pago se produce al vencimiento como si tiene lugar anticipadamente. No sólo porque se puede invocar el aforismo de que cuando la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir, sino porque además, y, según antes expusimos, en la duda sobre si el marido necesita o no el consentimiento de su mujer para realizar un determinado acto, debe estimarse que dicho consentimiento no es necesario. Supuesto que el marido pueda cancelar en caso de cobro anticipado, ¿podrá liberar parte de los bienes hipotecados? Habrá que contestar afirmativamente cuando nos encontramos en el caso previsto por el artículo 124 de la Ley Hipotecaria (pago de la cantidad por la que responde una de las fincas entre las que se haya dividido la hipoteca). En otro caso, la cuestión depende de que admitamos o neguemos la potestad del marido para modificar la garantía hipotecaria. Si la negamos habrá que negar igualmente que el marido pueda otorgar una cancelación que libere parte de los bienes hipotecados; ya que la reducción de la obligación garantizada no impide que la hipoteca, por el resto, continúe pesando íntegramente sobre los bienes hipotecados (artículo 122 de la Ley Hipotecaria) sin que el deudor tenga otro derecho que el de exigir la cancelación cuantitativa.

2.º *Cesión del crédito hipotecario.*—La cesión de créditos hipotecarios no es hoy demasiado frecuente. Fiscalmente es más barato cancelar el crédito hipotecario y constituir otro por igual importe. Pero hay que recurrir a la cesión cuando no sea posible o resulte muy dificultoso constituir una nueva hipoteca (por ejemplo, si el deudor ha muerto y los herederos no son conocidos, o no están de acuerdo, o si el deudor ha devenido incapaz, o si el hipotecante o su esposa no quieren que se constituya la nueva hipoteca, etc.).

Aunque la cesión de un crédito hipotecario, hecha por el nominal, equivale prácticamente a un cobro anticipado, el mecanismo jurídico de la operación hace más difícil que pueda verse aquí un acto de administración. El artículo 178 del Reglamento hipoteca-

los plazos pendientes no devengan intereses muchas veces. Por otra parte, ya hemos subrayado antes que los preceptos relativos, en este punto, a las facultades del tutor no son por regla general aplicables a los administradores legales de bienes ajenos.

rio no resulta aplicable a esta hipótesis, pues se refiere exclusivamente a cancelaciones por pago.

Parece, pues, que ha llegado la hora de abordar sin ninguna clase de rodeos el problema que apuntábamos al comienzo: Los actos de disposición sobre el complejo crédito hipotecario ¿han de regirse (en cuanto a la capacidad o el poder legal de disposición necesarios para realizarlos) por las normas que regulan la disposición de inmuebles? ¿Cuál de los dos elementos, crédito (mueble), hipoteca (inmueble según la concepción tradicional), debe imponer su primacía sobre el otro?

A nuestro juicio, para resolver el problema (211) hay que partir de un principio claramente formulado por nuestro derecho positivo. De los artículos 1.528 y 1.868 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria resulta que la hipoteca es una garantía accesoria de una obligación (212).

El llamado dogma de la accesoriadad de la hipoteca no gusta a algunos hipotecaristas. A nuestro juicio, sin embargo, la hipoteca es siempre accesoria y no puede ser de otra manera. Esto no tiene nada que ver con varios hechos evidentes e indiscutibles como son que la responsabilidad real suela interesar más que la personal, que ambas responsabilidades puedan disociarse, o que haya responsabilidad real sin asomo de responsabilidad personal. Lo que en realidad se quiere decir al afirmar el carácter accesorio de la hipoteca es que dicha figura jurídica tiene por función servir de garantía a un crédito. Así sucede, a nuestro juicio, aun en aquellos supuestos en que no hay más que responsabilidad hipotecaria (deuda inmobiliaria alemana o hipoteca de responsabilidad limitada española, de tan precaria vida, por cierto, en nuestra realidad jurídica). Lo que se pretende en estos casos es, también, asegurar el derecho a la percepción de una determinada suma de dinero que debe proporcionar, en primer lugar, una persona (el dueño de los bienes hipotecados) y que, en caso contrario, se obtiene mediante la ejecución forzosa sobre la finca. Si en esas instituciones (deuda inmobiliaria e hipoteca de responsabilidad limitada) no vemos más que un derecho de realización de valor, tendremos que admitir que *si el dueño de la finca paga, el derecho habrá quedado satisfecho sin haber sido ejercitado* (ya que no se ha procedido a la realización, mediante su enajenación, del valor en cambio de la finca). Curioso fenómeno éste. Para salir del atolladero, es decir, para explicar y justificar por que el título y concepto adquiere el dinero el titular de la hipoteca, se acude al expediente del rescate. El propietario «compra» el derecho de realización de valor que pesa sobre

(211) Sabemos de antemano que nuestros puntos de vista no serán fácilmente aceptados.

(212) Así lo reconoce la Resolución de 20 de noviembre de 1959. En realidad, literalmente, la Resolución dice lo contrario, pero se trata, evidentemente, de un error de redacción, como demuestra la cita de los preceptos invocados en el texto y la construcción general del considerando.

su finca. Pero por este procedimiento se convierte lo que constituye el desenlace normal de la relación en un medio extrínseco y artificial de extinguirla. Se transforma lo que es un acto clarísimo de administración (el cobro a su vencimiento del capital invertido) en un acto de disposición. Acto de disposición forzoso para el titular de la hipoteca, lo que tampoco está muy justificado si en la hipoteca hemos de ver tan sólo un derecho de realización de valor. El artificio del rescate excluye, sin motivo suficiente, la aplicación de las normas reguladoras del pago, lo que puede tener importancia, especialmente, si se sostiene que el pago no constituye un negocio jurídico. A todo esto se llega por no admitir que el centro de gravedad de la relación, desde el punto de vista del interés protegido, estriba en el derecho a percibir una cierta suma de dinero, que es, en síntesis, la medula de los créditos pecuniarios. La responsabilidad patrimonial universal es un efecto que acompaña normalmente a la obligación en el derecho moderno, pero no es un presupuesto conceptual de ella. No hay inconveniente en que la responsabilidad se limite a ciertos bienes, y el derecho positivo admite casos en que así ocurre, siendo cuestión diferente la de saber hasta qué punto y en qué medida deben admitirse estas excepciones a la regla general. Tampoco hay por qué escamotear el crédito por el hecho de que la sujeción que entraña la ejecución forzosa llegado el incumplimiento se anticipe al comienzo de la relación que es cabalmente lo que ocurre en la hipoteca. Sea ésta o no de recho real, su función es siempre, repetimos, la de servir de garantía a un crédito.

Nosotros hace tiempo que nos alistamos en las filas de los que creen que la hipoteca no es un derecho real. Hoy, después de diez años de haber defendido esta postura (213) seguimos manteniendo, en lo sustancial, la misma tesis que entonces, rectificando únicamente lo absoluto de la afirmación de que la hipoteca es (como garantía) una institución que pertenece por completo al derecho procesal. La hipoteca, en realidad, crea, desde que se constituye, una amenaza de resolución sobre la titularidad de los bienes hipotecados; tiene, en este sentido, una dimensión que se proyecta sobre el derecho sustantivo, y precisamente por ello la constitución de una hipoteca es un acto de disposición de derecho material. Pero, en lo demás, siguen siendo válidas, a nuestro juicio, las razones que en su día expusimos para demostrar que la hipoteca y los derechos reales, propiamente dichos, son categorías completamente heterogéneas.

Sin necesidad de apurar este argumento, heterodoxo para la mayoría, a nosotros nos parece que no es procedente aplicar a la cesión de créditos hipotecarios las normas que regulan la transmisión de bienes inmuebles. El derecho positivo nos dice terminantemente que la hipoteca es *accessoria* de un crédito. Luego la apli-

(213) Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas...*, etc., cit.

cación del principio jurídico de que lo accesorio sigue a lo principal debe llevar a la conclusión de que si se transmite el crédito hipotecario las normas que han de regir la transmisión son las que se refieren al elemento principal de la relación, salvo que haya preceptos especiales que establezcan otra cosa. Confirman este criterio el hecho de que la función de la hipoteca sea, única y exclusivamente, servir de garantía a un crédito. El derecho subjetivo, en ambos casos, tiene por fin proporcionar a su titular un mismo bien, ya mediante el procedimiento normal o fisiológico del pago ya mediante el procedimiento quirúrgico de la ejecución forzosa. El crédito hipotecario está mejor garantizado que el crédito simple, pero es crédito. Por todo ello, y así resulta claramente del artículo 1.528 del Código civil, en la cesión de créditos hipotecarios, el objeto principal de la disposición es el crédito aunque con él se entienda cedida también la hipoteca, la cual por su condición de mera garantía no puede ser objeto independiente y autónomo de transmisión (214). Por consiguiente, si el objeto principal de la disposición es el crédito y la transmisión de la hipoteca es una simple consecuencia de la cesión de aquél, deben ser las normas que regulan la cesión de créditos, en general, las que se apliquen a la cesión de créditos hipotecarios, y sólo entrarán en juego las que disciplinan las transmisiones inmobiliarias cuando existan preceptos concretos que así lo establezcan. Estos preceptos se reducen al artículo 149 de la Ley hipotecaria, que exige para la cesión de crédi-

(214) Por esto, la subhipoteca—como puso de relieve acertadamente DÍEZ PASTOR, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1930, página 446—, no es el fondo más que una prenda del crédito hipotecario. No nos convence la construcción de ROCA SASTRE (*Instituciones cits.*, III, págs. 289 y sigs.), quien trata de construir como figuras diferentes la subhipoteca y la prenda de créditos hipotecarios. Aunque en la subhipoteca, como cree ROCA, el acreedor subhipotecario pudiera sólo subrogarse en el ejercicio de la acción hipotecaria (y no en la personal), no por ello dejaría de ser el crédito, y no sólo la hipoteca, el objeto de la garantía. Si la subhipoteca sólo afectara a la hipoteca subhipotecada dejando intacto el crédito (sobre todo, si se acepta la teoría de la hipoteca-derecho de realización de valor) no tendría clara explicación por qué el acreedor subhipotecario (previa la notificación al deudor) puede impedir el pago al acreedor subhipotecante, ni por qué está facultado, si el deudor paga, para cobrar él y quedarse con lo pagado en concepto de prenda irregular, ni por qué el pago hecho al acreedor subhipotecario, que según esta concepción no tiene derecho alguno sobre el crédito, libera de todos modos al deudor. Estos resultados sólo se explican admitiendo que el derecho del acreedor subhipotecario se refiere al crédito subhipotecado (o mejor pignorado), aunque, en el supuesto de ejecución forzosa, sólo pueda ejercitar la acción hipotecaria y no la personal, lo que tampoco nos parece demasiado diáfano. La causa de la confusión quizás estriba en creer que el desenlace obligado de la prenda de créditos es la enajenación del crédito pignorado, y como esto no es posible con relación a la hipoteca, aisladamente considerada, por ello, se pretende hacer de la subhipoteca una institución netamente diferenciada de la prenda de créditos. Pero, como ha demostrado DÍEZ PASTOR, también en la prenda de créditos los derechos del acreedor subpignoraticio pueden traducirse en el ejercicio del crédito pignorado y no en su enajenación.

tos hipotecarios la escritura pública y la inscripción, además, de la notificación al deudor. Requisito éste, por cierto, requerido para la cesión de cualquier crédito, demostrando su reiteración que la calidad de hipotecario en el crédito cedido no excluye que se apliquen las normas reguladoras de la cesión de créditos. Aunque el objeto principal de la disposición sea el crédito, y la transmisión deba regirse por las normas que regulan la cesión de créditos, en general, ello no se opone a que la escritura y la inscripción en el Registro sean requisitos especiales de la cesión de créditos hipotecarios, formalidades que, por lo demás, son perfectamente compatibles con aquellas normas. Los efectos de la cesión sólo alcanzan a la hipoteca por su condición accesoria (215), pero es lógico, no obstante, que se reflejen en el Registro de la Propiedad. La buena organización del crédito territorial exige que se pueda conocer con toda certidumbre, y por el Registro mismo, quien es el titular del crédito garantizado con hipoteca (216).

En síntesis: entendemos que la condición inmueble de la hipoteca (que sólo es tal, de acuerdo con la concepción clásica) no puede prevalecer sobre la naturaleza mueble del crédito, al menos mientras se trate de actos que tengan al crédito por objeto primordial y directo (217). En la cesión de créditos hipotecarios, por consiguiente, deben bastar la capacidad o el poder legal de disposición que se exigen para otorgar actos dispositivos sobre

(215) Como dice Díez PASTOR (*Loc. cit.*, pág. 447) refiriéndose a la subhipoteca.

(216) La notificación al deudor, como instrumento de publicidad, es insuficiente.

(217) No parece posible sostener que la condición inmobiliaria de la hipoteca (elemento accesorio) borre la naturaleza mueble del crédito para llegar a la conclusión de que el complejo crédito-hipotecario, es, por completo, inmueble. Ello sería contrario al axioma jurídico *accessorium sequitur principale* principio elemental de la organización jurídica que sólo puede ser derogado por preceptos terminantes y expresos. Por esto no cabe invocar (para sostener que el crédito hipotecario es inmueble) la interpretación extensiva, o a *sensu contrario*, de algún artículo, como el 336 del Código civil. El artículo 336 dice que las pensiones vitalicias o hereditarias son muebles, salvo que graven con carga real un inmueble. No está claro a qué tipo de carga real se ha querido referir aquí el Código, como no sea a los censos (perpetuos los constituidos después de entrar en vigor el Código) ya que la hipoteca en garantía de rentas o pensiones periódicas no está regulada por nuestro primer cuerpo legal (en el que sólo se registran vagas alusiones a la misma). Por otra parte, el propio artículo 336 agrega que se reputan muebles las cédulas o títulos representativos de préstamos hipotecarios. Frente a la interpretación a *contrario* según la cual, en los demás casos (es decir, cuando no se trate de cédulas u obligaciones hipotecarias), el préstamo garantizado con hipoteca debe considerarse inmueble, se puede oponer la consideración de que es absurdo que la naturaleza mueble o inmueble del derecho se haga depender, a todos los efectos, de su incorporación a un título valor, lo que únicamente debe tener trascendencia, desde el punto de vista de los requisitos formales de la transmisión y de la legitimación, para su ejercicio. En realidad el artículo 336 no se pronuncia de modo general sobre la naturaleza mueble o inmueble del crédito hipotecario.

bienes muebles (218). El marido, pues, podrá otorgar actos de disposición a título oneroso sobre créditos hipotecarios que tengan carácter ganancial de la misma forma que puede disponer de los demás créditos que pertenezcan a la comunidad conyugal. En la duda sobre la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del bien ganancial hay que admitir que el marido pueda disponer (a título oneroso, naturalmente), del bien en cuestión. El nuevo artículo 1.413 del Código civil en cuanto limita, para ciertos actos, las potestades dispositivas del marido tiene que ser interpretado, una vez más lo repetimos, restrictivamente. La misma Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 pone de relieve que el legislador no pensaba en estos «pseudo-inmuebles», cuando concedió a la mujer el derecho de consentir u oponerse a ciertos actos de especial gravedad para el patrimonio familiar. «Se ha tenido presente—dice la Exposición de Motivos—que los bienes inmuebles, si no representan en todos los casos un mayor valor económico son los que, de ordinario, encarnan valores de uso y afección muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia.» No parece que estas consideraciones quepa referirlas a los créditos hipotecarios. La colocación del dinero ganancial en préstamos hipotecarios y el manejo de los capitales invertidos mediante el cobro o cesión (que, generalmente, representa un cobro anticipado) de los créditos, no debe entenderse sustraída a las amplias facultades de gestión económica que todavía la Ley confía al marido.

3.º *Cancelación por causas distintas del pago o modificaciones de la garantía.*—La necesidad de que el marido obtenga el consentimiento de su mujer para realizar estos actos puede defenderse con argumentos de mucha fuerza. En primer lugar, el acto—se dirá—no afecta ya al crédito, sino sólo y exclusivamente a la garantía. No puede, pues, aducirse la razón de que por ser la hipoteca accesoria del crédito deben tener preferencia las normas

(218) Se nos podría objetar que, de acuerdo con nuestra argumentación, debiera ser suficiente para constituir hipotecas la capacidad para contraer la obligación garantizada puesto que ésta es el elemento principal y la hipoteca lo accesorio. La objeción no sería válida. En materia de constitución de hipotecas sí que hay normas especiales que regulan la capacidad para imponerlas.

Se puede carecer de capacidad para celebrar un determinado negocio y, sin embargo, ser capaz para ceder los derechos derivados del mismo. El menor emancipado no puede tomar dinero a préstamo (es decir, no puede válidamente obligarse a título de préstamo), pero puede prestar dinero y ceder el crédito nacido del contrato que ha celebrado como prestamista. La constitución de una hipoteca limita la titularidad de un inmueble «de verdad» y es, sin ninguna duda, un acto de disposición sobre inmuebles. El error ha consistido en creer que toda limitación o condición impuesta a la titularidad de un inmueble da lugar al nacimiento de un derecho real. La artificial conversión de la hipoteca en derecho real conduce a este dilema: o se deja de tener en cuenta la naturaleza real de la hipoteca cuando se trata de disponer del crédito hipotecario, o se tiene que pasar por la violencia, mucho mayor, de que el elemento accesorio de la relación imponga su condición al principal.

que al crédito se refieren. En segundo término, hay otra consideración de tipo práctico. Así como el cobro del crédito, incluso el cobro anticipado, y hasta la cesión (por el nominal) son actos que en sí no causan perjuicio a la sociedad de gananciales (el perjuicio en estos casos puede venir determinado por el empleo que el marido dé al dinero recibido), las modificaciones de la garantía pueden representar por sí mismas un perjuicio, incluso grave, si repercuten en la seguridad de que la obligación será hecha efectiva a su vencimiento. Por último, el artículo 178 del Reglamento hipotecario, al establecer que el marido necesita el consentimiento de su mujer para la cancelación por pago, está evidenciando que tal consentimiento es necesario para las cancelaciones que tengan otra causa y, en general, para los actos que impliquen una modificación de la garantía hipotecaria.

