

El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil

MANUEL DE LA CÁMARA

Notario de Madrid

SUMARIO: Preliminar.—Ambito de aplicación temporal de la norma. Su alcance retroactivo.—Carácter imperativo del artículo 1.413 del Código civil.—Limitaciones impuestas a los poderes dispositivos del marido: I. El consentimiento “uxoris” y la autorización judicial subsidiaria: A) Naturaleza jurídica del consentimiento “uxoris”. B) La autorización judicial subsidiaria. C) Valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de la mujer ni autorización judicial. II. Requisitos y caracteres del consentimiento “uxoris”: A) Requisitos: 1.º Capacidad: Mujer menor de edad. Mujer incapacitada o ausente. 2.º Objeto. 3.º Forma y modalidades. B) Caracteres: 1.º Carácter personalísimo del consentimiento “uxoris”. 2.º Posibilidad de condicionarlo. 3.º Revocabilidad del consentimiento “uxoris”. III. El segundo párrafo del artículo 1.413. Medidas de aseguramiento para otros bienes. IV. Donaciones no permitidas por el artículo 1.415 y enajenaciones en fraude de la mujer: A) Donaciones no permitidas por el artículo 1.415. B) Enajenaciones en fraude de la mujer.—Actos para los que se precisa el consentimiento “uxoris” o la autorización judicial: I. Significado del concepto actos de disposición. II. Actos de disposición sobre bienes inmuebles: A) Actos de disposición sobre fincas: a) Actos de enajenación: a') Ventas y permutas. Venta en ejecución de un contrato de promesa de venta. Venta en ejecución de un contrato de opción. Retroventa de una finca vendida con pacto de retro. Transmisiones de fincas en virtud del ejercicio de un retracto legal. Otras ventas forzosas. b') Aportación a sociedad. c') Otros actos de enajenación. b) Actos de constitución de gravámenes: a') Arrendamientos. b') Gravámenes constituidos con el carácter de condición del acto adquisitivo de una finca ganancial. c') Modificación de gravámenes ya constituidos. c) Otros actos de disposición: a') Particiones y divisiones. b') Modificaciones de la individualidad física o jurídica de fincas. B) Actos de disposición sobre derechos reales inmobiliarios: a) Cancelación de hipotecas y extinción sobre de derechos reales. b) Renuncia a un derecho de adquisición preferente o desistimiento de su ejercicio. III. Actos de disposición sobre establecimientos mercantiles: A) Actos de disposición sobre la empresa. B) Actos de disposición sobre alguno de los elementos que constituyen la base física y económica de la empresa. Especial consideración de traspaso. IV. El nuevo artículo 1.413 y los equivalentes jurisdiccionales: A) La transacción y otros supuestos afines. B) El compromiso.

PRELIMINAR (I)

El Código civil, en su antiguo artículo 1.413, atribuía al marido la facultad de enajenar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales. Respondía en este punto a la tradición del derecho castellano, que desde la Ley 205 de Estilo había sancionado aquella potestad del marido, quien podía ejercitarla libremente salvo que tratara de obrar en fraude de la mujer. En 1958 el legislador ha creído conveniente modificar este aspecto tan importante del régimen jurídico de la sociedad de gananciales. El nuevo artículo 1.413 cercena y limita los poderes dispositivos del marido al exigirle el consentimiento de su mujer, o autorización judicial, para otorgar actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, y prevé que el juez pueda adoptar, a instancias de la mujer, medidas de seguridad (que se traducen en nuevas limitaciones) respecto de los demás bienes gananciales, cuando el marido venga realizando actos que pongan en grave peligro los intereses de la sociedad.

No nos proponemos en este trabajo analizar ni criticar las razones que hayan podido mover al legislador para consumir una modificación de tanta trascendencia y gravedad. No vamos a romper una lanza (cuando tantas se han roto estos años en defensa de la mujer) a favor de los maridos españoles, y a discutir si su conducta, en general, se ha hecho o no acreedora a la manifiesta desconfianza con que ahora se les trata. Si no se hubiera abusado tanto de la técnica periodística (que no parece desde luego la más adecuada) en la discusión de los problemas conyugales, quizá se hubiera advertido que no era la ley, sino una interpretación de la misma demasiado laxa, la causa principal de que los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales estuvieran insuficientemente protegidos. Hubiera bastado, posiblemente, para dejar las cosas en su punto, corregir aquella equivocada interpretación, que en parte, al menos, ya estaba siendo rectificada por el Tribunal Supremo. Pero la nueva ley no se ha contentado con esto y ha ido bastante más lejos. Si en definitiva toda obra legislativa se justifica por sus resultados, no cabe duda de que es totalmente prematuro aventurar juicios sobre el éxito o el fracaso de la reforma. La experiencia, los años, la vida en fin, suprema maestra, nos dirán si el legislador de 1958 hizo bien al atreverse a modificar un principio secular de nuestra organización familiar, o si, por el contrario, y dicho con frase vulgar, el remedio ha sido peor que la enfermedad.