Nos hacemos cargo del valor de estas razones y estamos casi seguros de que prevalecerán en la práctica. En nuestra personal opinión no son, sin embargo, decisivas. Sea o no la hipoteca un derecho real, lo cierto es que su naturaleza accesoria, su función de garantía, determinan necesariamente una consecuencia. Esta consecuencia es la de que fatalmente todo acto de disposición sobre la garantía no es en el fondo más que acto de disposición sobre el propio crédito. No se trata de un acto que extinga el crédito por consunción (como el cobro) o por enajenación (como la cesión), ni que afecte a sus condiciones económicas (cuantía, plazo, interés, etc.). Pero se trata de un acto que trasciende a una de sus cualidades esenciales: la posibilidad de hacerse efectivo mediante la ejecución hipotecaria. Sólo porque repercuten, o pueden repercutir, en la seguridad del crédito o en la simplicidad o complejidad del procedimiento a seguir para exigir coactivamente su cumplimiento, es por lo que tienen importancia económica y jurídica los actos que entrañen una modificación de la hipoteca. Supuesto que se admita la potestad del marido para disponer del crédito hipotecario hay que admitir también que pueda otorgar, sin consentimiento de su mujer, estos actos, que en realidad son también actos de disposición sobre el crédito. Volvemos a insistir en que no parece que sean estos inmuebles (en el supuesto de que realmente puedan considerarse así) los que han polarizado la atención del legislador, cuando se ha decidido a introducir en nuestra sociedad de gananciales el consentimiento *uoris*. Los únicos actos que, a nuestro entender, caen fuera de las potestades del marido, serán aquellos que entrañen una concesión graciosa para el deudor. Aunque no pueda verse en ellos una donación propiamente dicha, sí son una disposición (en el sentido antes expuesto), gratuita. En tema de liberalidades, la Ley no ha concedido al marido más facultades que las que excepcionalmente señala el artículo 1.415. La interpretación restrictiva se impone también aquí, pero en sentido contrario a las potestades del marido. Ahora bien, cuando se trate de actos que nada tengan que ver con una liberalidad

(por ejemplo, sustitución de la finca hipotecada, división de la hipoteca entre las varias fincas en que se haya fragmentado la inicialmente hipotecada, nueva distribución de la responsabilidad hipotecaria, etc.), el marido, en nuestro sentir, puede realizarlos por sí solo.

Resumiendo cuanto llevamos dicho, entendemos: Primero, que es muy claro, a nuestro juicio, que el marido pueda cobrar (especialmente al vencimiento) los créditos hipotecarios gananciales y, en consecuencia, cancelar las hipotecas correspondientes. Estamos en presencia de un acto típico de administración que entra en las facultades del marido cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a la hipoteca. Segundo, es menos claro, que el marido pueda realizar actos de disposición sobre el crédito hipotecario, especialmente si el acto consiste en modificaciones de la garantía. Con todo, y a nuestro juicio, debiera prevalecer también la solución afirmativa.

Extinción de otros derechos reales.—Generalmente la extinción de los derechos reales inmobiliarios se produce por causas que operan de un modo automático o por ministerio de la ley (expiración de plazo, cumplimiento de condición resolutoria, consolidación, pérdida, prescripción, etc.). Está claro que por su propia naturaleza estas causas extintivas nada tiene que ver con los problemas que plantea el consentimiento *uxoris*. Por el contrario, la extinción por mutuo acuerdo o por renuncia del titular, implican, sin duda alguna, un acto de disposición que requiere el consentimiento de la mujer. Hay un caso, sin embargo, en que puede suscitarse la duda: es el de la redención de un censo cuando el censatario haga uso del derecho que le conceden los artículos 1.600 y siguientes del Código civil. A nuestro juicio, y según fácilmente puede colegirse de todo lo que hasta aquí llevamos dicho, tampoco en este caso necesitará el censalista consentimiento de su mujer para recibir el capital del censo y dar la relación por extinguida. Del artículo 1.608 del Código civil resulta con toda evidencia que el censatario tiene derecho a imponer la redención al censalista. Consentir ésta y recibir el capital, cuando se hayan cumplido todos los requisitos exigidos por el Código, para que el censatario pueda ejercitar el derecho que en este sentido le corresponde, es un acto obligatorio para el censalista y, por consiguiente, puede cumplirlo sin consentimiento de su mujer en virtud de las razones que, con relación a los actos debidos, hemos expuesto antes (219)

(219) Respecto de los actos de disposición voluntarios otorgados por el censalista (especialmente transmisión del censo), la cuestión de su potestad para llevarlos a cabo, sin consentimiento de la mujer, depende de que construyamos o no el censo (por lo que se refiere a la posición jurídica del censalista) como derecho real. Con relación al censo enfiteutico, y en términos de riguroso derecho positivo, no parece que pueda haber ninguna duda ya que nuestro Código se inspira todavía en la antigua concepción del dominio dividido, concepción a la que responde el complejo de

Dentro del capítulo referente a la extinción y, en general, a la disposición de derechos reales inmobiliarios, creemos obligada una referencia al derecho del arrendatario de bienes inmuebles.

La posibilidad de otorgar actos de disposición sobre el derecho arrendaticio es evidente. La transmisión o cesión del derecho arrendaticio es posible con el consentimiento del arrendador y, a veces, sin ese consentimiento (220). El arrendatario puede también disponer de su derecho por vía de renuncia conviniendo su extinción con el arrendador, o no ejercitando el derecho (legal o convencional) a prorrogarlo.

Es de evidente interés investigar si estos actos, cuando el derecho arrendaticio sea ganancial, puede realizarlos el marido sin contar con su mujer o se necesita, para llevarlos a cabo válidamente, el consentimiento de aquélla. La solución depende, en principio, de la naturaleza personal o real que haya que atribuir al derecho del arrendatario.

Excedería totalmente de los límites que razonablemente debe tener este trabajo que tratésemos aquí a colación, con todo detalle, la enconada polémica doctrinal en torno al problema de la naturaleza del derecho arrendaticio (221). A nuestro juicio, el derecho arrendaticio, tanto por el interés que tutela como por las facultades

facultades que tiene el censualista. En el censo reservativo y en el consignativo la cuestión varía. Nosotros nos hemos mostrado partidarios de la construcción obligacionista de cierta figuras jurídicas (las llamadas obligaciones *propter rem* o *scriptas in rem*) dentro de las que se pueden encajar los censos (Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas... cit.*, págs. 407 y sigs.). En lo sustancial continuamos fieles a lo que entonces sostuvimos. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho positivo creemos que hay que atribuir naturaleza real al derecho del censualista. Y no está señalado—a diferencia de lo que sucede en la hipoteca—el carácter accesorio del gravamen real respecto de la obligación personal. Posiblemente se tiene en cuenta que la titularidad pasiva de la relación está vinculada a la propiedad de la finca gravada. La pensión actual y las futuras que se vayan devengando, sólo se pueden reclamar del dueño de la finca gravada. La acción personal únicamente se admite para el cobro de las pensiones atrasadas, de las que debe ser personalmente responsable aquel que fué propietario de la finca cuando dichas pensiones se devengaron (aunque otra cosa entienda el Tribunal Supremo en un caso particular. Cfr. sentencia de 16 de diciembre de 1925 y la crítica de CASTÁN, en *Ob. cit.*, II, pág. 311).

Estas razones no son, a nuestro entender, bastantes (pues la accesoriedad de las llamadas cargas reales no depende, creemos, de que la responsabilidad personal, si existe, se transmita o no con la responsabilidad real), pero a ellas se debe probablemente que el derecho positivo estime que estos gravámenes no son accesorios de una obligación personal.

(220) Así ocurre en el traspaso de locales de negocio, cumpliendo los requisitos de la LAU, en la cesión de vivienda a título gratuito en los casos permitidos por la propia LAU. Los arrendamientos regulados por el Código civil pueden cederse sin el consentimiento del arrendador, pero la cesión no opera la subrogación total del cesionario en la relación arrendaticia.

(221) Una exposición detalladísima de las distintas posiciones, y un examen exhaustivo—como todos los suyos—de los argumentos en pro y en contra puede verse en VALLEA: *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, págs. 11 y sigs.

que atribuye a su titular, debe ser considerado verdadero y propio derecho real, razones que, tratándose de arrendamientos regulados por las leyes especiales que disciplinan el inquilinato y el colonato, adquieren un mayor valor por cuanto que se dispensa al arrendamiento una protección igual, y en algunos casos superior, a la que gozan los derechos reales en general. Sin embargo, la mayoría de los autores creen que el arrendamiento continúa engendrando únicamente relaciones obligacionales, y acuden a diferentes expedientes para explicar las que, para nosotros, son claras manifestaciones de un carácter real. Se niega la «inmediatez» del goce del arrendatario y se afirma que la derogación del sistema de *Lex Emptorem* no es la última fase de la evolución del instituto hacia el campo de los derechos reales, sino que constituye, simplemente, una subrogación, impuesta por la ley, en los derechos y obligaciones nacidos del contrato. La Jurisprudencia se ha mostrado muy vacilante. Tradicionalmente el Tribunal Supremo ha negado al derecho arrendaticio la consideración de derecho real, que sólo admite cuando se trata de arrendamientos pactados con muy larga duración y posibilidad de inscripción en el Registro (cfr. Sentencias de 9 de junio de 1933 y 24 de abril de 1941, entre otras). Es más concluyente el criterio de la Dirección General de los Registros que hace depender de la inscripción el carácter personal o real del arrendamiento (cfr. Resoluciones de 20 de noviembre de 1900, 12 de marzo de 1902, 29 de mayo de 1906, 26 de abril de 1907, 15 de junio de 1929, etc.). Respecto de los arrendamientos regulados por las leyes especiales la jurisprudencia, sin pronunciarse de un modo rotundo sobre la cuestión, parece, sin embargo, mantener el criterio tradicional, según vimos al ocuparnos del problema de la capacidad para concertar estos arrendamientos.

Desde luego, y si prospera definitivamente la tesis personalista del derecho arrendaticio, habrá que llegar a la conclusión de que el marido está facultado para disponer, ampliamente, del arrendamiento, sin necesidad del consentimiento de su mujer.

A nuestro juicio y desde el punto de vista de la Ley de 20 de abril de 1958, estaría plenamente justificado que el marido tuviera que contar con su mujer para disponer del derecho arrendaticio, al menos, en ciertos casos. Justificación bastante más sólida que la que pueda tener aquella exigencia en otros supuestos. Y, sin embargo, es de prever que se niegue la procedencia del consentimiento *uxoris* en los actos de disposición sobre derechos arrendaticios, por sostener que este derecho tiene naturaleza simplemente personal. Una vez más se pone de relieve cuán equivocado es centrar la solución de problemas jurídicos en construcciones conceptuales sobre la naturaleza de las instituciones. Claro, que en nuestro tema, el principal culpable es el propio artículo 1.413 que implícitamente obliga a seguir ese erróneo criterio.

Si se reconociese el carácter real del derecho arrendaticio ha-

bría que admitir igualmente la necesidad de que el marido, para disponer de él, obtuviera el consentimiento de su mujer. Con todo no estaría claro que el marido lo necesitase para extinguir el arrendamiento, bien por convenio con el arrendador, bien mediante denuncia unilateral cuando ello sea posible. El problema lo plantea la inserción del derecho arrendaticio en un contrato bilateral de tracto sucesivo, susceptible de ser prorrogado indefinidamente, o durante uno o varios períodos determinados a voluntad del arrendatario. A nuestro juicio la renuncia (convenida con el arrendador) no sería válida durante la vigencia del plazo contractual. Tampoco durante las prórrogas igualmente contractuales (expresas o tácitas) concertadas por las partes. Pero, ¿y la prórroga legal? ¿Puede el marido renunciar a ella o desistir de ejercitarla sin el consentimiento de su mujer?

Indudablemente es el marido quien tiene que decidir si el contrato se prorroga o no. La prórroga implica la asunción de nuevas obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales, obligaciones que sólo el marido está facultado para contraer. Esto está muy claro tratándose de arrendamientos rústicos, pues en todos ellos la prórroga o prórrogas son para períodos de tiempo determinados que vinculan por igual a ambas partes (cfrs. arts. 10 y 84 del Decreto de 29 de abril de 1959). Prorrogado el contrato por el marido no debiera admitirse, durante la vigencia de la prórroga, que pudiera ponerle fin sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial. En los arrendamientos urbanos la cuestión es más compleja. Como pone de relieve Cossío (222) la prórroga legal del inquilinato no significa que el contrato se prorrogue por períodos iguales al plazo inicial, sino que hay una prórroga única de duración indefinida a la que puede poner fin el arrendatario a su voluntad, o el arrendador cuando concurren algunas de las causas legales de denegación. Confirma esta interpretación el artículo 57 de la LAU al establecer que si el arrendatario denuncia el contrato antes del vencimiento del plazo, debe indemnizar al arrendador con una cantidad igual a la renta correspondiente al tiempo que faltó para la conclusión de aquel plazo, no estableciendo nada al respecto cuando se trata de contrato que se encuentra en situación de prórroga legal. Así las cosas, si el contrato ha entrado ya con el beneplácito expreso o tácito del marido en período de prórroga legal, la renta se parece más a un canon que se paga como contrapartida del derecho arrendaticio que al objeto de una obligación contractual, a la que puede ponerse término en cualquier momento. No es, por consiguiente, incongruente con los principios que gobiernan el funcionamiento de la sociedad conyugal permitir a la mujer la permanencia en la cosa arrendada mientras pague, conservando el derecho arrendaticio (223).

(222) *Ob. cit.*, pág. 400.

(223) Ciertamente el marido puede provocar la extinción del arriendo

• Pero, en fin, parece inútil insistir más sobre este tema supuesto que el problema, si llega a plantearse judicialmente, se resolverá seguramente de acuerdo con la tesis personalista del derecho arrendaticio que es la que prevalece en la doctrina y en la Jurisprudencia. Y, sin embargo, volvemos a insistir, resulta incongruente en un sistema que no confía demasiado en los maridos, entregar al arbitrio de éstos la suerte de unos derechos que son casi siempre básicos para la vida familiar, pues se refieren al hogar doméstico o a instrumentos esenciales de producción y de trabajo.

b) *Renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente y otros actos de disposición sobre estos derechos.*

Es un fenómeno jurídico característico de nuestro tiempo la gran proliferación de derechos de adquisición preferente. Se trata de figuras que tienen una característica común. Conceden al titular la facultad de adquirir la propiedad de un bien ajeno (u otro derecho patrimonial) en determinadas circunstancias y prescindiendo de la voluntad del actual propietario. Pero fuera de esta nota, peculiar a todos, presentan estos derechos particularidades muy concretas que no siempre permiten su encuadre en el marco clásico de los retractos legales.

Hay derechos de adquisición conferidos a su titular directamente por la ley. Pero también existen derechos de adquisición preferente nacidos de negocio jurídico, como son el retracto convencional, el tanteo voluntariamente pactado y el derecho de opción.

La opinión dominante entiende que los derechos de adquisición, si pueden hacerse valer contra terceros adquirentes de la cosa a que se refieren, son verdaderos derechos reales (224).

Admitiendo que efectivamente se trate de derechos reales (o de figuras jurídicas asimilables a verdaderos derechos reales), ¿necesitará el marido para disponer de los mismos el consentimiento de su mujer? Las posibilidades de disposición son amplias cuando se trata de derechos de adquisición de origen voluntario. Están más cercenadas, pero no faltan en absoluto, si son derechos de origen legal, los cuales, aunque constituyan limitaciones legales del dominio no dejan por eso de ser verdaderos derechos subjetivos.

Ocupémosnos, en primer lugar, de la disposición sobre los derechos de adquisición nacidos directamente de la ley. Estos dere-

no pagando. Puede también impedir que su mujer pague, al menos si el dinero con el que paga es legalmente ganancial. Pero aparte de que no siempre le será fácil al marido impedir el pago, la causa de que el problema se plantee la tiene el no haber reconocido a la mujer la propiedad y la disponibilidad de los bienes adquiridos con su trabajo.

(224) A nuestro juicio, entre estos derechos y los derechos reales propiamente dichos (propiedad y derechos de goce) existen diferencias sustanciales que impiden su asimilación. Cfr. nuestro trabajo *Notas críticas...*, pág. 308.

chos no pueden ser transmitidos con independencia o separación de la relación básica a que están conectados, pero, en cambio, pueden renunciarse (225). Caben dos clases de renuncia. La renuncia general y la renuncia particular referida a su ejercicio en un caso determinado.

La renuncia general, de licitud discutible en algunos casos y prohibida en otros, está expresamente permitida en algunos. Así son renunciables con carácter general los derechos de tanteo y retracto que corresponden al arrendador y arrendatario del local de negocio, así como el tanteo y retracto del inquilino de vivienda suxtuaria (cfr. art. 6.º de la LAU). También admite la práctica, y de ella se hace un uso generoso, la renuncia general al derecho de adquisición preferente regulado por el artículo 396 del Código civil.

La renuncia para un caso determinado es admisible siempre. Las razones que pueden amparar la nulidad de una renuncia general, sobre todo si esta renuncia es simultánea a la celebración del contrato en que tienen su origen, no juegan, evidentemente, cuando el derecho se actualiza en función de una coyuntura concreta.

¿Necesitará el marido, en estas renunciias, el consentimiento de su mujer?

Para iluminar la cuestión hay que partir de una base cierta. *El contenido único del derecho de adquisición preferente estriba en la facultad de realizar una adquisición a título oneroso.* Que esta facultad compete exclusivamente al marido es cosa que está fuera de toda duda, pues a él corresponde la potestad de disponer a título oneroso del dinero ganancial, sin que para ello necesite el consentimiento de su mujer. Por consiguiente, la mujer no podrá ejercitar, contra la voluntad de su marido, el derecho de adquisición preferente, aunque pretenda invertir en ello dinero parafernai, pues la adquisición tendría que hacerla para la sociedad de gananciales (supuesto, claro, que el derecho de adquisición esté fundado en un bien ganancial) y el marido podría impugnarla. El sujeto pasivo del derecho de preferencia puede rechazar una transmisión que sería impugnabie (226).

De estas premisas resultan las siguientes conclusiones:

1.ª La mujer nada puede hacer si el marido no ejercita el derecho de adquisición y deja transcurrir el plazo señalado para dicho ejercicio.

2.ª Si el marido renuncia a ejercitar el derecho, antes de que se haya agotado el plazo de caducidad, la mujer, aunque pudiera impugnar la renuncia, o aunque se entendiera que la misma no es vinculante para ella, no por eso estaría legitimada para ejer-

(225) Nos referimos, claro es, a los derechos de adquisición de origen legal que se refieran a inmuebles.

(226) Claro es que si sucede, la transmisión sólo podrá ser impugnada por el marido o sus herederos.

citar el derecho de preferencia. No se puede, so pretexto de interpretar o de aplicar el nuevo artículo 1.413, transferir a la mujer unas potestades que son propias del marido. ¿Sería admisible que impugnada la renuncia por la mujer pudiera el marido olvidarse de sus compromisos y ejercitar el derecho como si nada hubiese ocurrido? Se impone, a nuestro juicio, la contestación negativa. Otra cosa sería permitir al marido ir contra sus propios actos, conculcando un principio reiteradamente mantenido por el Tribunal Supremo. Puesto que es el marido quien tiene que decidir sobre el ejercicio o no ejercicio del derecho de adquisición parece que podrá asumir el compromiso de no ejercitarlo. La única duda que se suscita es si ese compromiso ha de ser también vinculante para la mujer en el caso de que, antes de transcurrir el plazo de caducidad del derecho, cesa el marido en sus funciones como administrador de la sociedad conyugal. No es probable que se dé esta hipótesis, pero ciertamente entra en lo posible. Téngase en cuenta que algunos de los plazos de caducidad señalados por la Ley no son ya tan breves, y que a veces la propia Ley designa al cónyuge sucesor directo en la relación de que deriva el derecho de adquisición preferente (227).

Excluir la posibilidad de que en esas hipótesis limite la mujer impugne la renuncia de su marido y ejercite el derecho de adquisición preferente, no es cosa que esté totalmente clara. A nuestro juicio, sin embargo, la renuncia del marido vincula a la mujer por lo que también hay que descartar, en principio, la posibilidad de que la mujer ejercite el derecho de adquisición en dichas hipótesis. Si la facultad de decidir sobre la realización de una adquisición onerosa corresponde al marido no vemos inconvenientes decisivos que se opongan a que aquél, en presencia de una oportunidad concreta de ejercitar el derecho de adquisición, haga uso de su potestad decisoria sin agotar unos plazos que se conceden precisamente para que el titular del derecho estudie la posibilidad y la conveniencia de efectuar la adquisición.

Pero, además, cabe preguntarse si realmente estamos aquí en presencia de verdaderos actos de disposición sobre inmuebles, en el sentido que esta expresión tiene en el nuevo artículo 1.413. Cuando se renuncia al ejercicio de un tanteo o de un retracto, por ejemplo, podrá haber un negocio de disposición sobre el derecho renunciado, pero es mucho más discutible que se trate de un acto de disposición propiamente dicho. Para saber si un acto es o no acto de disposición (entendida la expresión en sentido antitético

(227) Si se acepta la posibilidad de que, en el caso indicado en el texto, la mujer impugne la renuncia del marido y ejercite el derecho de adquisición preferente, se suscita un problema procesal: ¿Podrá discutirse en el procedimiento especial para el ejercicio de la acción de retracto las cuestiones relacionadas con la impugnación, o tendrán éstas que ser zanjadas en el juicio declarativo correspondiente que suspenderá, hasta su terminación, el procedimiento especial?

a acto de administración) hay que atender, según vimos; a la relación entre los efectos jurídicos del acto y el destino o fin económico del bien a que el acto se refiere. Desde este punto de vista, la renuncia a ejercitar un derecho de adquisición preferente se traduce, simplemente, en una «no adquisición». No hay pérdida, modificación o alteración de un elemento estable del patrimonio. Enfocado el problema desde este ángulo de visión (y en él hay que situarse, a nuestro juicio, para interpretar el nuevo artículo 1.413) se puede sostener con fundamento que los actos a que nos estamos refiriendo caen fuera del área de aplicación del consentimiento «uxoris» (228).

Hay casos en que la renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente tiene un alcance mayor que la de una simple «no adquisición». Ocurre así cuando aquella renuncia compromete la existencia o el valor de otro bien de naturaleza ganancial. Así sucede en la renuncia al tanteo por parte del inquilino cuando el adquirente del piso le ha negado la prórroga y el primero puede hacer uso del derecho que le conceden la Ley de 24 de abril y el Decreto de 22 de julio de 1958. O si el arrendador renuncia a enervar el derecho de acceso a la propiedad del colono, y antes de que transcurra el mes que le concede el artículo 101 del Decreto de 29 de abril de 1959, otorga escritura a favor de aquél. O si, por último, el arrendador del local de negocio desiste de ejercitar el tanteo y recibe su participación en el precio del traspaso, consintiendo éste antes de que transcurran los 30 días señalados al efecto por la LAU. En primer caso el inquilino pone en grave peligro la subsistencia del derecho arrendatario sobre la vivienda. En el segundo el propietario realiza una enajenación que no puede estimarse totalmente obligatoria, ya que pudo evitarla enervando el

(228) La doctrina pandectista discutió si era acto de disposición la renuncia a una adquisición futura. Se distinguió entre renuncia a una adquisición no efectuada y renuncia a un derecho adquirido distinción que tiene su base en la afirmación de las fuentes de que no hay renuncia en el *non uti occasione acquirendi*. Se objetó a esta distinción que también en los supuestos de renuncia a una adquisición no efectuada hay renuncia, y, por tanto, disposición de un derecho: el derecho a realizar la adquisición (Cfr. WINSCHIED, II, *Diritto delle Pandette*, I, pág. 269 y la crítica de FADDA y BENSA, en el mismo tomo, pág. 856). Pero esta discusión centrada en torno a la repudiación de herencia, se refiere al problema de si en la renuncia a una adquisición por efectuar hay o no negocio de disposición.

Ciertamente, la renuncia a la herencia es tratada como acto de disposición por el Derecho positivo (Cfr. art. 992 del C. c.). Pero, a nuestro entender, no hay paridad entre la renuncia a la herencia y la renuncia al ejercicio de un derecho de adquisición preferente. En la renuncia a la herencia se rechaza la posibilidad de efectuar una adquisición (dependiente, por lo general, de la sola voluntad del llamado) gratuita (aunque la aceptación pueda resultar un mal negocio si se trata de una *damnosa hereditas*), mientras que, en nuestro caso, se desiste de una adquisición onerosa, adquisición que, por lo tanto, no depende sólo de la voluntad del titular sino que exige, como requisito inexcusable, el pago de un precio.

derecho de acceso. Y en el tercero, la conformidad al traspaso implica destruir la posibilidad de liberar la finca del gravamen arrendaticio.

Pues bien, en estos casos sería quizá admisible que la mujer pudiera ejercitar el derecho de adquisición si, antes de transcurrir el plazo señalado para su ejercicio, el marido cesa como administrador de la sociedad conyugal, y ella pasa a desempeñar dicha administración o adquiere el bien de que brota el derecho renunciado. Desde luego, es sumamente improbable que la mujer llegue a tener la oportunidad de ejercitar el derecho de adquisición, ya que los plazos señalados por la ley, en los supuestos indicados, son muy breves, pero tampoco se puede descartar completamente la hipótesis. Lo que no podrá hacer la mujer es ejercitar el derecho mientras su marido continúe ostentando la jefatura familiar porque, según hemos dicho antes, la potestad de decidir la adquisición onerosa corresponde exclusivamente al marido, y la interpretación del artículo 1.413 debe estar presidida por un criterio restrictivo. Al entrar en colisión la limitación que representa el consentimiento «uxoris» con otras facultades del marido debe darse preferencia a éstas sobre aquéllas. Pero si el marido desistió de la adquisición sin agotar el plazo que la ley le concedió para ello, y antes de que transcurra aquél se extinguen sus facultades, es dudoso que la mujer quede vinculada por el acto del marido si dicho acto puede implicar indirectamente una verdadera disposición. Sin embargo, en dos de los casos expresados no será válida esta argumentación si se entiende que también el marido puede llevar a cabo directamente el acto que indirectamente realiza al renunciar al derecho de adquisición. La renuncia será plenamente válida y vinculante para la mujer si se estima que el marido puede disponer libremente del derecho arrendaticio (por ser éste un simple derecho personal), o que puede celebrar arrendamientos sujetos a la LAU porque tales arrendamientos no dejan de ser actos de administración. Si el marido puede hacer lo más (extinguir el arrendamiento o celebrar un nuevo contrato) podrá hacer también lo menos, es decir renunciar a un derecho de adquisición; renuncia que, en el primer supuesto, no presupone siempre y necesariamente la extinción del arriendo, y que, en el segundo, equivale a consentir la subsistencia de un arrendamiento ya celebrado (229).

Creemos, por consiguiente, y según se deduce de todo lo

(229) Respecto del arrendamiento de local de negocio nótese que la sentencia de 29 de abril de 1950 aunque acepta que la celebración de tales arriendos es acto de administración que, por consiguiente, está comprendida en las facultades de un simple administrador voluntario, niega que éste esté facultado para decidir sobre el ejercicio del tanteo, lo que corresponde al arrendador.

Sin embargo, no cabe extraer muchas consecuencias de este fallo en relación con nuestro caso, pues, evidentemente, el marido no es equiparable a un simple mandatario. El marido, mientras sea el administrador legal

expuesto, que el marido puede renunciar al ejercicio de un derecho legal de adquisición preferente, cuando surge la oportunidad de hacerlo valer, sin que la eficacia del acto esté supeditada al consentimiento de la mujer (230).

Además de la renuncia al ejercicio cabe la renuncia general que, según dijimos, es perfectamente posible y lícita en algunos casos. Normalmente estas renunciaciones se pactan con ocasión de adquirir el derecho básico que funda el de adquisición preferente. Se trata de una condición más de la adquisición, por lo cual, a nuestro juicio, dicha renuncia puede pactarla el marido por sí solo. Como antes expusimos, no hay inconveniente en que el marido constituya aquellos gravámenes que son un pacto o condición del acto adquisitivo. Con mayor razón, pues, podrá esta renuncia que no equivale propiamente a un gravamen. La cuestión tiene un matiz diferente cuando el renunciante no es quien adquiere el derecho, sino quien lo transmite. Nos referimos concretamente a la renuncia que hiciera el arrendador de un local de negocio a sus derechos en caso de traspaso, concertando el arrendamiento sin estos derechos. Aunque el arrendamiento de un local de negocio se considere acto de administración parece que pactarlo en condiciones tan onerosas lo convierte francamente en un verdadero acto dispositivo. La hipótesis, desde luego, es sumamente improbable. Pero en cambio, se da con cierta frecuencia la renuncia a los derechos del arrendador en caso de traspaso con relación a una determinada transmisión (el supuesto previsto más frecuentemente es el de aportación del local, con posterioridad al contrato, a una sociedad) que piensa realizarse en el futuro. En tal caso, y aceptado que el arrendamiento del local no rebasa los límites de

de la sociedad de gananciales, puede abstenerse de ejercitar el tanteo, prescindiendo de la voluntad de su mujer.

Por lo mismo, aunque se admitiese que la mujer, muerto el marido, pudiera impugnar la renuncia, sería totalmente inadmisibles reconocerle la potestad de desconocer el traspaso o traspasos efectuados con anterioridad, ya que fueron de antemano consentidos por la persona que, cuando el traspaso se realizó, ostentaba la titularidad activa de la relación arrendaticia.

(230) ¿Podrá pensarse que dicha renuncia, si se hace sin exigir ninguna contrapartida, entraña una liberalidad? A nuestro juicio, se impone la contestación negativa. En la renuncia a un derecho legal de adquisición preferente, derecho que en sí no puede ser objeto de tráfico, no hay *animus donandi*, ni tampoco empobrecimiento del renunciante y correlativo enriquecimiento del propietario de la cosa afectada. No parece que se pueda sostener en serio que un colindante, un comunero, o el propietario de un piso, donan cuando manifiestan, antes del vencimiento del plazo para el ejercicio de su derecho de retracto o tanteo, que no les interesa adquirir la finca, cuota indivisa, o piso de la misma casa que va a ser enajenado. Naturalmente, si como contrapartida del no ejercicio del derecho de adquisición la ley concede al titular el de exigir una compensación económica (caso, por ejemplo, del arrendador de un local de negocio que no ejercita el tanteo), la renuncia a dicha compensación sí que puede implicar una donación (no siempre, no la implicará si se hace a cambio de concesiones de la otra parte) ineficaz frente a la mujer.

la administración, parece que la renuncia por una vez a la posibilidad de extinguir el arriendo no basta para convertirlo en acto de disposición.

Refirámonos ahora a los derechos de adquisición de origen voluntario. Son el tanteo, el retracto convencional y la opción. Los tres no son sólo renunciables, como los derechos de adquisición de origen legal, sino, además, enajenables.

El tanteo, según ha declarado la Dirección General de los Registros (231), sólo puede pactarse con carácter personal (232). Por consiguiente, no tendrá la consideración de bien inmueble y su enajenación no precisará el consentimiento de la mujer. Lo mismo sucede con el retracto y con la opción si se pactan con alcance puramente obligacional. De nuevo se pone aquí de relieve cuán equivocado resulta hacer depender *totalmente* el régimen jurídico de un derecho de la mayor o menor eficacia con que esté pro-gido. La causa de ello radica sin duda, al menos en este caso, en el error de creer que todo derecho que puede ejercitarse contra terceros es ya, por ello, un derecho real.

El retracto convencional y la opción pueden hacerse valer contra ulteriores adquirentes de la finca a que se refieren. Esta es la dimensión normal del derecho de retracto voluntario, dimensión que también puede hoy alcanzar el derecho de opción si se cumplen las exigencias establecidas por el artículo 14 del Reglamento hipotecario.

Sea o no el retracto convencional un derecho real (concebido como puro derecho de adquisición), a nuestro juicio, su enajenación constituye un verdadero acto de disposición. El fin del retracto convencional es conservar la posibilidad de recuperar un bien que ha formado parte de nuestro patrimonio. Cuando se vende una finca con pacto de retro no se dispone de ella del todo, por cuanto que se deja en pie el derecho a recobrarla. Tan es así, que resulta lícito explicar los efectos del contrato imaginando que el vendedor conserva el dominio sujeto a condición suspensiva y que el comprador lo ha adquirido bajo condición resolutoria. La enajenación del derecho de retracto convierte en definitiva una enajenación que hasta entonces era sólo provisional. La cantidad que satisface el cesionario representa la diferencia entre el precio que pagó el comprador a retro y el valor total en que se cifra el bien enajenado. Está de acuerdo con el espíritu del nuevo artículo 1.413 del Código civil para enajenar el derecho de retracto convencional.

Esto no significa que la mujer pueda impugnar de inmediato la enajenación efectuada por el marido. No se debe olvidar que la facultad de decidir sobre el ejercicio o no ejercicio del retracto corresponde al marido y su decisión es inapelable mientras ostente la jefatura de la sociedad. La anulación del acto del marido, mientras viva y siga siendo el administrador de los gananciales, no facultará

(231) Cfr. Resolución de 4 de enero de 1927.

(232) Discrepa ROCA SASTRE: *Ob. cit.*, II, pág. 555.

a la mujer para ejercitar por sí el retracto, ya que no es ella quien tiene la potestad de disponer de los fondos comunes. Tampoco creemos que el marido, declarada la nulidad de la transmisión, quede en libertad de retrotraer, lo que sería particularmente violento si el cesionario ha adquirido la finca objeto del retracto. No olvidemos que la ineficacia de los actos realizados por el marido sin el consentimiento de la mujer es sólo relativa. Se trata de remover el acto en la medida necesaria para impedir que sus efectos alcancen a la mujer. Esta finalidad se consigue, en el caso que nos ocupa, puesto que el marido es quien tiene la facultad de decidir sobre el ejercicio del retracto, dejando abierta la posibilidad de que sea hecho efectivo por la mujer si pasa a ella esa potestad de decisión y siempre que cuando esto ocurra no se haya agotado el plazo de caducidad del derecho (233).

Respecto del derecho de opción se han suscitado muchas dudas acerca de si su transcendencia debe ser simplemente personal o si, por el contrario, la opción puede también ejercitarse contra terceros adquirentes de la finca. La doctrina planteó el problema sobre la base teórica de discutir si la opción es o no un derecho real. Frente a las dos posiciones extremas se ha planteado una tercera tesis intermedia con arreglo a la cual el derecho de opción tiene sólo, en principio, alcance personal, pero puede obtener eficacia real mediante su constatación en el Registro, criterio éste que es el que parece inspirar el artículo 14 del reglamento hipotecario (234). Aceptada la solución eléctrica repugna un tanto a la doctrina entender que la

(233) No parece viable ninguna otra solución. La mujer del vendedor a retro no podrá, a nuestro juicio, reclamar del cesionario la entrega de la finca retraída dentro del plazo de cuatro años a contar desde la disolución del matrimonio (plazo general de caducidad al que debe entenderse sometida su acción de impugnación). La nulidad (o anulabilidad) de la venta del derecho de retracto no comporta igualmente la de la retroventa efectuada a favor del cesionario. Además, la nulidad de la retroventa no determina que la finca pase directamente a poder de la mujer, sino que al deshacerse aquélla, volverá al patrimonio del retraído de donde, lógicamente, no debe poder rescatarla la mujer una vez caducado el retracto. El cesionario puede haber ejercitado el retracto y después transmitir la finca a un tercero. Sería absolutamente anormal que la mujer, fundándose en la nulidad de la cesión del retracto pudiera de *facto* ejercitar este derecho después de transcurrir el plazo de caducidad que limita la vida del mismo.

(234) En realidad, el Reglamento no resuelve—ni puede—el problema de cual sea, en general, el alcance de los efectos que se derivan del derecho de opción. Se limita a permitir su inscripción en el Registro si se cumplen ciertos requisitos, y claro es que, en tal caso, queda sobreentendido que la opción perjudicará o afectará a tercero. Pero nada dice sobre si la opción no inscrita puede perjudicar a terceros que no estén protegidos por la fe pública registral. Implícitamente, sin embargo, parece resultar del propio Reglamento que la opción sólo conseguirá transcendencia *erga omnes* mediante su inscripción en el Registro. En otro caso, es decir si la opción fuera «naturalmente» un derecho real de adquisición, no sería necesario, para inscribirlo, el convenio expreso de las partes, ni sería admisible que el Reglamento limitara la inscribibilidad de la opción excluyendo las que tengan una duración superior a cuatro años.

opción es derecho personal si no se inscribe y real si consigue la inscripción. Como en el arrendamiento, se estima poco lógico que la naturaleza real o personal del derecho tenga que depender de un requisito formal como la inscripción. Y entonces para la opción se apunta la teoría de que se trata de un derecho de «vocación real», un «*ius ad rem*» que mediante su constatación en el Registro adquiere la categoría de derecho real o, cuando menos, su eficacia (235).

Desde el punto de vista que aquí nos interesa tiene importancia saber si la inscripción del derecho de opción cambia o no su naturaleza, por cuanto que si en ningún caso se admite que sea un verdadero derecho real queda eliminada, con ello, la necesidad de que el marido para disponer de la opción necesite el consentimiento de su mujer. A esta solución se llegará, seguramente, en tema de arrendamiento, si prospera definitivamente la tesis de que siempre es un derecho personal, aunque se inscriba, o aunque por ministerio de la ley afecte al tercer adquirente de la finca arrendada.

En nuestra opinión, y cualquiera que sea en definitiva la teoría que prevalezca sobre la naturaleza jurídica del derecho de opción, nos parece viable que el marido pueda disponer de ese derecho sin el consentimiento de su mujer. La cesión o la renuncia al ejercicio del derecho de opción no entraña, a nuestro modo de ver, un verdadero acto de disposición en el sentido que hay que dar a esta expresión en el nuevo artículo 1.413. No hay verdadero acto de disposición en la renuncia (por vía directa, o por vía indirecta mediante la cesión a otro) a la oportunidad de efectuar una adquisición onerosa. Son válidas las razones que pusimos de manifiesto anteriormente en este sentido al ocuparnos de la renuncia al ejercicio de un derecho legal de adquisición preferente, y no juegan, en cambio, las consideraciones que hicimos al examinar la enajenación del derecho de retracto voluntario, pues en la opción no se trata de recuperar un

(235) Cfr. LA RICA: *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, pág. 255. A nuestro entender, esta formulación teórica no es acertada. Así como el arrendamiento por la propia índole del interés que tutela tiene su lógico asiento en el campo de los derechos reales y cuando se le niega eficacia *erga omnes* lo que sucede es que se le protege insuficiente e inadecuadamente, la opción, y los derechos de adquisición en general, son simples derechos potestativos que pueden tener diverso contenido, según se entienda que el titular puede adquirir un derecho ajeno, o puede solamente perfeccionar un contrato (dirigido a la transmisión) que, como todo contrato, sólo vinculará a la contraparte. Posiblemente el equivocado planteamiento de la cuestión de la naturaleza de los derechos de adquisición en torno a la polémica de si son o no derechos reales, ha sido la causa de que se haya querido limitar la eficacia de algunos, como el tanteo, y la misma opción, negándoles trascendencia frente a tercero, o cual, en tesis general, no parece que esté muy justificado. Nos parece bien que se condicione la eficacia *erga omnes* de estos derechos al cumplimiento de ciertos requisitos, pero una cosa es esto y otra muy diferente que se niegue en absoluto la posibilidad de construirlos con aquella eficacia. Si no se hubiera desviado el tema hacia la cuestión de estos derechos son o no derechos reales no se habría involucrado con otro problema distinto: el *del numerus clausus o abiertus* de derechos reales admissibles.

bien que ya nos ha pertenecido y que solamente de un modo provisional salió de nuestro patrimonio (236).