Así, pues, el objeto de este ensayo es, tan sólo, la exégesis del nuevo precepto y el estudio de los problemas que su interpretación

(1) Cuando ya teníamos pergeñado y casi escrito este trabajo, ha aparecido, en la "Revista de Derecho Notarial", julio-diciembre 1958, págs. 129 y siguientes, el notable ensayo de nuestro compañero ANTONIO RODRÍGUEZ ADRA-DOS sobre la disposición onerosa de bienes gananciales. Por esta razón van siempre en notas las alusiones que hacemos a las opiniones de aquel autor.

y aplicación práctica puedan suscitar. En nuestra tarea hemos partido de una idea fundamental que, a nuestro juicio, debe ser aceptada "a priori", aunque, naturalmente, no tengan por qué compartirse las conclusiones que nosotros hemos extraído de ella. La idea fundamental es ésta. El nuevo artículo 1.413 debe interpretarse procurando, en lo posible, encajarlo dentro del esquema legal de la sociedad de gananciales, esquema que, en lo demás, ha sido deliberadamente respetado. La ley ha pretendido proteger más eficazmente los intereses de la mujer dentro de la sociedad de gananciales, pero "sin mengua del sistema", dice la exposición de motivos.

Apenas es necesario decir que el lector no se encuentra ante un trabajo exhaustivo. Se trata, casi, de un guión que tiene por fin apuntar las principales cuestiones que, en nuestro sentir, plantea el vigente y flamante artículo 1.413. Tales cuestiones, en breve sinopsis, son las siguientes:

Ambito de aplicación temporal de la nueva norma.

Carácter imperativo de la misma.

Naturaleza y alcance de las limitaciones impuestas a los poderes dispositivos del marido. Examinaremos, bajo este epígrafe, la naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris", la autorización judicial subsidiaria, el valor jurídico de los actos del marido a los que falten aquellas exigencias, los caracteres y requisitos del nuevo instituto, las medidas de seguridad previstas por el segundo párrafo del artículo 1.413, terminando con una referencia a los actos del marido realizados en fraude de la mujer y a las donaciones ilegales.

Finalmente, la última parte de nuestro trabajo (que podría llamarse parte especial) tiene por objeto puntualizar cuáles son los actos para los que se exige el consentimiento de la mujer.

AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMA. SU ALCANCE RETROACTIVO

La ley reformadora del Código civil no contiene disposiciones transitorias, ni tampoco una declaración general sobre su alcance retroactivo.

Ello puede suscitar la duda de si la reforma introducida por la nueva ley afecta o no a los matrimonios celebrados antes de su vigencia y que se regían, en cuanto a sus relaciones patrimoniales, por el sistema de gananciales, tal como lo regulaba, en esta cuestión, el Código en su redacción anterior.

A favor de la tesis que limitara la aplicación de la reforma a los matrimonios celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, podrían aducirse los argumentos siguientes:

a) El principio de la irretroactividad de la ley sancionado por el artículo 3.º del Código civil.

b) El principio de respeto a los derechos adquiridos que encabeza las disposiciones transitorias del Código civil.

c) El principio de inmutabilidad (en derecho común, claro es) del régimen patrimonial conyugal, sancionado por los artículos 1.315 y 1.319, entre otros, del Código civil.

A pesar de que estos argumentos no pueden considerarse desdoblables, en nuestra opinión, no resultan decisivos.

El artículo 3.º del Código civil (norma destinada al intérprete, no al legislador) sienta *una presunción* sobre la no retroactividad de las leyes. Esta presunción, como dice CASTRO (2), es de distinta fuerza según los distintos tipos de retroacción que cabe distinguir. Es casi invencible respecto de la retroactividad de grado máximo, muy fuerte respecto a la retroactividad de grado medio y fácilmente vencible respecto de la retroacción atenuada. Es decir, que al carecer el nuevo artículo 1.413 de declaración que expresamente le confiera fuerza retroactiva, el juego de la presunción contenida en el artículo 3.º del Código civil impone, casi obligadamente, el respeto a los actos dispositivos realizados por los maridos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, tanto si estos actos dispositivos estaban ya consumados (retroactividad de grado máximo) como si su consumación estaba en curso (retroactividad de grado medio). En cambio, no se puede fundar, sin más, en la declaración del artículo 3.º del Código civil, y en el silencio de la nueva norma sobre los límites de su vigencia temporal, la eliminación, asimismo, de la retroactividad de grado mínimo.