(236) La renuncia o cesión gratuita del derecho de opción ¿implicará una donación? El problema se puede plantear aquí con mayor fundamento que en tema de renuncia al ejercicio de derechos legales de adquisición.

Mientras éstos no son susceptibles de tráfico y lo único que cabe es renunciarlos, la opción se puede transmitir y negociar. Precisamente una de las variantes de la opción (la opción mediadora) responde a finalidad de obtener una ganancia si se encuentra un comprador dispuesto a pagar un precio mejor que el estipulado en la opción. Sin embargo, el hecho de que la opción se transmita sin precio no altera sustancialmente los términos del problema. Supuesto que la mujer pudiera impugnar la cesión sin precio (por ver en ella una donación que el marido no puede realizar) esto no facultará a la mujer para ejercitar la opción contra la voluntad de su esposo ni éste podrá hacerla valer fundándose en que su esposa no consintió el acto (también la ineficacia de las donaciones de bienes gananciales es, según vimos, una ineficacia relativa, aunque no se trate de simple anulabilidad). A lo sumo cabría que, si el marido falta antes de expirar el plazo de caducidad de la opción, pueda este derecho ser ejercitado por la mujer. Pero ¿se puede sostener realmente que en la cesión sin precio de un derecho de opción hay una donación? A favor de la solución afirmativa opera el prejuicio de que todo acto jurídico de derecho patrimonial ha de ser forzosamente oneroso o gratuito, idea que, como ha puesto de relieve la moderna doctrina italiana (cfr. Orto: *Adempimento e liberalità* págs. 290 y sigs.; Mosco: *Onerosità e gratuità degli atti giuridice, con particolare riguardo ai contratti*, págs. 24 y sigs.), no es exacta, pues hay actos jurídicos de derecho patrimonial que no son onerosos ni gratuitos. Acto gratuito es aquel en que una de la partes hace un sacrificio patrimonial en beneficio de otra. La primera se empobrece y la segunda se enriquece, siendo el motor de este fenómeno la intención liberal de empobrecido. ¿Pero hay verdadero empobrecimiento y correlativo enriquecimiento en la cesión de la simple oportunidad de adquirir a título oneroso? ¿Qué valor tiene esa oportunidad? Sobre todo, ¿qué valor objetivo cabe atribuirle? En la cesión onerosa el precio satisfecho es un valor subjetivo que el adquirente paga, bien porque se propone especular (con riesgo, claro es, de perder), bien porque esté dispuesto a satisfacer un sobreprecio con tal de asegurarse la propiedad de la cosa. Pero si falta esa determinación subjetiva, ¿cómo valorar el derecho de opción? Hay derechos de adquisición preferente cuyo valor es perfectamente determinable. Pero se trata de supuestos muy diferentes a la opción de compra de un inmueble. El derecho de suscripción que corresponde al accionista puede tener un valor económico perfectamente determinable y que está representado por el que tenga las acciones a suscribir (si se trata de una entrega gratuita con cargo a beneficios) o por la diferencia entre el valor efectivo de las nuevas acciones y el desembolso que hace falta realizar para suscribirlas. Si las acciones se cotizan en bolsa el valor del derecho de suscripción preferente aparece automáticamente cifrado. Pero la opción de compra de un inmueble ¿cómo se valora objetivamente? El artículo 9 del Reglamento del Impuesto de derechos reales lo fija (a falta de precio) en el 5 por 100 de los bienes objeto de la opción. Pero esta norma fiscal prueba, dentro de su insuficiencia para resolver el problema en el terreno del derecho privado, que la cesión sin precio de una opción no es una donación, pues si lo fuera habría que liquidar la cesión (sobre la base indicada) por la escala de las donaciones, lo que no ocurre.

Ciertamente puede suceder que haya una notable y clara desproporción entre el precio a satisfacer para ejercitar la opción y el valor que objetivamente quepa atribuir a a finca, cifrado con criterios medios razonables. Así sucede si el concesionario de la opción ha querido favorecer al optante o si la opción se ha pactado por muy largo plazo (nosotros hemos conocido

Creemos, por lo tanto, y con ello terminamos esta parte de nuestro trabajo, que, salvo en casos excepcionales, el marido puede disponer sin consentimiento de la mujer de los derechos de adquisición preferente que tengan carácter ganancial. Y que en todo caso las posibilidades prácticas con que cuenta la mujer para reaccionar eficazmente contra estos actos son muy limitadas.

III

Actos de disposición sobre establecimientos mercantiles

A) Actos de disposición sobre la empresa.

El nuevo artículo 1.413 del Código civil exige al marido el consentimiento de su mujer o en su defecto autorización judicial para otorgar actos de disposición sobre *establecimientos mercantiles*.

El primer problema que se nos plantea al enfrentarnos con esta segunda aplicación de las nuevas limitaciones estriba en determinar lo que la ley ha querido significar con la expresión «establecimientos mercantiles».

Son pensables dos acepciones de esta expresión y posiblemente tres. De estas acepciones la primera se distingue clara y nítidamente de las demás. Por el contrario, es más difícil percibir el matiz diferencial entre la segunda y la tercera.

Establecimiento mercantil (primera acepción) puede significar el local o locales en que la empresa mercantil tenga su asiento territorial. Pero no creemos que el artículo 1.413 haya querido aludir a esto cuando se ha referido a «establecimientos mercantiles». De haber empleado el término en este sentido, primario y vulgar como dice la Resolución de 23 de octubre de 1959, la ley debiera hablar de «local de negocio», locución de significado mucho más inequívoco (si realmente se pensó en la sede territorial de la empresa) y con precedentes concretos en nuestro Ordenamiento jurídico. Además, la necesidad de obtener el consentimiento «uxoris» para disponer simplemente de locales de negocio tendría poco sentido. Si el local pertenece a título de propiedad (o en virtud de otro derecho real) a la sociedad de gananciales, el marido necesitará el consentimiento de su mujer para disponer de él, porque entonces el local es inmueble. La exigencia de aquel consentimiento, en tal caso, representaría una inútil reiteración de lo que ya está precedentemente exigido. Si

un ejemplo práctico de éste que cabe calificar de verdadero desatino económico, sobre todo en tiempo de inflación) y la depreciación del dinero convertida con el tiempo lo que fué un precio razonable en un precio de ganga. Pero aun en estas hipótesis ¿límite ¿cuándo y cómo se opera la donación? La cesión en sí no enriquece al cesionario. El enriquecimiento se produce si el cesionario ejercita la opción y estará representado por la diferencia entre el precio estipulado en la opción y el valor de la finca. Se trata más bien de una liberalidad indirecta que tiene por objeto esa diferencia de valor.

el local se disfruta a título de arrendamiento puede sostenerse que el derecho del arrendatario es un derecho real (y entonces también resultaría superfluo y reiterativo exigir de nuevo el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial), o, por el contrario, que el derecho arrendaticio, aunque se encuadre en el ámbito de la legislación especial, es un simple derecho personal. Pero entonces, y aunque de prevalecer esta opinión la exigencia del consentimiento «uxoris» para disponer de los locales comerciales no supondría una inútil repetición de lo ya ordenado, no se comprende por qué razón se limita al arrendamiento del local de negocio la aplicación del nuevo instituto, siendo así que tan graves o peligrosos, para la mujer y para la familia, pueden resultar los actos de disposición sobre otros derechos arrendaticios (vivienda, fincas rústicas) de los que también cabe disponer, aunque para ello sea necesario el beneplácito del arrendador. El hecho, pues, de que el consentimiento de la mujer se exija para disponer de establecimientos mercantiles sin hacer distinciones sobre el título en virtud del cual se ostenta el disfrute del local o locales en los que se ejerce el comercio o la industria, pone de relieve que la ley ha querido referirse a algo más, o mejor dicho, a algo distinto. Así lo confirma la propia Exposición de Motivos al decir, justificando la reforma, que los establecimientos mercantiles «son, frecuentemente, la expresión de un *modo de vida* que puede afectar por entero a la economía doméstica». La Resolución de 23 de octubre de 1959 descarta, asimismo por incompleta, esta primera acepción de la expresión legislativa.

La segunda acepción nos desplaza hacia esa realidad del mundo económico tan difícil de aprehender a través de conceptos jurídicos, que es la empresa o hacienda comercial. Y ya en este terreno se suscita la duda de si por empresa hemos de entender la actividad del empresario, que ontológicamente es una realidad distinta del conjunto de elementos organizados a través de los cuales el empresario despliega aquella actividad (establecimiento mercantil propiamente dicho) o si empresa y establecimiento mercantil son términos sinónimos. Ha sido URÍA recientemente (237), quien ha planteado la distinción entre los dos conceptos.

Sin ánimo de entrar aquí en un examen detenido del tema, tan vidrioso y controvertido, de la naturaleza jurídica de la empresa, conviene que nos detengamos a considerar si esta nueva formulación teórica (distinción entre la empresa como actividad y el establecimiento como conjunto de bienes, servicios, y relaciones de hecho) nos pone en presencia de un nuevo concepto (el de establecimiento mercantil propiamente dicho), y sobre todo si tiene, o puede tener, trascendencia sobre el tema que aquí nos interesa.

Que la actividad del empresario y los elementos de que se sirve para desplegar esa actividad son cosas distintas, es algo evidente que no necesita mayor demostración. En realidad nadie ha incurri-

(237) *Ob. cit.*, págs. 26 y sigs.

do en esa confusión. De lo que han tratado los partidarios de lo que URÍA llama teoría «organicista» de la empresa, ha sido, por una parte, de profundizar en el examen de hasta qué punto la actividad del empresario incide en la creación, desarrollo y mantenimiento de la organización de los diferentes elementos que sirven de soporte a aquella actividad, y, por otra y muy principalmente, han procurado colocar el centro de gravedad de la empresa en el valor económico que representa la organización en sí como fruto de la actividad del empresario, llegando a afirmar algunos (238) que el elemento inmaterial de la empresa puede ser, y es, objeto de un derecho subjetivo (239). Con ello se borra la distinción entre lo que tradicionalmente se ha llamado empresa y lo que URÍA denomina establecimiento mercantil, quedando relegada la contraposición entre empresa y establecimiento a un terreno puramente terminológico. Porque URÍA no niega, naturalmente, que entre los diferentes elementos que integran el establecimiento, y para que realmente lo constituyan, tiene que haber un nexo, una unión funcional que se traduce en la organización.

La distinción entre actividad del empresario y empresa (o establecimiento mercantil) es, sin duda, lícita, pero abrir entre ambas una separación demasiado tajante puede dar lugar, en nuestra opinión, a soluciones prácticas equivocadas. La excesiva objetivación del establecimiento mercantil quizá lleve a la conclusión de que la empresa puede existir o subsistir sin la actividad del empresario, es decir, aunque todavía nadie se haya servido de los bienes que se destinan al establecimiento para ejercer una actividad mercantil, o aunque la actividad haya cesado. La importancia que esto tiene para nuestro tema es evidente. Si se acepta la conclusión apuntada el marido deberá obtener el consentimiento de su mujer, no sólo cuando pretenda realizar actos de disposición sobre una empresa viva, en funcionamiento, sino también cuando trate de disponer de unos bienes en situación estática que pueden llegar a ser, o que fueron, un establecimiento en marcha.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tema de arrendamientos, y a la hora de decidir si el contrato de calificación discutible o dudosa es un arrendamiento de local o un arrendamiento de empresa (de industria para seguir la terminología legal y jurisprudencial) tiende a evolucionar, peligrosamente, hacia la que hemos denominado excesiva objetivación del establecimiento mercantil. En un principio el Tribunal Supremo (240) afirmó rotundamente que el verdadero arrendamiento de empresa requiere no

(238) Así FERRARA Jr., cfr *Naturaleza jurídica de la Hacienda mercantil*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 973 y sigs.

(239) Similar, en cierto modo, a la propiedad sobre la obra de arte.

(240) Sentencias de 13 de marzo de 1943 y 3 de mayo del mismo año, 3 de julio de 1944, 23 de marzo de 1946, etc., algunas de las cuales son fundamentales para la construcción general de la teoría de la empresa en nuestro derecho positivo.

sólo que existan en el local instalaciones, por importantes que sean, sino que es preciso que se haya creado *previamente* por el arrendador la organización que constituye la esencia de la empresa mercantil, y, en este sentido, reputa dato fundamental para caracterizar el arrendamiento de empresa frente al local de negocio que el arrendador haya ejercitado en el local la industria de que se trate *de modo que se reciba por el arrendatario una industria en funcionamiento*.

La Jurisprudencia posterior, sin embargo, no ha permanecido totalmente fiel a este criterio. En bastantes sentencias ha afirmado (241) la existencia de arrendamientos de empresa a pesar de que la industria estuvo paralizada durante cierto tiempo (en algunos casos más de dos años). La sentencia de 14 de febrero de 1954 sostiene que hay arrendamiento de empresa en la locación de un café-bar que el arrendador preparó para explotarlo por sí mismo, pero que arrendó antes de su apertura.

A nuestro juicio, el simple hecho de contar con los medios puramente corporales o materiales necesarios para el ejercicio de una determinada actividad mercantil no significa que, sólo por eso, exista una empresa (242). Cualidad característica de la empresa (sea cualquiera la fórmula que se emplee para explicar jurídicamente el fenómeno) es el aviamiento, es decir, la capacidad de la hacienda para dar unos rendimientos en base a la reunión y organización de toda una serie de elementos. Dice CARNELUTTI con frase expresiva, como casi todas las suyas (243), que una hacienda aviada es como un vehículo que marcha por sí mismo *porque ha recibido un impulso*. Es evidente que la hacienda dejará de estar aviada (y por consiguiente, dejará de ser verdadera empresa) si la fuerza de ese impulso inicial se ha extinguido, si el vehículo—para seguir el símil—se ha detenido definitivamente. Nos parece cierto que la organización, al menos en muchísimos casos, depende, para subsistir, de la continuidad de la actividad empresarial y que el cese, siempre que no sea transitorio, de esa actividad determinará la ruina de la organización como tal organización comercial. La paralización, durante largo tiempo, de las actividades de la empresa habrá producido como consecuencia casi ineludibles la ruptura de relaciones con proveedores, la pérdida de la clientela, la desaparición del impacto producido por la propaganda, habrá cegado o aminorado las

(241) Sentencias de 16 de marzo de 1948, 20 de marzo y 22 de diciembre de 1950, 15 de marzo de 1951, 14 de febrero de 1954, 9 de julio del mismo año, 30 de enero de 1956.

(242) La pérdida de esos elementos materiales no siempre determinará la extinción de la empresa si aún subsisten elementos de hecho que mantienen viva la organización de tal modo que basta la sustitución de aquéllos para que la empresa recobre el pulso. Como ha dicho ANTONIO GARRIGUES, la última guerra mundial produjo la destrucción de las fábricas alemanas, pero la industria germana continuó viva.

(243) Cit. por FERRARA, Jr.: *Teoría jurídica de la hacienda mercantil*, traducción española de NAVAS, pág. 124.

fuentes de crédito de la empresa, y habrá privado al negocio del personal necesario, cuya importancia, sobre todo si se trata de personal técnico, no es necesario encarecer. La diferencia que media entre lo que reste del establecimiento después de haber perdido todo eso y lo que era la empresa cuando en tiempos funcionaba normalmente es abismal, y sólo una sensibilidad jurídica completamente embotada puede postular para ambas situaciones soluciones similares o idénticas (244).

Ocurre, sin embargo, que en ciertas empresas tienen una importancia fundamental y decisiva el local y las instalaciones. En ellas, como ha dicho acertadamente NART (245), estos elementos constituyen casi todo el aviamiento de la empresa. Respecto de las mismas cabe admitir que la empresa subsista, aunque en la actividad del empresario se abra un largo paréntesis, e incluso, en casos extremos y con cierta benevolencia interpretativa, aunque aún no haya comenzado a funcionar. Quizá el hecho de que casi siempre la Jurisprudencia haya operado con supuestos de este tipo puede explicar lo que posiblemente no sea un cambio radical de criterio, sino una aplicación elástica del mismo. El Tribunal Supremo no ha negado nunca que la empresa constituya una unidad patrimonial con vida propia, concepto igualmente recogido por el artículo tercero de la LAU (246). Es esencial, para que haya empresa, que exista una organización y no cabe duda de que esta organización habrá desaparecido, en muchos casos, si la actividad del empresario se ha interrumpido con carácter definitivo.

A nuestro juicio, el artículo 1.413 del Código civil se ha referido a este concepto orgánico del establecimiento mercantil. Establecimiento mercantil—superada la estrecha interpretación que haga sinónimos establecimiento y local—es el conjunto de elementos organizados que constituyen, por sí mismos, y en virtud de su or-

(244) Precisamente porque la organización depende en gran medida de la actividad de cada empresario no puede ser transmitida como si fuera una cosa más, ni cabe tampoco que se transfieran o graven algunas relaciones de hecho fruto de aquella actividad, como la clientela. Pero la transmisión de la empresa exige al transmitente la obligación de procurar que, dentro de lo posible, la organización la reciba intacta el adquirente. Pesa sobre el vendedor un deber especial de cooperación y debe ser efecto natural del contrato la prohibición de concurrencia dentro de ciertos límites.

(245) *Ex arrendamientos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1, IV, 3.º pág. 975.