Admiten, además la doctrina y la jurisprudencia que las leyes puedan tener efecto retroactivo aunque no lo hayan declarado mediante una cláusula especial. Cabe que, sin declaración expresa, la retroactividad se pueda inducir del contexto de la ley.

En nuestro caso, a favor de la retroactividad mínima de la ley se pueden aducir dos consideraciones: Una, la de que por ser la "ratio iuris" de la norma el otorgar a la mujer una más eficaz protección frente a los actos dispositivos que lleve a cabo su esposo, no parece razonable entender que esa protección se aplique a unas esposas y a otras no. Por otra parte, el nuevo artículo 1.413 tiene por misión (igual que el antiguo) regular de *una manera general* las facultades del marido como administrador de la sociedad de gananciales. Al establecer un régimen jurídico general para una institución, y no hacer distinciones, parece sobrentenderse que este régimen general es válido no sólo para las sociedades de gananciales de futura creación, sino también para las ya existentes.

¿Se puede invocar el principio del respeto a los derechos adquiridos para concluir que los maridos casados con anterioridad a la ley reformadora no se ven afectados por las nuevas limitaciones? No es necesario examinar aquí la polémica doctrinal suscitada en torno al concepto "derecho adquirido", aunque, sin duda, la misma inseguridad del concepto es un obstáculo grave para sostener que el marido casado antes de la nueva ley ostenta un derecho adquirido que no

(2) *Derecho civil de España, Parte General*, tomo primero, pág. 559.

puede venir afectado por la modificación. Recuérdese que la doctrina, con el fin de acotar los derechos que pueden ser influidos por las nuevas normas, ha distinguido entre derechos subjetivos propiamente dichos y facultades, entre reglas concernientes a la adquisición y a la existencia de los derechos entre situaciones jurídicas subjetivas, producto de la voluntad individual, y situaciones legales u objetivas. La aplicación de estas doctrinas a nuestra hipótesis serían más bien favorables a la solución afirmativa, es decir, la que propugne la retroactividad (de grado mínimo) del nuevo artículo 1.413.

Abona, a nuestro entender, esta solución la invocación, en función de analogía, de las disposiciones transitorias del Código civil, a las que, como dice CASTRO (3), cabrá acudir en busca de un criterio orientador, cuando nuevas leyes (especialmente si se refieren a materias contenidas en el Código) carezcan de normas de derecho intertemporal. Con relación al tema objeto de nuestra atención, nos parece especialmente interesante la disposición 8.^a, en la que se establece que los tutores, curadores, poseedores y administradores interinos de bienes ajenos, nombrados con anterioridad al Código, conservarán sus cargos, pero sometiéndose, *en cuanto a su ejercicio*, a las disposiciones de este cuerpo legal. Parece, pues, que, en esta materia, lo que puede constituir un *derecho adquirido*, amparado por la disposición transitoria de carácter general, es *el derecho al cargo*, pero no así las facultades que cómo tal administrador puedan corresponder al interesado, las cuales vienen disciplinadas por la nueva norma. Es cierto que el marido, respecto de los gananciales, no es un administrador de bienes ajenos, pero tampoco es dueño absoluto y exclusivo de los mismos, y sus facultades de gestión, administración y disposición se fundan no tanto, o no sólo, en su derecho sobre los gananciales, sino en las potestades que le corresponden como jefe de la sociedad conyugal. Se trata, en suma, de una potestad de administración sobre unos bienes que no son propiedad exclusiva del marido y respecto de los cuales el esposo ostenta unas prerrogativas que la ley directamente le concede, en tutela no sólo de su interés, sino también en el de su esposa, y a favor, en suma, de la familia que ambos cónyuges encabezan. La analogía, a nuestro juicio, está, pues, fundada.

Finalmente tampoco nos parece decisivo el principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal, pues este principio se refiere a la imposibilidad de que *los mismos cónyuges* alteren, después de celebrado el matrimonio, el régimen pactado (o en su caso el legal supletorio), bien sustituyéndolo por otro, bien modificando sus condiciones, pero por lo mismo no afecta a las modificaciones introducidas por el *propio legislador* en el régimen de uno de esos sistemas. Por otra parte las razones que pueden justificar (a nuestro juicio no suficientemente) el criterio de la inmutabilidad no juegan en este caso. Tales razones son el temor a las presiones que un cónyuge pueda ejercer sobre el otro (peligro inexistente tratándose de una modificación operada por ministerio de

(3) Ob. cit., pág. 563.

la ley), y evitar las consecuencias que para terceros pudiera tener un cambio en las condiciones económicas de la sociedad conyugal. La publicidad de la Ley elimina, al menos desde un punto de vista formal, este inconveniente.

Creemos, por consiguiente, que el nuevo artículo 1.413 es aplicable tanto a las sociedades conyugales que se constituyan con posterioridad a su entrada en vigor como a las ya existentes en dicho momento. Ahora bien, los actos otorgados al amparo del antiguo 1.413 son válidos y eficaces aunque sus efectos estuvieran pendientes de consumación en el momento de producirse el cambio legislativo.

Cabe plantearse el problema respecto de aquellos contratos preparatorios de un acto principal dispositivo, que se hubieran celebrado con anterioridad a la nueva Ley, pero que aún no hubieran dado lugar al contrato definitivo cuando aquélla entró en vigor. Por ejemplo, una promesa de venta que aún no se hubiera convertido en venta definitiva, una opción de compra, concedida antes de la nueva Ley, y aún no ejercitada al entrar ésta a regir, etc.

La solución del problema está en función de dos factores: La naturaleza jurídica de estos actos, de una parte, y la naturaleza y función del consentimiento de la mujer, de otra.

Aunque sea anticipar conclusiones sobre esta segunda cuestión, diremos que, a nuestro entender, el consentimiento de la mujer tiene simplemente por función controlar el poder dispositivo del marido. Si falta, es un obstáculo para la validez, o al menos para la eficacia plena y definitiva del acto. Pero nada autoriza a suponer que la esposa tiene derecho a percibir conjuntamente con el marido la contrapartida del bien objeto de la disposición, y menos aún a intervenir en el ulterior destino o inversión de esa contrapartida. Semejante intervención estaría en pugna con las facultades generales de administración que el propio artículo 1.413 concede al marido. El consentimiento "uxoris" es una garantía de tipo impeditivo. La mujer puede oponerse al acto dispositivo, pero realizado el negocio válidamente (con su consentimiento, pues, cuando sea necesario) ninguna otra garantía especial se le concede, salvo la excepcional y extraordinaria a que se refiere el párrafo segundo del artículo.

Por tanto, si el marido se obligó a realizar un acto de disposición sobre bienes gananciales, en un momento en que no se requería el consentimiento de la mujer, la necesidad de dicho consentimiento para la validez del acto dispositivo posterior vendría a ser una exigencia superflua, ya que la mujer tendría obligación de prestarlo (y podría demandársela en tal sentido o suplir ese consentimiento por vía judicial), porque, de lo contrario, quedaría a su arbitrio el cumplimiento de una obligación contraída por su esposo.

Estas consideraciones nos resuelven el problema, cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a estos contratos preparatorios. Aunque en la promesa de venta, por ejemplo, se vea un contrato diferenciado del contrato ulterior definitivo (lo que ha sido objeto de enconada polémica, como es bien sabido), la solución, respecto del consen-

timiento posterior de la mujer, debe ser negativa. Con mayor razón si en ese precontrato sólo vemos el contrato definitivo pendiente de consumación. En la opción de compra todavía sería más rotunda la solución que mantenemos si admitimos, con la mejor doctrina, que la opción concede al optante la facultad de perfeccionar el contrato con su sola declaración de voluntad, ya construyamos el supuesto como un caso de contrato (el definitivo), pendiente de la condición "si volet"; o como atribución de un derecho potestativo de modificación que permite al titular de la opción perfeccionar unilateralmente la relación jurídica.

Las mismas soluciones deben sostenerse, por análogas razones, en otros casos más o menos similares. La estipulación del retracto voluntario, por ejemplo, con anterioridad a la ley, hace totalmente innecesario el consentimiento de la mujer (del comprador a retro), si se ejercita después el retracto. Sin perjuicio de que volvamos sobre estas cuestiones al plantearlas cuando el derecho del tercero haya nacido después de entrar en vigor el nuevo artículo 1.413, quede de momento despejada la incógnita para los casos en que aquel derecho tenga su origen en hechos anteriores a la reforma.

CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL

Quando hablamos del carácter imperativo del artículo 1.413 del Código civil, nos referimos al problema de si cabe o no que la mujer renuncie a la protección que dicho precepto le concede al exigir su consentimiento para ciertos actos dispositivos sobre bienes gananciales.