(246) Este artículo admite la existencia de arrendamiento de industria aunque el arrendatario haya de cumplir para la explotación de aquella alguna formalidad administrativa. Pero esto no quiere decir que sea verdadero arrendamiento de industria el de una empresa (?) que nunca haya funcionado o que haya interrumpido definitivamente sus actividades. Sólo atendiendo al dato de la existencia efectiva de una organización es posible distinguir entre el arrendamiento de industria propiamente dicho al que se refiere el párrafo 1.º del artículo 3.º de la LAU, y el arrendamiento de local con instalaciones (por muy importantes, esenciales o diversas que fueren) y del que se ocupa el párrafo segundo del mismo artículo.

ganización, el instrumento suficiente y bastante para permitir el normal desarrollo de un negocio determinado. Unos bienes inertes, aunque hayan servido, o puedan servir, para el ejercicio del comercio, de la industria no son un establecimiento mercantil. URÍA que centra su construcción en una tajante (y posiblemente demasiado acentuada) separación entre actividad del empresario y establecimiento mercantil define éste como «un conjunto de bienes y servicios coordinados y dispuestos por el empresario del modo más adecuado a la finalidad primordial de la empresa. Este conjunto organizado y dispuesto (aviado) para ser instrumento de la actividad empresarial se conoce en la técnica jurídica italiana con la denominación de «azienda» en la francesa con la de «fonds de commerce» y en la española con la de «establecimiento comercial o industrial», «casa de comercio», «negocio», «tienda», «industria», «explotación», entre los que escogemos el de establecimiento mercantil por considerarlo más adecuado que ningún otro y *estar preferentemente utilizado por nuestro Código* (arts. 3, 69, 86, 283, 285, 286, 291, 547 y 566), aunque no siempre en su sentido rigurosamente exacto (247). Que el artículo 1.413 del Código civil se ha referido al establecimiento mercantil propiamente dicho, lo demuestra que, de lo contrario, carecería de justificación diferenciar, en cuanto al poder de disposición, los bienes muebles que integran el establecimiento y los demás muebles que compongan el patrimonio ganancial. Abonan, por último, este punto de vista las propias palabras de la Exposición de Motivos antes transcritas, y que sólo tiene pleno significado referidas a un negocio en marcha (248).

Como quiera que el artículo 1.413 no puede ser interpretado

(247) *Ob. cit.*, pág. 29. Más adelante (pág. 32) agrega URÍA: «La organización y la buena disposición de los bienes integradores del establecimiento es lo que confiere a éste su particular aptitud para producir mejor... Pero esa peculiar aptitud, esa posibilidad potencial de éxito, si bien tiene un valor patrimonial evidente, no puede ser considerada como un elemento más de carácter incorporal integrador del establecimiento mismo sobre el que puede tener el empresario un especial derecho de disposición y de dominio. Es sencillamente una cualidad del establecimiento inseparable de él. Aho, ra bien, sin entrar a discernir si esa cualidad del establecimiento es o no un bien inmaterial susceptible de ser objeto de derecho, lo que sí está claro, a nuestro juicio es que trata de una cualidad esencial, de tal manera que si el establecimiento la pierde dejará de ser establecimiento.

(248). La resolución de 23 de octubre de 1959 acepta que la expresión establecimiento mercantil del artículo 1.413, es la que corresponde a «un conjunto de elementos organizados que integran una unidad patrimonial caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido con vida propia y aun independiente de sus distintos elementos componentes», y sienta, implícitamente, pero de modo categórico, el principio de que el artículo 1.413 debe ser interpretado restrictivamente. Merece por ello dicho fallo una crítica favorable aunque, como veremos después, ha llevado demasiado lejos las consecuencias que extrae de las premisas previamente establecidas, lo que nos obliga a discrepar de la solución que da al caso contravertido.

extensivamente, en lo que respecta a la necesidad de que el marido obtenga el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial para otorgar actos de disposición, importa distinguir entre los elementos que efectivamente componen un establecimiento mercantil y aquellos que formaron parte de un establecimiento extinto o que pueden llegar a integrar un establecimiento futuro. *Sólo lo que actualmente sea establecimiento, y no lo que fué o pudo serlo, está incluido en el área de aplicación de aquellas limitaciones.*

De aquí se sigue, por lo tanto, que si el marido cesa definitivamente en el ejercicio de la actividad mercantil o industrial a que se venía dedicando, el establecimiento, como organismo con vida propia, habrá muerto por lo general, y en consecuencia ya no se estará en el caso contemplado por el nuevo artículo 1.413 del Código civil. El marido no necesitará el consentimiento de su mujer para disponer de simples elementos inertes, restos de un establecimiento fenecido. El nuevo precepto ha tratado de asegurar el interés de la mujer en la *subsistencia* del establecimiento y procura impedir que el marido se desprenda de él, lo deshaga o lo desmantele. Pero una vez que el establecimiento ha desaparecido (como tal establecimiento) ya no cabe amparar un interés inexistente por falta de objeto. Deshecho el establecimiento no hay razón para que los bienes muebles (249) que pertenecieron al negocio se rijan por normas distintas que los demás muebles integrantes del patrimonio común. La mujer podrá, en su caso, pedir al juez que se adopten las medidas de aseguramiento previstas en el segundo párrafo del artículo 1.413, y creemos que si el negocio se ha venido abajo a causa de la mala conducta del marido (como marido, o como administrador del negocio) será, casi siempre, procedente que tales medidas se adopten. ¿Cabrán, que mientras el establecimiento sea todavía establecimiento puedan adoptarse medidas, a instancia de la mujer, que tiendan a impedir que el marido consuma su desaparición? La exigencia del consentimiento de la mujer para llevar a cabo actos de disposición sobre establecimientos mercantiles persigue, sin duda, esa finalidad preventiva, pero es, a todas luces, un remedio parcial e insuficiente. El consentimiento «uxoris» no sirve para contrarrestar los efectos de una administración desordenada, torpe, maliciosa o negligente. Naturalmente la causa de que ello sea así, es decir, de que los intereses de la mujer no estén, en este sentido, suficientemente protegidos, radica en el propio sistema legal que entre todos los medios de tutela ha escogido uno, el derecho de veto, de signo negativo, y que es, además, con relación a negocios mercantiles o industriales, el de eficacia más limitada y discutible. Al ocuparnos del significado que hay que dar al concepto «acto de disposición» nos referimos al problema de las llamadas disposiciones de hecho, y consideramos la posibilidad de

(249) Si son inmuebles seguirá siendo necesario el consentimiento de la mujer.

que el juez pueda, aunque se trate de bienes no comprendidos en el segundo párrafo del artículo 1.413, adoptar medidas que tengan por objeto impedir daños o peligros que el consentimiento «uxoris» es impotente para conjurar. Pero, aunque se admita, y comprendemos que ello no es fácil, esta flexible interpretación, lo que no parece viable es que dentro de esas medidas de aseguramiento, como las llama el propio artículo, quepa la única que puede ser satisfactoria: apartar al marido de la administración del establecimiento, confiando éste a la mujer o un tercero.

Saber cuando el establecimiento, como tal establecimiento, ha desaparecido es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso, y, naturalmente, de la índole del negocio (250). En general ya no habrá establecimiento cuando se hayan perdido aquellos elementos necesarios para su productividad. Extinguida definitivamente la industria o explotación, los bienes materiales que aún queden pierden, a nuestro juicio, la cualidad de inmuebles, condición que adquirieron por su incorporación al local si la propiedad de éste pertenecía al empresario (251). El número cinco del artículo 334 del Código civil exige que «las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios» se destinen por el propietario de la finca a la industria o explotación *que se realice* en un edificio y heredad, y que *directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación* misma. No parece que estos requisitos se cumplan en caso de haberse extinguido la explotación o desaparecido la industria, y ello resultará particularmente claro si las máquinas se han desmontado, o si se han inutilizado por el no uso en todo o en parte, si las instalaciones están incompletas, y, en general, siempre que no conserven su aptitud para seguir funcionando. Son éstas manifestaciones inequívocas de la desaparición de la industria o explotación (252) y creemos, por lo tanto, que la maquinaria en tal caso (aunque pudiera ser reparada) ha dejado de ser simultáneamente inmueble y establecimiento mercantil.

(250) En aquellas empresas en las cuales la fuente primordial de su productividad radique en sus elementos puramente materiales, será difícil precisar si la empresa subsiste o no, si se conservan aquellos elementos materiales y aún tienen aptitud para seguir funcionando. Como decíamos anteriormente, la interrupción de las actividades del empresario, en estos casos, aunque comprenda un tiempo relativamente largo puede no ser bastante para que el establecimiento quede destruido.

(251) Ello no significa, claro es, que se extingan los derechos constituidos a favor de terceros, al menos mientras dichos bienes continúan perteneciendo al propietario. Cuando el edificio y la maquinaria estén conformados recíprocamente de tal manera que no pueden separarse sin deterioro de destrucción (la maquinaria será entonces parte integrante inseparable) el todo sigue siendo inmueble aunque cese la explotación industrial. Nos encontramos en el caso previsto por el número 3.º del artículo 334 del Código civil. La inmovilización de la maquinaria, en este caso, no depende, o no depende sólo, de su destino económico.

(252) Salvo que aún subsistan otros elementos con vitalidad suficiente para permitir la puesta en marcha de la empresa sin más que sustituir o reparar la maquinaria inutilizada o estropeada.

No basta para que se considere desaparecido el establecimiento que el marido haya decidido liquidarlo, ni siquiera aunque la liquidación se haya iniciado. El aviamiento esta condicionado, desde luego, por la actividad del empresario, pero no se pierde (como no se adquiere) por una simple determinación de éste. La empresa necesita, para ser empresa, recordemos el símil de CARNELUTTI, un impulso inicial, impulso que ha de renovarse y mantenerse si se quiere conservar el aviamiento; pero puesta la empresa en marcha su fuerza de inercia no se agota en un momento. Sólo cuando la liquidación haya llegado a un punto tal (y para ello habrá sido necesario el consentimiento de la mujer) que lo que quede sean unos simples restos sin virtualidad suficiente para armar de nuevo el establecimiento podrá afirmarse que éste se ha extinguido.

Pijado el concepto de establecimiento mercantil y acotado, en este sentido, el campo de aplicación del nuevo artículo 1.413, veamos ahora cuáles son las facultades del marido respecto de los establecimientos mercantiles que tengan carácter ganancial. Al marido corresponde la facultad o potestad de administrarlos sin que en esta administración tenga derecho a participar la mujer. La potestad de administrar un establecimiento mercantil tiene, por la propia naturaleza del objeto administrado, un contenido típico y característico. Por eso no faltan autores (253) que separan el acto de administración que refieren al que llaman patrimonio de familia, del acto de gestión que es el acto de administración del patrimonio mercantil. La conservación del establecimiento y la obtención de los rendimientos normales que es susceptible de dar presupone la ejecución de toda una serie de operaciones: venta de mercaderías, contratación de personal, renovación de material, celebración de cuantos contratos precise el normal desenvolvimiento de la vida del negocio, negociación de letras de cambio u otros efectos de comercio, etc. El marido podrá llevar a cabo todos estos actos y sus facultades excederán de las de un simple factor por su carácter de administrador general de la sociedad de gananciales con potestad para obligarla y para disponer a título oneroso de los bienes comunes, sin otras limitaciones que las que el artículo 1.413 establece.

Estas limitaciones obligan al marido a contar con el consentimiento de su mujer o autorización judicial para otorgar actos de disposición sobre el establecimiento. Es evidente la necesidad de ese consentimiento (o en su defecto autorización judicial) para transmitir o gravar a título oneroso (naturalmente, también a título gratuito) el establecimiento en su totalidad. El consentimiento de la mujer será preciso para vender el establecimiento, para permutarlo por otros bienes, para darlo en pago, para aportarlo a una sociedad, para fusionarlo con otro, para dividirlo si pertenece a varios en comunidad, para hipotecarlo o para darlo en usufructo

(253) Cfr. BONNECASSE a *Ob. cit.*, I, pág. 400.

Y debe, o debiera ser igualmente necesario para arrendarlo. Si prescindimos de consideraciones teóricas y atendemos, para saber si un acto es o no acto de disposición, a su trascendencia económica con relación al bien o bienes a que se refiere, no cabe duda, a nuestro juicio, de que el arrendamiento de un establecimiento mercantil debe considerarse acto de disposición. El Código civil entiende que son actos de disposición aquellos arrendamientos que pueden resultar excesivamente onerosos para el arrendador. Por referirse, en el artículo 1.548, a los arrendamientos de fincas rústicas o urbanas, atiende únicamente al dato de la duración. Pero en el arrendamiento de un establecimiento mercantil (supuesto no contemplado directamente por nuestro primer cuerpo legal), la gravedad del arriendo radica en el arriendo en sí. Sólo perdiendo de vista que el valor del establecimiento depende, en gran medida, de la conducta y actividad del empresario (y el arrendatario sustituye como empresario al arrendador) puede sostenerse la indefinible tesis de que el arrendamiento de un negocio sea un simple acto de administración. El arrendamiento de su establecimiento mercantil es, para nosotros, un claro acto de disposición por cuanto que pone en manos del arrendatario todo el mecanismo del negocio, pudiendo comprometer su gestión el futuro del propio establecimiento.

B) *Actos de disposición sobre alguno de los elementos que constituyen la base física y económica de la empresa. Especial consideración del traspaso.*

Es indudable que el marido puede disponer de aquellos elementos de la empresa que por su propia condición están destinados a su enajenación o venta (mercaderías, en general). También puede sustituir y reemplazar aquellos elementos materiales de la empresa que necesiten renovación. En ambos supuestos nos encontramos en presencia de actos que no trascienden de la administración. Ya sabemos que el concepto acto de administración toma una fisonomía peculiar cuando se proyecta sobre el patrimonio mercantil. Hemos dicho también que, en virtud de la administración general que ostenta sobre los bienes comunes y de las amplias facultades que se le confieren, sus potestades rebasan las de un factor sólo autorizado para realizar aquellos actos comprendidos dentro del giro o tráfico del establecimiento (cfr. art. 286 del Código de comercio).

Pero, ¿puede el marido disponer de otros elementos de la empresa, concretamente de aquellos elementos estables que son instrumento permanente de su desenvolvimiento? La necesidad del consentimiento *uxoris* o de la autorización judicial, ¿está limitada a los actos de disposición que tengan por objeto el establecimiento en su totalidad?

La Resolución de 23 de octubre de 1959, a la que antes nos hemos referido, parece entenderlo así, al decidir que es inscribible la escritura de hipoteca mobiliaria constituida, sin consentimiento

de la mujer, por el titular de una fábrica de papel sólo sobre la maquinaria.

A nuestro modo de ver este punto de vista es equivocado. Creemos que la Resolución está bien orientada en un doble sentido: cuando afirma que por establecimiento mercantil hay que entender no el simple local o locales sino la empresa en su conjunto, como unidad orgánica, y cuando sostiene que el nuevo artículo 1.413 debe interpretarse «con la misma deseada ponderación». Ponderación que la Dirección traduce, prácticamente, en criterio de interpretación francamente restrictivo. Y también estamos de acuerdo con ello. Pero ya no podemos estarlo con las exageradas consecuencias que se sacan de las premisas expuestas.

No sólo aquellos actos que se dirijan a la transmisión o el gravamen del establecimiento, en su totalidad, son actos de disposición sobre el establecimiento. Sólo se podría llegar a esta conclusión por dos caminos. A través de una concepción puramente atomista de la empresa que vea en ella solamente y nada más que una suma de elementos materiales (y entonces sí que únicamente será acto de disposición sobre el establecimiento el que los abarque a todos). O por creer que el término acto de disposición tiene en el artículo 1.413 el valor y significado de negocio de disposición, de donde podría deducirse que el negocio de disposición afectante sólo a determinados elementos del negocio no está comprendido en la previsión del nuevo artículo 1.413, que solamente se refiere a los actos que tengan por objeto el establecimiento propiamente dicho.

La construcción atomista de la empresa esta hoy franca y decididamente superada. Podrá ser exagerada la conclusión de aquellos autores que quieran hacer de la empresa un nuevo objeto de derechos, bien mediante la recíproca integración de sus elementos componentes (la empresa se piensa como cosa compuesta, o como *universitas iuris* o *universitas facti*), bien destacando el elemento inmaterial, la organización, la aptitud para producir beneficios, merced a la organización y actividad del empresario, elevándolo a la categoría de nuevo objeto jurídico. Pero hay una cosa evidente: Que la empresa, en la realidad económica, es algo más que una suma de elementos heterogéneos. El error, posiblemente, consista en haber querido captar dogmáticamente esta realidad económica para hacerla ingresar en el mundo de los conceptos jurídicos. Y en pensar que la trascendencia jurídica de esa realidad económica tiene que depender de la solución previa de un problema puramente este último punto de vista (de la transmisión de la sucursal por cuanto prescindido) de los esquemas conceptuales, más o menos brillantes, y reconocer efectos jurídicos a aquellos intereses dignos de protección. A despecho de los dogmas la reglamentación positiva de la empresa ampara y tutela (en nuestra legislación de foma incompleta e inorgánica) esa cualidad incórporea y de difícil concreción,

pero real e indiscutible, que se conoce con el nombre de avia-
miento.

Interesa comprobar de qué modo y a través de qué evolución la doctrina, y el propio Derecho positivo, aun con el lastre de una excesiva preocupación conceptual, ha ido reconociendo virtualidad jurídica a la empresa como conjunto organizado. Es FERRARA (254) el que primero reacciona contra los resultados nihilistas a que había conducido la esterilidad de la construcción dogmática, y después de negar que la empresa deba quedar anclada en las aguas de la *universitas*, afirma que «la coordinación y combinación de los distintos elementos influye como índice de la voluntad de las partes en el sentido de establecer el principio de que en las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa*, estas organizaciones de cosas o derechos han de ir unidas en cuanto el disponente ha querido considerarlas como un todo, sometién-dolas, en consecuencia, a idénticas mutuciones jurídicas». Con anterioridad de derecho positivo se había adelantado dispensando protección jurídica, a los signos indistintos de la empresa. Sigue la prohibición de la competencia ilícita, y en los ordenamientos más progresivos, como el italiano, se sanciona expresamente la obligación de no concurrencia que pesa sobre el que transmite una empresa mercantil. Se concede el derecho de permanecer en los locales en que la empresa esté instalada en función de un derecho arrendaticio, y se protege la llamada «propiedad comercial» que se traduce en la potestad (reconocida, pero deficientemente regulada en nuestro derecho, como después veremos) de disponer, dentro de ciertos límites, de aquel derecho.

Pero nos interesa aquí destacar no éstos, sino otros aspectos distintos de esta progresiva evolución. CASANOVA (255) puso de relieve que la organización existente entre los bienes y servicios que componen la empresa no tiene un valor vinculante si la empresa es administrada y dirigida por su titular, pero lo contrario sucede cuando queda sujeta al poder jurídico de un tercero, para quien sí es vinculante aquella organización. Los ejemplos clásicos se refieren a las hipótesis de usufructo y arrendamiento. Así se dice que el usufructuario o arrendatario no podrán, por ejemplo, vender la maquinaria del establecimiento o los muebles que comprende el negocio sino sólo las mercaderías. La razón de ello no estriba, o no estriba sólo, en que el usufructuario o el arrendatario no sean dueños de dichos bienes, pues tampoco lo son de las mercaderías (que sólo mediante una ficción cabe considerar cosas consumibles), y, sin embargo, es indudable que pueden ser enajenadas por aquéllos. Además no es sólo la enajenación, sino que tampoco su alteración de hecho, y más concretamente su exclu-

(254) *Tratato de diritto civile*, I, págs. 811 y sigs.

(255) *Estudio sobre la teoría de la Hacienda mercantil*, traducción española de Navas, págs. 97 y sigs.

sión de la esfera de las actividades del establecimiento, variando su destino, es cosa que puedan hacer quienes tengan un derecho o potestad limitada sobre la empresa. Ello se debe a que quien no tenga plenos poderes dispositivos sobre el establecimiento no puede realizar ningún acto que afecte o pueda afectar, al menos de modo trascendente, a la organización, aunque, como en el caso del marido, tenga facultades de disposición suficientes sobre el bien concreto de que se trate, aisladamente considerado. De lo contrario se niega virtualidad jurídica al nexo que liga los diferentes elementos que integran el establecimiento, y si se llega de hecho en este punto a una solución atomista dejando relegada a pura teoría la afirmación tan reiteradamente formulada por la Jurisprudencia de que la empresa es una unidad patrimonial con vida propia.

Ello demuestra que *actos de disposición sobre la empresa mercantil son, en realidad, aquellos que aunque no tengan por objeto todos los elementos de que se compone sean, sin embargo, susceptibles de comprometer la existencia o el valor y virtualidad de la organización* que, en definitiva, es lo que distingue un negocio de un conjunto heterogéneo de bienes. Serán también actos de disposición sobre el establecimiento aquellos que afecten a alguno de sus elementos estables, salvo que se trate de una simple renovación por desgaste, lo que sí puede considerarse incluido dentro de la órbita de las facultades administrativas del marido. Si la expresión «actos de disposición» utilizada por el artículo 1.413 hubiera sido empleada en el sentido de negocio de disposición cabría sostener que la ley ha querido referirse únicamente a los actos de transmisión o gravamen referentes al establecimiento en su totalidad, pues no es lo mismo el negocio de disposición que tiene por objeto todo el establecimiento que el que se contrae a algunos de sus elementos. Pero si acto de disposición debe entenderse como acto de riguroso dominio, es decir, en su acepción de acto contrapuesto al de administración, tan acto de disposición sobre la empresa es, o puede ser; la transmisión de la empresa en bloque como la de alguno de los factores esenciales de su funcionamiento. También en este segundo caso el acto afecta a todo el establecimiento, aunque el objeto del negocio jurídico a través del cual se realice sólo sea alguno de sus elementos permanentes. Sobre todo si se trata de un elemento esencial como era, en el caso de la Resolución de 23 de octubre de 1959, la maquinaria de una fábrica de papel. Anteriormente expusimos las razones en virtud de las cuales la expresión acto de disposición empleada por el artículo 1.413 del Código civil debe entenderse como acto de riguroso dominio y no como simple negocio de disposición. Entre las dos posibles acepciones de una expresión legal debe elegirse, a nuestro juicio, aquella que esté más conforme con la *ratio iuris* del precepto que la recoge. No cabe la menor duda de que si la finalidad del nuevo artículo 1.413 ha sido la de proteger más eficazmente los intereses de la mujer el sentido del término, «acto de disposición» que me-

por conviene a aquella finalidad es el de acto de riguroso dominio. Son los actos de riguroso dominio (que incluyen, naturalmente, las enajenaciones y gavámenes) los que realmente pueden resultar perjudiciales para la mujer, lo que no ocurre, según hemos visto, con todos los que, técnicamente, son negocios de disposición. Contra este punto de vista no vale argumentar que el nuevo artículo 1.413 del Código civil en cuanto que limita las potestades del marido es de interpretación restrictiva. El que esto sea ciertísimo y que, por consiguiente, deba interpretarse el nuevo artículo 1.413 con un criterio restrictivo, no autoriza para excluir de la esfera de aplicación de la nueva norma actos que están claramente incluidos dentro de la fórmula legal, ni puede servir de pretexto para dar a esa fórmula el significado que está menos de acuerdo con el fin perseguido por el legislador (256). La tesis de que sólo los negocios jurídicos de disposición que tengan por objeto el establecimiento globalmente considerado son los que el marido no puede realizar sin el consentimiento de su mujer ni autorización judicial, lleva a la conclusión, absurda a nuestro juicio, de que el marido pueda, prácticamente, desprenderse de todo el establecimiento y liquidarlo enajenando en actos distintos y a diferentes personas sus diversos elementos componentes. Y casi invita a los maridos, cuya mujer no quiere consentir la enajenación del negocio ni tengan probabilidades de obtener la autorización judicial, a hacerlo así, sancionándose con ello una posibilidad que, casi siempre, será más antieconómica que la venta del establecimiento en bloque, con daño, a la postre, para la sociedad de gananciales.

El marido, pues, a nuestro modo de ver, necesita el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para disponer de aquellos elementos de la empresa que por su naturaleza no están destinados a su enajenación (257). Pero esta regla general debe aplicarse con la debida ponderación. En primer término, parece natural entender que sólo aquellos elementos esenciales cuya pérdida pueda imposibilitar o dificultar gravemente el buen funcionamiento del negocio, o mermar sensiblemente sus rendimientos se

(256) Por no percibir este matiz diferencial entre acto de disposición y negocio jurídico dispositivo, ROCA JUAN: *Ob. cit.*, pág. 513, parece sostener la tesis de que el consentimiento *uxoris* o la autorización judicial no serán necesarios cuando se trate de negocios jurídicos que tengan por objeto elementos aislados de la empresa y no toda ella como un bloque. Estos actos, dice, sólo podrán ser impugnados por la mujer cuando hayan sido realizados en fraude de sus derechos. A nuestro juicio, por el contrario, tales actos son verdaderos actos de disposición y si el marido los realiza sin consentimiento de su esposa podrá ésta impugnarlos sin necesidad de acudir a la vía, mucho más complicada, de la impugnación por fraude.

(257) ¿Podrá el marido vender en bloque todas las mercancías que constituyen el *stock* el establecimiento? A nuestro modo de ver si la enajenación se realiza para liquidar el establecimiento la respuesta debiera ser negativa. Naturalmente los ulteriores adquirentes de aquéllas amparados por el artículo 86 del Código de comercio quedarán al margen de las consecuencias de la acción de impugnación.

rán aquellos de los que el marido no podrá disfrutar sin consentimiento de su mujer o autorización judicial. La disposición sobre simples elementos accesorios de los que no depende la aptitud de la empresa para seguir funcionando no es, en realidad, acto de disposición sobre el establecimiento. En segundo lugar, escaparán también a la actuación de las limitaciones instauradas por el nuevo artículo 1.413, los negocios de disposición sobre elementos que, *habiendo pertenecido al establecimiento, hayan quedado fuera de su órbita*, especialmente si fueron objeto de sustitución, incluso, aunque esta sustitución exceda los límites de una prudente renovación.

El marido sólo tiene limitadas sus facultades dispositivas sobre los elementos que componen el establecimiento y (salvo que sean inmuebles), mientras dichos elementos integren o compongan el establecimiento y en la medida que su pérdida pueda afectar o comprometer a la organización. La posición del marido es, en este aspecto, distinta e inversa, en cierto modo, a la de un usufructuario o un arrendatario. Mientras éstos no tienen facultades dispositivas sobre los elementos que integran el establecimiento, forman o no parte del mismo, a excepción de las mercaderías de las que pueden disponer, precisamente, porque forman parte de él, el marido sólo tiene limitadas sus potestades por razón de la pertenencia de ciertos bienes a la esfera de un establecimiento mercantil y en la medida en que la disposición sobre dichos bienes comprometa o pueda comprometer la existencia o el funcionamiento del establecimiento mismo.

Ciertamente, si el marido ha excluído del establecimiento un determinado elemento, en principio, esencial, y lo ha sustituido por otro que no reúne las condiciones adecuadas, o que mermará la capacidad de producción de la empresa habrá realizado una disposición para la que deberá haber contado con la conformidad de su mujer. Pero la disposición sobre el establecimiento (y la que, en su caso, infringirá lo que establece el artículo 1.413 del C. c.) se habrá consumado al realizar la sustitución, no después si se enajena el elemento sustituido. Aquí sí que es necesario tener en cuenta que el artículo 1.413 es de interpretación restrictiva sobre todo porque pasamos a un terreno en el que entran en juego, no sólo los intereses del marido y mujer, sino también los de tercero. Como dijimos anteriormente, la interpretación restrictiva del nuevo artículo 1.413 en este punto obliga a sostener que el marido necesita el consentimiento de su mujer para disponer de lo que actualmente es establecimiento mercantil, no de aquello que formó parte o puede llegar a integrar una empresa mercantil. Sólo, por consiguiente, cuando el negocio de disposición sobre un elemento esencial del establecimiento se realice antes de su separación, de tal manera que la separación sea la consecuencia (y no el antecedente) de la disposición, el acto podrá ser impugnado por la mujer. Que frente a las disposiciones de hecho (ver más atrás lo que

en varias ocasiones hemos expuesto sobre la materia,) no esté suficientemente protegida la mujer no es, a nuestro juicio, razón suficiente para imponer un requisito que sólo debe ser exigido cuando se den claramente los presupuestos a que la propia ley condiciona su procedencia.

Comprendemos que el criterio que sostenemos tiene un inconveniente. El de su relativa imprecisión para resolver los casos prácticos que puedan presentarse. Pero honrada y sinceramente creemos que el deseo, muy fundado, de obtener una certidumbre apriorística en las soluciones, no puede llevar a la conclusión de que el marido necesita el consentimiento de su mujer para disponer de cualquier elemento incorporado a un establecimiento mercantil, ni tampoco (solución opuesta) a sostener que tal consentimiento únicamente se precisa cuando se trata de transferir o gravar el establecimiento en su totalidad. En contra de ambas soluciones militan a nuestro juicio razones decisivas que han de prevalecer sobre lo que, sin duda, sería más cómodo y más seguro para el intérprete y especialmente para el profesional del derecho.

Los tribunales tendrán que decidir, en definitiva, si el acto del marido constituyó o no acto de disposición sobre un establecimiento mercantil, o si se refirió a un elemento que formó parte de una empresa extinguida, o que ha sido separado de un negocio que continúa funcionando. Desde el punto de vista notarial creemos que, en la duda, podrán autorizarse escrituras por las que el marido otorgue actos de disposición sobre bienes que integraron un establecimiento mercantil, siempre que afirme que tales bienes ya no pertenecen al establecimiento o que éste, como tal, ha desaparecido. A la exactitud de esta afirmación quedará suspendida la validez del negocio (258).

Especial consideración del traspaso.—Indudablemente uno de los elementos esenciales del establecimiento es, por regla general, el local o locales en que la empresa se encuentra emplazada.

(258) Supuesto que el acto de disposición otorgado por el marido haya sido una hipoteca mobiliaria la inscripción aunque el crédito hipotecario haya sido cedido a tercero no impedirá la impugnación. El Registro de hipoteca mobiliaria no goza de fe pública registral en su aspecto o dimensión convalidante. El artículo 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954 se limita a afirmar que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes y aunque añade que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y surtirán todos sus efectos mientras no se cancelen o no se declare su nulidad (principio de legitimación) no hace salvedad ninguna sobre que esa nulidad, una vez declarada, queda enervada frente a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso que hayan inscrito su adquisición. Es decir, no existe un precepto similar al artículo 34 de la Ley hipotecaria. El artículo 8.º de la Ley de 16 de diciembre se limita a decir que el crédito asegurado con hipoteca podrá enajenarse o cederse, en todo o en parte, con los requisitos y efectos de los artículos 146 y 151 de la Ley hipotecaria. Pero, de estos preceptos, sólo resulta (aparte de la necesidad de cumplir los requisitos formales ordenados por el primero de ellos) que la cesión no notificada al deudor libera a éste si, ignorante de la cesión, paga al cedente.

El local puede pertenecer al empresario a título de propiedad, o en virtud de un derecho real (usufructo, por ejemplo). Es evidente que entonces el marido necesitará el consentimiento de su mujer o la autorización judicial para disponer del local. El local es inmueble, en dicha hipótesis, y ello basta para que su disposición venga afectada por aquellas limitaciones.

Pero el empresario puede gozar del local, y ello es frecuentísimo, en virtud de un derecho arrendaticio, derecho del que con arreglo a la ley de Arrendamientos urbanos puede disponer, sin el consentimiento del arrendador, cumpliendo los requisitos legales del traspaso. ¿Necesita también el marido, para traspasar un local arrendado, el consentimiento de su mujer o la autorización judicial? La respuesta tendría que ser afirmativa si se estimara que el arrendamiento de inmuebles sujeto a la legislación especial da lugar al nacimiento de un verdadero derecho real a favor del arrendatario. Pero, como indicamos anteriormente, no es ésta la tesis que parece predominar en la doctrina y en la Jurisprudencia.

Supuesto que, desde un punto de vista puramente legal, el derecho del arrendatario se reputa simple derecho personal, con lo cual el traspaso se desplaza al área de la simple cesión de contrato, ¿es preciso, para realizarlo, el consentimiento *uxoris*?

A nuestro juicio, y siempre que prevalezca la tesis de que el derecho del arrendatario no es derecho real, la posibilidad de que el traspaso pueda realizarse sin el consentimiento de la mujer depende de que, al tiempo de llevarlo a cabo, el local pertenezca o no al establecimiento, sea o no elemento integrante del mismo. Si el marido ha cerrado el negocio y éste ha desaparecido (259), o si la empresa se ubica en un local distinto, el primitivo local ha dejado de ser establecimiento mercantil y, por tanto, su transferencia no requiere que el marido obtenga el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. Por el contrario, el local en que el negocio está instalado no podrá ser traspasado por el marido sin llenar aquellos requisitos, aunque el traspaso se refiera sólo al local; es decir, aunque no comprenda los demás elementos del negocio. El local, en tal caso, forma parte integrante del establecimiento y su transmisión puede comprometer gravemente la existencia o la productividad de la empresa. Se trata de un acto de disposición sobre la propia empresa, aunque sólo tenga por objeto uno de sus elementos, y, por consiguiente, su realización exige, a nuestro juicio, la conformidad de la mujer de quien traspasa, o en su defecto la autorización del Juez.

El hecho de que la ley de Arrendamientos urbanos permita al arrendatario de un local de negocio traspasarlo, aunque la transmisión no comprenda los restantes elementos que integran el establecimiento no es razón para sostener que todo traspaso de local

(259) Claro es que si el local lleva más de seis meses cerrado lo probable será que el propietario haya ejercitado el derecho que le reconoce el número 3.º del artículo 62 de la LAU.

de negocio requiera inexcusablemente el consentimiento de la mujer o la autorización judicial. Ni es posible identificar local de negocio con establecimiento mercantil ni cabe sostener que el nuevo artículo 1.413 del Código civil, cuando habla de establecimientos mercantiles, ha querido referirse a locales de negocio, según ya indicamos anteriormente. Lo que ocurre es que la vigente legislación de arrendamientos urbanos al proteger la llamada propiedad comercial ha cometido el error de conceder un derecho (el de traspaso), que si bien tiene pleno fundamento cuando de lo que se trata es de disponer de una empresa mercantil, de un negocio en marcha, que se transfiere como un todo, comprendiéndose en la transmisión sus diversos elementos componentes, y entre ellos el local, no tiene clara justificación o la tiene muy débil, si lo que se pretende ceder es simplemente el derecho arrendaticio sobre un local. Cuando se traspasa un local de negocio, vacío o no, pero desconectado de la empresa mercantil a la que sirvió, bien porque dicha empresa se haya extinguido, bien porque ya no necesite valerse del local en cuestión, no se ampara ni protege la subsistencia de un establecimiento mercantil ni el legítimo interés del empresario en que el valor de su negocio, en trance de ser transmitido, no se desintegre y pulverice, sino que lo que se hace es otorgar al arrendatario una potestad exorbitante sobre un bien (el local arrendado) que no le pertenece y sobre el que carece de justo título para retenerlo en función de un derecho que si está en situación de prórroga legal debe estimarse caducado por haber desaparecido la justificación de la facultad de prorrogarlo. Con acierto el artículo 62 número tres de la LAU niega la prórroga forzosa al arrendatario cuando el local de negocio haya permanecido cerrado durante más de seis meses, durante el curso de un año, salvo que el cierre obedezca a justa causa. La ley viene a sentar presunción de que el cierre del local durante el período previsto significa que la empresa en él establecida ha cesado, o ya no necesita servirse del local, y, consecuentemente, niega al arrendatario la prórroga que se le concede justamente para proteger la estabilidad del negocio. Así las cosas, es totalmente absurdo que el arrendatario, antes de expirar los seis meses, pero cuando ya de hecho ha liquidado la empresa o la ha trasladado a local diferente pueda, sin embargo, traspasar el local y lucrarse con el precio del traspaso. Pero este absurdo contrasentido legal no puede obligarnos a confundir lo que es una empresa o establecimiento mercantil, unidad patrimonial con vida propia, según certera expresión de la Jurisprudencia, con un simple local en expectativa de destino, ni, por consiguiente, puede servir de base para sostener que el marido para disponer de un local arrendado *en el que ya no esté ubicada la empresa* de que es propietario, necesite obtener el consentimiento de su mujer o la autorización judicial (260).

(260) El criterio de la LAU, en materia de traspasos, se ha pretendido justificar (Cfr. NARR: *Ob. cit.*, pág. 975) con la afirmación de que el ejer-

Digamos, para terminar, que el traspaso de sucursal (si lo que se traspasa es la sucursal propiamente dicha, y no el local en que aquélla estuvo instalada) es, a nuestro juicio, acto de disposición que requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por el nuevo artículo 1.413. Porque o la sucursal se concibe como establecimiento en sí, aunque ligado y subordinado al establecimiento principal, o forma parte integrante de éste. Y aunque se acepte conceptual. El derecho positivo debe prescindir (y de hecho ha que puede afectar al desenvolvimiento de todo el negocio es también un acto de disposición sobre el mismo, aunque el acto jurídico en concreto sólo se refiera a una parte de él.

IV *El nuevo artículo 1.413 del Código civil y los equivalentes jurisdiccionales.*

A nuestro juicio el nuevo artículo 1.413 del Código civil no ha limitado la capacidad ni la legitimación del marido para actuar procesalmente respecto de bienes gananciales, aunque éstos sean inmuebles o establecimientos mercantiles. El marido no necesita el consentimiento de su mujer (ni autorización judicial) para ejercitar acciones relativas a bienes que tengan aquella condición, así

vicio de la actividad empresarial durante cierto tiempo llega a crear una plus valía del local que se debe exclusivamente al empresario y de la que no es justo desposeerle. El argumento sólo es válido, hasta cierto punto (recuérdese que el arrendatario no tiene derecho a las mejoras), referido a las pequeñas empresas comerciales y únicamente en ciertos casos. Los locales comerciales situados en lugares céntricos o estratégicos tienen un valor comercial propio e independiente de la actividad que en ellos pueda haberse realizado con anterioridad. En la gran mayoría de las empresas industriales, e incluso en las comerciales en que la atracción de la clientela se funda en algo más que en el puro hábito de frecuentar un establecimiento sin otro motivo que el de su situación, no puede decirse, con verdad, que la actividad del empresario ha determinado un plus valor del local que persiste aunque la empresa cese en el mismo. La experiencia demuestra que el precio que se paga por el traspaso de un local (cuando lo que se transmite es un local y no la empresa propiamente dicha) no se satisface para continuar en él la misma actividad comercial o industrial del anterior titular, sino, en un gran número de casos, para dedicarlo a negocio completamente distinto y esto se consigue llegando a un acuerdo con el propietario o simulando, durante el año que exige la ley, que el local se destina a negocio de la misma clase que el que venía ejercitando el arrendatario. En fin, que este requisito se exija sólo por plazo tan exiguo, transcurrido el cual puede el adquirente por traspaso dedicar el local a la explotación que tenga por conveniente, prueba, una vez más, lo deleznable del sistema legal. Si el precio satisfecho se pagó por el «aviamiento de un local» (?) no parece razonable mantener en él al adquirente que voluntariamente ha destruido lo que compró (el aviamiento) al destinar el local a un uso diferente. La realidad es que el valor del local en sí obedece, casi siempre, cuando se vende con independencia de la empresa a que perteneció, a sus posibilidades comerciales objetivas, al bloqueo de la renta o a ambas cosas.

como tampoco para defender, como demandado, los intereses de la sociedad.

Ciertamente el ejercicio de acciones judiciales es un acto que excede de la simple o mera administración. Como dice SAVATIER (261), un pleito es un hecho demasiado anormal en la administración de los bienes para que constituya, en principio, un acto de administración. Sin embargo, tampoco puede decirse que sea un acto de disposición, puesto que, como el propio autor recuerda, la finalidad que se persigue al ejercitar una acción judicial es la de defender y conservar el patrimonio. Se trata de un acto de administración extraordinaria, que, por lo mismo, no todo administrador podrá realizar, pero no es un acto de disposición propiamente dicho.

Como decíamos anteriormente, un buen criterio para contrastar si desde el punto de vista del derecho positivo un acto debe o no considerarse acto de disposición, es el de comprobar si la realización de dicho acto entra en las potestades de aquellas personas que ostentan la administración legal de bienes ajenos. Y cuando se trata de actos que la ley permite a ciertos administradores y prohíbe a otros (salvo que cuenten con autorizaciones especiales) hay que ponderar el resultado que el acto persigue para comprobar si es equiparable a aquellos actos que la ley no permite realizar a ningún administrador legal (verdaderos actos de disposición) o si, por el contrario, son actos, que, pese a su gravedad, persiguen un resultado que los aproxima a los actos de administración propiamente dichos. Esta segunda clase de actos están comprendidos en las facultades del marido, pues el nuevo artículo 1.413 no debe ser extensivamente interpretado, por lo cual sólo aquellos actos que claramente tengan naturaleza dispositiva serán los que el marido no podrá realizar por sí con plena eficacia.

La ley concede, por regla general, a los administradores legales de bienes ajenos la representación judicial de sus administrados, la que pueden ostentar sin necesidad de cumplir determinados requisitos. Únicamente a los tutores se les exige autorización del Consejo de familia, salvo que se trate de juicios verbales (art. 269 del C. c.). Como, además, el ejercicio de acciones judiciales por su finalidad (conservación y defensa) coincide con lo que es característico de los actos de administración, aunque su gravedad e importancia sea mayor, parece claro que dicho ejercicio no constituye un acto de disposición propiamente dicho. Por consiguiente, el marido no tendrá necesidad de contar con el consentimiento de su mujer o autorización judicial para asumir la representación procesal de la sociedad de gananciales.

Abona este punto de vista el hecho de que el marido es el representante legal de su mujer, representación que en la esfera judicial no tiene otra limitación que la del artículo 1.383 relativa a los

(261) En el Tratado de PLANOL RIFFERT: *Op. cit.*, I, pág. 293.

bienes parafernales. Y esta excepción, que incluso respecto de los propios bienes parafernales es interpretada restrictivamente por la Jurisprudencia (cfr. S.s. de 31 de diciembre de 1897, 15 de febrero y 20 de octubre de 1908, 29 de noviembre de 1927, etc.), no puede, por su propia índole, ser aplicada extensivamente, y menos aún referida a los gananciales que son también, no lo olvidemos, bienes propios del marido. En tema de condominio ordinario la Jurisprudencia ha proclamado reiteradamente que cualquier condueño puede ejercitar, siempre que lo haga exclusivamente en beneficio propio, las acciones que corresponden a la comunidad.

Creemos, por lo tanto, que el marido puede ejercitar acciones (o defender como demandado los intereses de la sociedad de gananciales) referentes a bienes inmuebles o establecimientos mercantiles sin que para ello necesite el consentimiento de su mujer ni autorización judicial.

En nuestra opinión, pues, el artículo 1.413 del Código civil, no limita, en principio, la legitimación procesal del marido respecto de los bienes gananciales, aunque éstos sean inmuebles o establecimientos mercantiles. Pero esto no significa que las facultades del marido sean omnimodas dentro del proceso, ni tampoco que pueda zanjar cualquier cuestión, referente a bienes gananciales que tengan aquella condición, sustituyendo el proceso por alguno de los mecanismos que la moderna técnica jurídica llama equivalentes jurisdiccionales.

A) La transacción y otros supuestos afines.

No parece que puedan suscitarse muchas dudas sobre que nuestro derecho positivo considera la transacción como un acto de disposición. La ley siempre que se enfrenta con el problema de si la transacción está comprendida en las facultades de un administrador legal de bienes ajenos lo resuelve en sentido negativo, es decir, exigiendo la concurrencia de determinados requisitos (cfr. artículos 1.810, 1.811 y 1.812 del C. c., 1.360 de la L.E. c.). El artículo 1.713 del Código civil incluye expresamente la transacción entre los actos de «riguroso dominio».

A pesar de lo terminante que resulta el criterio que puede extraerse de estos preceptos no resulta superfluo examinar cuáles las razones que puedan justificarlo, lo cual nos permitirá contrastar si, dada su especial naturaleza jurídica, la transacción es realmente un acto de disposición. Si la respuesta fuera negativa, podría quizá pensarse que el marido no necesita, para transigir sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales, al menos en ciertos casos, el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. La investigación nos será útil, además, para saber cuáles son las facultades del marido en relación con otros supuestos que tienen cierto parentesco o afinidad con la transacción propiamente dicha.

El problema central que se ha planteado la doctrina al estudiar la naturaleza jurídica de la transacción, problema de evidente inte-

rés para nuestro tema, es el de la naturaleza, traslativa o declarativa, de aquel contrato.

La antigua doctrina, bajo el peso del brocardo «transigir es enajenar», había entendido que la transacción es realmente un acto traslativo de derechos, equiparable, en este sentido, a una enajenación cualquiera. Esta opinión, aceptada por alguno de nuestros comentaristas, se funda en la idea de que por la transacción cada uno de los contratantes cede una parte del derecho de que se cree asistido. Por el contrario, la opinión, posiblemente dominante, en la actualidad centra el problema en la finalidad y función propia de la transacción, prevenir o cortar un litigio, o dicho con expresión más científica, y seguramente más correcta, eliminar la incertidumbre en una relación jurídica. De acuerdo con esta orientación se asigna a la transacción el carácter de acto simplemente declarativo de derechos. Tiene esta postura su fundamento en la idea de que en la transacción no hay intención de transferir ni de adquirir la propiedad, o en general, la titularidad del derecho subjetivo litigioso, sino que solamente se trata de renunciar (total o parcialmente) a una pretensión sobre una cosa o un derecho, y de reconocer (también total o parcialmente) la pretensión ajena.

En nuestra opinión este planteamiento de la cuestión, que es el tradicional, resulta parcial e incorrecto.

En efecto, la teoría declarativa opera conceptualmente sobre la idea de que en cuanto la transacción comporte una renuncia o un reconocimiento, esta renuncia o este reconocimiento no se refieren a los derechos de las partes, sino a sus pretensiones. En este sentido, SANAHUJA (262) recoge la definición que da MANUEL DE LA PLAZA de la renuncia procesal a la acción considerándola como la declaración que hace el actor de que su demanda es infundada. Nosotros, sin decir que tal concepto sea inexacto, sí sostenemos con CARNELUTTI (263) que la renuncia (abandono de la pretensión) y el allanamiento (abandono de la discusión), aunque se piensen como puros conceptos procesales, implican en el fondo *la renuncia o el reconocimiento* del derecho controvertido de que se trate. Como dice el genial procesalista italiano, la pretensión y la discusión, como hechos que son, no pueden renunciarse en sí mismos, porque, como tales hechos, no pueden ser objeto de una disposición, y sólo el derecho correspondiente a la pretensión. Se renuncia, pues, o se reconoce, el derecho eventual que sirve de soporte a la pretensión. Ciertamente, si el derecho renunciado no existía la renuncia no surtirá otros efectos que los puramente procesales de dar por terminado el procedimiento con una sentencia favorable al favorecido por la renuncia, e impedirá, tanto en este caso como en el de haberse realizado por vía transaccional fuera del proceso.

(262) Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea, en «Revista de Derecho privado», 1945, pág. 233.

(263) *Ob. cit.*, I, pág. 198.

y en virtud de los efectos de «cosa juzgada» que también se ligan a la transacción, que vuelva a reproducirse el proceso sobre la misma cuestión. Pero si efectivamente el derecho que servía de base a la pretensión correspondía al renunciante, se ha producido claramente un efecto de derecho material, aunque éste aparezca involucrado con el efecto procesal. Análogos resultados cabe apreciar en tema de reconocimiento.

Tanto la renuncia como el reconocimiento, especialmente, en cuanto se produzcan fuera del proceso o con independencia del mismo, y si se hacen con la finalidad de eliminar un litigio (haya o no tenido éste repercusión procesal) surten efectos de derecho material que consisten en la eventual modificación de las relaciones jurídicas a que se refieran en el supuesto de que las mismas no fueran tal como resulten después de la renuncia o del reconocimiento. Como dice VON TUHR (264) debe distinguirse entre dos distintas clases de reconocimiento, el reconocimiento en el sentido de declaración de ciencia, que es una manifestación de la que se desprende que su autor está convencido de que existe un hecho y el reconocimiento como declaración de voluntad que fija los términos de una relación jurídica incierta o insegura en su estado y alcance. En este segundo caso, el reconocimiento es un negocio jurídico por cuanto que *entraña la voluntad de efectuar eventualmente una modificación jurídica* siempre que el resultado de la declaración difiera de la realidad, ya que en adelante debe reconocerse como derecho lo que se reconoce y no lo que existía antes del reconocimiento.

El reconocimiento que tiene lugar en la transacción (reconocimiento de la pretensión ajena, al igual que la renuncia) pertenece a este segundo grupo, y no constituye una simple declaración de ciencia (confesión). Con esto no queremos significar que nos sumemos a la antigua teoría traslativa. Cuando uno de los que transige renuncia a su eventual derecho sobre una finca litigiosa, por ejemplo, no hace esta renuncia *para* transferir su derecho a la otra parte, sino *aunque* dicha renuncia comporte efectivamente la transferencia, y ello es así precisamente porque la finalidad perseguida por las partes con la transacción no es operar una transferencia (aunque no la excluyan como efecto, diríamos reflejo, del negocio) sino zanjar un litigio.

Las consideraciones que anteceden iluminan sólo, en parte, el campo de nuestra investigación. A tenor de las mismas puede sostenerse que el reconocimiento del derecho ajeno (o la renuncia al propio derecho), implícitas en la transacción deben equipararse, especialmente, desde el punto de vista de la capacidad para realizarlas, a una verdadera disposición porque aunque no la comporten necesariamente no la excluyen y *pueden efectivamente implícitamente*. Ahora bien, si sólo nos atuviéramos a este aspecto sustan-

(264) *Ob. cit.*, III, pág. 280.

tivo o material de la transacción tendríamos que concluir que en ciertos supuesto de transacción, y para alguna de las partes, no debiera exigirse la capacidad para disponer de los derechos objeto del litigio. En lo que SANAHUJA (265) llama transacción pura, la renuncia y el reconocimiento se dan por ambas partes, y, por lo tanto, a las dos debe exigirse la capacidad para disponer de las relaciones jurídicas litigiosas. Es el caso, por ejemplo, de dos personas que litigan sobre la propiedad de una cosa y transigen la cuestión dividiéndola por mitad. Proyectando el ejemplo sobre el tema de nuestro estudio si los litigantes están casados bajo el régimen de gananciales y el objeto discutido tiene, en principio, este carácter ambos habrán de contar con el consentimiento de sus respectivas esposas. Pero la renuncia o el reconocimiento pueden presentarse del lado de uno solo de los dos contratantes. Eso lo que SANAHUJA denomina transacción impropia. Supongamos que en el ejemplo antes propuesto la discusión se zanja adjudicando la cosa por entero a una de las partes recibiendo la otra una cantidad de dinero en cambio. En este caso, la necesidad de la licencia uxoria parece clara respecto de aquel de los contratantes que renuncia a sus eventuales derechos sobre la finca a cambio del dinero, pero parece también claro, que el otro contratante no precisa para nada que su esposa le dé autorización. La operación, para él, semeja una compra y la compra puede realizarla el marido sin consentimiento de su mujer.

Si el problema que nos hemos planteado hubiéramos de resolverlo atendiendo sólo aspecto material de la transacción y a sus efectos puramente patrimoniales no hay duda de que debiera prosperar esta solución ecléctica fundada en la distinción de casos y en la discriminación de la postura de las partes según el contenido transaccional de cada caso. Sin embargo, la naturaleza de la transacción no se agota en un análisis de su aspecto puramente material o sustantivo. La institución presenta una vertiente procesal sumamente interesante para descubrir alguna de sus peculiaridades.

Habida cuenta de la finalidad específica que se cumple con la transacción hay que considerarla como un «equivalente jurisdiccional», según frase certera y feliz de CARNELUTTI. Cuando la solución de un litigio (finalidad primordial del proceso) se obtiene fuera del proceso y en forma pacífica y que los interesados consideran justa, o si no justa, al menos arreglada a sus intereses, puede llamarse al medio jurídico a través del cual se obtiene la solución del conflicto equivalente jurisdiccional, porque justamente la solución que gracias a él se obtiene, equivale a la que podría haberse obtenido con la intervención del órgano jurisdiccional y en suma del proceso.

Este especial significado de la transacción explica las peculiaridades que se observan en sus efectos, más contundentes, valga la expresión, que los ligados a los contratos en general. Nuestro

Código señala certeramente esta especialidad al decir en su artículo 1.816 que la transacción tiene para las partes valor de «cosa juzgada». ¿Qué quiere decir esto?

Como es sabido, los efectos de la cosa juzgada son de un doble orden, lo que ha dado lugar a que los procesalistas hablen de cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La posible eficacia constitutiva que toda sentencia firme lleva consigo (la antigua doctrina afirmaba que la sentencia contiene una presunción de verdad) explica el paralelismo entre la transacción y la cosa juzgada material. El efecto práctico de la cosa juzgada material se obtiene a través de la excepción perentoria de cosa juzgada. También la llamada *exceptio litis per transactionem finatae* excluye la posibilidad de un proceso sobre el asunto transigido. Semejante efecto se produce no tanto como consecuencia de una supuesta obligación de no ejercitar la acción, contraída por el que transige, obligación que podría fundar, de ser incumplida, una indemnización de daños y perjuicios, pero que difícilmente podría eliminar una sentencia que pudiera resultar contraria a la transacción, sino por la finalidad misma de la transacción realizada por el concepto fecundo de equivalente jurisdiccional.

Por cosa juzgada formal se entiende, como dice CARNELUTTI (266), la preclusión del derecho a provocar el cambio de la decisión del órgano jurisdiccional, es decir, del derecho a impugnar la sentencia. Se produce en virtud de dicha preclusión lo que DE LA PLAZA llama inmutabilidad de la sentencia, expresión dentro de la que nuestro procesalista resume el alcance de la cosa juzgada formal. Consecuencia de dicha inmutabilidad, como dice dicho autor, es que la misma abre paso a la ejecución del fallo.

Aunque la fuerza ejecutiva de la sentencia firme sólo es referible, por mandato del propio artículo 1.816, a la transacción judicial, el paralelismo entre los efectos de la transacción y de la cosa juzgada formal se pone de relieve a través de la impugnabilidad de aquella que discurre por cauces propios cuyas peculiaridades se explican precisamente por la asimilación legal entre los efectos de la transacción y los de la cosa juzgada.

Así el error *iuris* (que puede estimarse vicio del consentimiento en los contratos, según ya admitió la S. de 4 de abril de 1904) no es en ningún caso base para impugnar la transacción, según ha admitido de antiguo la doctrina tradicional y según resulta de nuestro propio Código que en su artículo 1.817 (2.º párrafo) se refiere, tan sólo, al error *de hecho*. Y puesto que la controversia a que la transacción se refiera lo mismo puede tener por objeto a una *questio iuris* que una *questio facti* parece obligado concluir que no todos los errores de hecho podrán servir de base para impugnar una transacción. No habrá, a nuestro juicio, error de hecho propiamente dicho cuando la parte que transige daba por cierto un de-

(266) *Ob. cit.*, I, pág. 351.

terminado hechó cuya prueba no podría aportar y que hubiera podido ser ofrecida de haber tenido noticia de determinados elementos de prueba que aparecen después de transigida la cuestión (267). Sólo cuando el que transige dió por cierto un hecho que no lo era o por incierto un hecho verdadero, tendremos un error con trascendencia anulatoria de la transacción, y siempre, además, que no estemos en alguno de los supuestos a que se refieren los artículos 1.817 párrafo 2.º y 1.819 del Código civil.

Este segundo aspecto tan relevante de la transacción es el que impide aceptar las conclusiones que en tema de capacidad se desprendían del estudio puramente sustantivo, y, por lo tanto, unilateral, del instituto. Su eficacia especial impide asimilarlo a otro tipo contractual aunque atendido su contenido patrimonial la transacción se le parezca. Y así en el ejemplo que antes propusimos aunque se tenga la impresión que la transacción equivale a una compra, la semejanza es puramente externa y superficial y no puede servir de base para extraer conclusiones fundamentales en temas tan importantes como el de la capacidad para celebrar el negocio.

Supuesta la dimensión procesal de la transacción parece que debiera llegarse a la conclusión de que el marido (representante procesal, según hemos dicho, de la sociedad de gananciales) ha de poder concluirla por sí solo, al menos siempre que desde el punto de vista sustantivo no pueda equivaler a una disposición eventual sobre inmuebles. No creemos, sin embargo, que sea ésta la conclusión a que deba llegarse. Precisamente la *ratio* de los artículos 1.810 y siguientes del Código civil, no está en que dicho cuerpo legal considere la transacción como un acto traslativo. Si así fuera no tendría sentido que deba tener capacidad para enajenar (exigida por el 1.812 sin distinciones) aquella de las partes que efectúe la transacción «reteniendo» (para usar la terminología del Código) mediante el pago de una suma o realización de otra prestación. Los padres, facultados para disponer de bienes de sus hijos sin autorización judicial, salvo que se trate de inmuebles, necesitan, sin embargo, dicha autorización cuando transigen si el valor de los objetos a que la transacción se refiera rebasa las 2.000 pesetas. Finalmente, y no agotamos con ello los argumentos, si la razón de exigir capacidad para enajenar a los que transigen fuera la estimación de la transacción como acto dispositivo, el poder para enajenar debiera bastar para transigir, y, sin embargo, el artículo 1.713 del Código civil, separa ambos conceptos y exige para la transacción mandato expreso.

A nuestro entender, la razón de este rigor legal se encuentra también en la especial naturaleza de la transacción como *equivalente* jurisdiccional. La propia expresión subrayada demuestra que

(267) A esta idea responde, aunque por un lado la desarrolle en forma incompleta y de otro su contenido sea demasiado drástico, el artículo 1.818 del Código civil.

la transacción *vale como el proceso*, sustituye al proceso, *pero no es el proceso mismo*. La intervención del órgano jurisdiccional representa y presupone unas garantías de las que prescinden las partes cuando por vía de transacción proceden a «autocomponer» el conflicto de intereses determinante del litigio. Por ello, se exige para transigir, como dice acertadamente la S. de 24 de abril de 1941, la *plena facultad dispositiva* sobre las relaciones jurídicas sobre las que recae o puede recaer la transacción.

Por consiguiente, cuando la transacción verse sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, el marido necesitará, para celebrarla, a licencia de su esposa. No así cuando se refiera a otras materias, aunque puedan guardar relación con la propiedad inmobiliaria o comercial siempre que la disponibilidad a título oneroso de las relaciones jurídicas de que se trate no esté limitada al marido.

La posibilidad de impugnar una transacción realizada por el marido sin la licencia uxoria, en aquellos casos en que la misma sea exigible, no significa que la mujer pueda obligar al marido a discutir judicialmente el asunto transigido, ni menos aún que quede legitimada para entablar, contra la voluntad de su esposo, los procedimientos que crea oportunos. Como hemos dicho, es al marido a quien corresponde la representación procesal de la sociedad de gananciales. Impugnada la transacción, y declarada sin efecto la misma, las cosas quedarán en el estado en que se encontraban antes de la celebración de aquélla. El marido pues, e igualmente la otra parte, podrán plantear procesalmente la cuestión discutida, e incluso la propia mujer estará facultada para hacerlo si posteriormente se le transfiere la administración de la sociedad conyugal, o si al disolverse la sociedad se le adjudica la cosa a que se refirió la cuestión litigiosa.

Lo dicho respecto de la capacidad del marido para transigir vale para dos figuras con notable parentesco con la transacción y que son la renuncia a la acción y el allanamiento. CARNELUTTI (268) considera ambas figuras, al igual que la transacción, equivalentes jurisdiccionales. El criterio de este autor es exacto si aceptamos que la renuncia a la acción (distinta del simple desistimiento) y el allanamiento determinan necesariamente una sentencia absolutoria de la demanda (en el primer caso) o condenatoria (en el segundo caso). De tener la renuncia y el allanamiento este alcance es claro su significado como equivalentes jurisdiccionales, ya que la sentencia, aunque necesaria formalmente para la total eficacia de una u otro, se dicta sin que el Juez examine el fondo del asunto. La solución le viene dada por el comportamiento de las partes. La doctrina procesal española (269) estima que el Juez debe fallar con sentencia y de acuerdo con los términos que resulten de la renuncia o del

(268) *Ob. cit.*, I, pág. 198.

(269) Cfr. GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, págs. 166-167; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, I, págs. 281 y sigs.

allanamiento. Por esto resulta lógico que se exija para la renuncia y el allanamiento la misma capacidad que se exige para transigir, es decir, la necesaria para disponer del derecho al que se refiere la renuncia o el reconocimiento (270). De aquí se deduce, por consiguiente, que el marido no podrá sin consentimiento de su mujer renunciar a una acción real sobre bienes inmuebles que tengan carácter ganancial, así como tampoco allanarse a la que contra él se hubiere entablado y que se refiera a bienes de la misma condición. El Juez que ha de comprobar si se dan los presupuestos procesales de la renuncia o el allanamiento debe, a nuestro juicio, controlar también (con criterios de derecho material) la capacidad y el poder dispositivo del que renuncia o se allana, no quedando vinculado por la actitud de las partes si no se dan aquellos requisitos.

Próxima, en sus defectos, al allanamiento puede encontrarse la confesión. Como dice CARNELUTTI (271) dado el valor absoluto de prueba legal atribuido a la confesión es lógico que, por lo menos en algunos casos, deba reconocerse a lo que en realidad es una declaración de ciencia el alcance de una declaración de voluntad. En nuestro derecho, también tiene la confesión una eficacia privilegiada como medio de prueba. Así resulta de los artículos 580 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1.232 del Código civil. A tenor de ambas disposiciones, dice GUASP (272) el Juez está vinculado a reconocer como probada la existencia o inexistencia de los hechos confesados por el declarante en cuanto que le sean perjudiciales. Lo que ocurre, como pone de relieve el mismo autor (273), es que si la confesión concurre con otros medios de prueba diferentes se produce un fenómeno que se resuelve encomendando al órgano jurisdiccional la libre estimación y la apreciación conjunta de todas las pruebas, que es lo que ha proclamado reiteradamente la Jurisprudencia, sin que ello presuponga negar el valor que tiene la confesión como prueba legal. En cuanto a la capacidad para prestar confesión el Código civil en el artículo 1.231 dice, de un modo vago e inconcreto, que para la validez de la confesión es necesario que el confesante tenga capacidad legal para hacerla, sin aclarar en qué debe consistir esta capacidad legal.

Las opiniones de los autores son un tanto ambiguas. Según MANRESA (274) para la confesión judicial debe bastar la capacidad para comparecer en juicio. DE BUEN, entiende que el artículo 1.231

(270) En ese sentido, CARNELUTTI: *Ob. cit.* I, pág. 198; PRIETO CASTRO, obra y lugar citados; DE LA PLAZA: *Derecho Procesal civil español*, I, página 588; GUASP: *Ob. cit.*, pág. 166, cree que basta la simple capacidad procesal aunque advierte que el Juez puede rechazar la pretensión si estima que sus fundamentos de derecho no existen o deben ser utilizados de manera distinta a como lo hace el actor, o que los hechos alegados son manifiestamente falsos, o finalmente que el objeto del litigio está sustraído al poder de disposición de las partes.

(271) *Ob. cit.*, II, pág. 484.

(272) *Ob. cit.*, II, pág. 479.

(273) *Ob. cit.*, II, pág. 483.

(274) Cit. por CASTÁN: *Ob. cit.*, pág. 671.

ha de interpretarse en el sentido de no dar valor a la obligación reconocida por confesión cuando esa obligación no pueda ser contraída de un modo válido por el confesante (275). CARNELUTTI (276) interpretando el artículo 1.361 del antiguo Código civil italiano sostiene que el confesante ha de tener poder de disposición sobre los objetos a que la confesión se refiere, y exige, en la confesión, los mismos requisitos de capacidad y legitimación que para la transacción. GRASP (277) entiende que del artículo 1.232 se desprende que la confesión requiere la capacidad negocial que muchas veces coincide con la capacidad procesal y otras se aparta de ella. En nuestra opinión, en la confesión judicial debe bastar la capacidad para comparecer en juicio. Aunque el hecho confesado haya de tenerlo el Juez por probado, salvo que el efecto aprobatorio de la confesión quede desvirtuado por la concurrencia de otros medios de prueba, ello no significa que quede vinculado por las consecuencias jurídicas de ese hecho, si del mismo brota una obligación que no tenía capacidad para contraer el confesante. Pero esto no significa que la confesión haya de carecer de valor totalmente. Si un menor emancipado por matrimonio confiesa haber recibido una cantidad en préstamo, ello no es óbice para que el préstamo sea nulo. Pero el hecho de que el menor recibió efectivamente el dinero prestado, lo que le constituirá en la obligación de restituirlo al menos en la medida determinada por el artículo 1.304, puede quedar perfectamente acreditado por la confesión. La capacidad de derecho material, y el pleno poder dispositivo sobre los objetos del litigio sólo pueden ser exigidos cuando la confesión vincule al Juez (así parece ocurrir en el caso de juramento decisorio, cfr. art. 1.237) o cuando los hechos confesados de ser falsos presupondrían necesariamente la realización de una disposición para la que el confesante carece de capacidad o poder suficiente. El artículo 1.232 establece que la confesión hace prueba contra su autor, pero se exceptúa el caso de que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes. Precepto que, a nuestro juicio, quiere decir que la confesión no tiene valor vinculante (ni para el Juez ni para el confesante) cuando el hecho confesado, de ser inexacto, implicaría directa y necesariamente la vulneración del derecho objetivo. Aunque la confesión es, en principio, una simple declaración testimonial o declaración de ciencia, no se puede olvidar que puede ser utilizada con fines dispositivos (278). Por ello, nos parece que la confesión de un

(275) Cit. por CASTÁN en obra y lugar citados.

(276) *Ob. cit.*, II, pág. 484.

(277) *Ob. cit.*, II, pág. 458.

(278) La norma tiene, sin embargo, excepciones. Interesa resaltar la que constituye el artículo 1.344 del Código civil relativo a la dote confesada. La confesión de dote, según dicho precepto, vincula al marido y hace prueba contra él y sus herederos, aunque no perjudique a terceros (acreedores y legatarios). El marido, o sus herederos, pueden impugnar la confesión probando su inexactitud. Como dice GRASP (*Ob. cit.*, pág. 485), pese a la

hecho que llevaría consigo necesariamente, de no ser cierto, la transmisión de la propiedad o un derecho real de carácter ganancial, vulnerando lo preceptuado por el artículo 1.413 del Código civil, carecerá del valor probatorio que le asigna el artículo 1.232, sin perjuicio de que el Juez por el conjunto de las pruebas estime, sin embargo, que es cierto el hecho confesado.

Lo dicho para la confesión judicial puede aplicarse a la confesión extrajudicial y al reconocimiento extrajudicial de derechos. El artículo 1.232 del Código civil es aplicable, como ha puesto de relieve GONZÁLEZ PALOMINÓ (279), tanto a la confesión judicial como a la extrajudicial. Por consiguiente, también la limitación formulada en el segundo párrafo del precepto es referible a la confesión extrajudicial, o al reconocimiento de derechos con valor testimonial, que es, en suma, una manifestación de la confesión. Si el marido reconoce que es de la propiedad ajena un bien que aparentemente pertenece a la sociedad de gananciales, o confiesa un hecho del que resulta indefectiblemente que dicho bien es de la pertenencia en todo o en parte de tercera persona (por ejemplo reconoce que adquirió para sí y para tercero como mandatario sin poder una finca que se inscribió íntegramente a nombre del marido, y, por tanto, de la sociedad conyugal) esa declaración, aunque testimonial en su estructura externa, debe ser tratada *prima facie* como declaración de voluntad. Por lo tanto, ni podrá ser autenticada en escritura pública ni inscrita en el registro (280) y, en cualquier caso, la mujer podrá impugnar el reconocimiento o confesión efectuados por el marido sin su consentimiento. De lo contrario, el artículo 1.413 del Código civil devendría letra muerta, ya que le bastaría al marido confesar unos hechos inexactos para que la mujer se viera en el trance de tener que pasar por un acto de disposición (embozadamente celebrado) llevado a cabo sin su consentimiento,

dición literal del artículo 1.234 del Código civil hay que entender que la confesión puede ser impugnada siempre que sea inexacta aunque no haya habido error. Mientras la confesión no sea impugnada y demostrada su inexactitud vincula al marido y a sus herederos, quienes tendrán que pasar por ella. A nuestro juicio, esta solución es aplicable a los parafernales que hayan quedado en poder del marido. El fundamento del artículo 1.244 se encuentra, sin duda, en la dificultad de probar la existencia de bienes dotales, especialmente por la interferencia del artículo 1.407 del Código civil. Negar todo valor a la confesión del marido sería, prácticamente, dejar, muchas veces, indefensa a la mujer. La razón es igualmente referible a los parafernales (directos o por subrogación) que queden en poder del marido. La remisión constante en tema de parafernales a las normas que regulan la dote inestimada (Cfr. arts. 1.384, 1.389 y 1.391 del Código civil), justifican el que no obstante ser el artículo 1.344 un precepto que excepciona lo que dispone el 1.232 pueda ser aplicada a los parafernales que hayan quedado en poder del marido.

(279) Negocio jurídico y documento, págs. 141 y sigs.

(280) Ver sobre este punto lo expuesto anteriormente al ocuparnos del valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de la mujer ni autorización judicial.

so pena de probar que efectivamente fué falsa la confesión. La facilidad con que puede utilizarse una declaración simplemente testimonial para encubrir una verdadera disposición aconseja, pues, aplicar *preventivamente* a ciertas declaraciones testimoniales los requisitos y presupuestos de la de las declaraciones dispositivas. Sin embargo, esto no significa que la declaración testimonial se confunda con la declaración dispositiva. Precisamente por eso el favorecido por el reconocimiento o la confesión del marido podrá paralizar la impugnación de la mujer demostrando (inversión, pues, de la carga de la prueba) que el hecho confesado o reconocido por el marido es cierto. Es decir, que mientras la impugnación de una declaración dispositiva otorgada por el marido sin el consentimiento de su mujer no puede ser enervada en ningún caso, si lo que se impugna es una declaración testimonial (sospechosa de encubrir una verdadera disposición) la impugnación queda frustrada mediante la demostración de que efectivamente se trataba simplemente de una declaración de ciencia, demostración que resultaría de la prueba (por medios distintos de la confesión o del reconocimiento) de que los hechos afirmados por el marido son realmente ciertos.

B) *El compromiso*.—Bien porque se vea en el compromiso una transacción encomendada a terceros, bien por razón de la desconfianza que inspira un proceso (si realmente lo es el arbitral) sustraído al conocimiento de los Tribunales, lo cierto es que en tema de capacidad y de legitimación para comprometer se aprecia un paralelismo perfecto con la transacción. Así lo aprueba el artículo 1.820 del Código civil, e igualmente lo confirma el artículo 13 de la vigente Ley de Arbitrajes privados, que exige para comprometer la capacidad para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecta el compromiso. Prescindiendo de las posibles alteraciones que la nueva norma haya podido determinar en las reglas particulares que contenía el Código civil (por remisión del artículo 1.820 a los preceptos reguladores de la capacidad para transigir), es lo cierto que nuestro problema queda resuelto de modo indudable por el artículo 13 de la Ley de Arbitrajes privados que acabamos de citar. Siempre que el compromiso afecte al dominio o un derecho real inmobiliario que tenga carácter ganancial (o a un establecimiento mercantil), el marido necesitará el consentimiento de su mujer para otorgar el compromiso.

En cambio, para pactar lo que la nueva ley llama contrato preliminar de arbitraje no parece necesaria, a tenor del artículo 7.º de la propia ley, la licencia uxoria. Pero, ¿cuál será, de todos modos, el valor de este contrato preliminar si fué otorgado por el marido sin el consentimiento de la mujer? ¿Quedaría abierta a la otra parte la posibilidad de exigir judicialmente que se proceda a la ulterior formalización del compromiso? A nuestro juicio la respuesta afirmativa haría prácticamente inútil, en la mayor parte de los casos, lo establecido en el artículo 13. La coordina-

ción obligada de los dos preceptos lleva a sostener como única solución posible, a nuestro juicio, que aunque la capacidad para enajenar (o el pleno poder dispositivo) no se exijan para celebrar el contrato preliminar de arbitraje es necesario que una y otro concurren posteriormente, cuando se trate de otorgar el compromiso definitivo o de exigir judicialmente su formalización, pudiendo el Juez acceder a lo pedido solamente si el demandado tiene en el momento de proceder a la formalización judicial la capacidad o el poder de disposición apetecidos. Por consiguiente, si la mujer de uno de los otorgantes del contrato preliminar de arbitraje se niega a la celebración del compromiso el Juez no podrá proceder a formalizar el arbitraje. Únicamente en caso de que la limitación que afecta al poder dispositivo del marido haya desaparecido cuando se exija la celebración del compromiso (por ejemplo, el marido ha quedado viudo y es heredero universal de su mujer, o los herederos de ésta no se oponen, o resulta adjudicatario del bien a que se refiere la controversia en la liquidación de la sociedad de gananciales) el Juez podrá imponer su formalización.

Si la mujer consintió el contrato preliminar de arbitraje entendemos que no será necesario que le reitera su consentimiento después, al otorgarse el compromiso. Tampoco creemos que pueda ya oponerse a su formalización. Nos remitimos sobre este punto a lo que dijimos al ocuparnos de la promesa de venta y la referencia que allí hicimos a la teoría general del contrato.

Con el estudio de las posibles repercusiones procesales del artículo 1.413 del Código civil, terminamos nuestro trabajo, cuya extensión ha rebasado, con mucho, los límites que nos habíamos trazado al comenzarlo. Dijimos al principio que no nos proponíamos hacer una crítica de la reforma, sino simplemente exponer los más importantes problemas que puede suscitar su aplicación e interpretación. Creemos que a lo largo de cuanto hemos escrito nos hemos mantenido rigurosamente fieles a este propósito inicial.

Sin embargo, y para concluir, no podemos silenciar nuestra disconformidad con el nuevo sistema de garantías que el legislador ha tenido a bien introducir en nuestro Derecho positivo para defensa de los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales. De cuanto hemos dicho se desprende, a nuestro entender, una conclusión clara. El nuevo artículo 1.413 del Código civil constituye un obstáculo, una traba, un entorpecimiento, en fin, que se ha impuesto a los poderes del marido en su calidad de jefe de la familia y administrador de la sociedad de gananciales. Pero para la mujer resulta una garantía imperfecta e incompleta. La debida protección de los intereses de la esposa, especialmente cuando la vida conyugal no discorra con normalidad, exige, a nuestro juicio, otras medidas diferentes. El patrimonio reservado, la posibilidad de recabar la administración de los bienes comunes en casos graves de incompetencia o inmoralidad probadas del marido, aunque ello no acarree la disolución de la sociedad de gananciales, el reconocimiento de la separación de hecho, como situación susceptible de trascender a la esfera de las relaciones patrimoniales, son la única defensa, verdaderamente eficaz, que cabe dispensar a la mujer para evitar que un varón sin escrúpulos pueda abusar de la posición privilegiada que todavía, como jefe de la familia, hay que concederle. La nueva ley no ha aligerado las trabas excesivas que aún atan en nuestro Derecho positivo a la mujer casada. Continúa en todo su vigor la licencia marital cuyo ámbito de aplicación debe, cuando menos, reducirse mucho. Y, en cambio, se ha creado una nueva licencia, un nuevo derecho de veto. Cualquiera que sea la construcción técnica que se formule para explicar la naturaleza del consentimiento *uxoris*, no cabe duda de que prácticamente el alcance de la reforma se reduce a otorgar a la mujer el derecho de vetar ciertos actos de su marido. Por esta razón, nosotros, que no sentimos ninguna simpatía por el derecho de veto, expresión en cualquiera de sus manifestaciones de algo esencialmente negativo y destructivo, no podemos, tampoco, estar de acuerdo con la solución que el legislador ha querido dar a lo que sin duda era, y sigue siendo, un problema de trascendental interés: la necesidad de fundar en bases más justas y más conformes con las exigencias de la época en que vivimos la posición jurídica de la mujer casada.