Tal renuncia (empleamos por ahora este término prescindiendo de darle un riguroso significado técnico-jurídico) podría manifestarse de una doble forma. Bien anticipadamente y de una manera general, pactando en capitulaciones matrimoniales que un matrimonio determinado se regirá por el sistema de gananciales, pero conservando el marido idénticas facultades dispositivas que las que ostentaba en el antiguo régimen, bien posteriormente a la celebración del matrimonio, renunciando simplemente la mujer a consentir las enajenaciones de inmuebles o de establecimientos mercantiles que pudiera realizar su marido. Esta segunda posibilidad tendría dos variantes, según que se tratase de una renuncia general o de una renuncia proyectada sobre bienes o actos concretos.

Veamos, primero, si en capitulaciones matrimoniales sería lícito pactar una sociedad de gananciales construída al viejo estilo.

Según el artículo 1.315 del Código civil, los futuros cónyuges son libres de pactar lo que tengan por conveniente en orden a los bienes presentes y futuros de la sociedad conyugal, siempre que respeten las limitaciones que la ley impone. Estas limitaciones están contenidas en los artículos 1.316 y 1.317 del propio Código. Prescindiendo de lo establecido por el último precepto citado, que no afecta para nada al

tema de nuestro estudio, el 1.316 prohíbe a los contrayentes pactar lo que sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres, o depresivo para la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges.

La estipulación que analizamos no parece que pueda considerarse opuesta a las buenas costumbres. Tampoco es contraria a la ley. Decir que conculcaría lo dispuesto por el artículo 1.413 sería hacer de la dificultad supuesto de la cuestión, ya que estamos tratando, precisamente, de averiguar el valor que, en este sentido, tiene dicho precepto. En la renuncia de la mujer a la garantía especial que le concede el artículo 1.413, no hay lesión del interés público, ni tampoco se perjudican, a nuestro juicio, derechos de tercero (cfr. artículo 4.º del Código civil). Nótese que la mujer no renuncia a los gananciales, sino sólo a una especial garantía que se le concede en orden a su administración. Ni los herederos forzosos ni los acreedores de la mujer podrían, con fundamento, estimar que el pacto es lesivo para sus intereses.

Alguna dificultad puede suscitar la exigencia de que los capítulos matrimoniales no contengan nada que sea depresivo para la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges. Nosotros, sin embargo, no consideramos depresivo para la autoridad (?) o posición de la mujer en la familia el que conceda, de modo irrevocable y en capitulación matrimonial, a su esposo la facultad de disponer a título oneroso de todos los bienes gananciales sin excepción. La mujer no es administradora de los bienes gananciales, salvo que por pacto se le haya encomendado la administración. Frente a un supuesto de mal uso por parte del marido de sus poderes dispositivos, podría contar siempre con la tutela que le otorga el segundo párrafo del artículo 1.413, que sería aplicable también a inmuebles y establecimientos mercantiles en el caso de que se hubiera excluido la necesidad del consentimiento de la mujer para disponer de ellos. Normalmente es el marido quien con su trabajo o actividad obtiene los gananciales y quien de hecho y de derecho lleva la dirección económica del matrimonio.

La doctrina (4) había estimado depresivo para la autoridad del marido un pacto capitular por el que se suprimiese la necesidad de la licencia marital. Cabría, en base a la semejanza que, como después veremos, existe entre la licencia marital y el consentimiento "uxoris", llegar, respecto de éste, a la misma solución. Pero al argumento puede objetarse que, no obstante el paralelismo que se aprecia entre las dos instituciones, el fundamento último de ambas no es el mismo. puesto que mientras el consentimiento "uxoris" está fundado inmediatamente en el interés económico de la mujer, la licencia marital obedece a la finalidad, más elevada, de asegurar al marido la jefatura de la familia. Por otra parte, no deja de ser discutible que no pueda

(4) Cfr. MUCIUS SACEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XXI, pág. 216; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 1950, pág. 117 del tomo IX; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 1941, tomo III, pág. 551.

concederse a la mujer, mediante estipulación establecida en capitulaciones matrimoniales, una autonomía patrimonial completa. CASTRO (5) ha sostenido que la licencia marital, en lo que se refiere a los bienes, depende del régimen del matrimonio y se concede al marido en defensa de sus intereses económicos. La consecuencia de esta tesis, que quizá sea excesivamente atrevida, es la posibilidad de que las capitulaciones matrimoniales pueden suprimir la necesidad de la licencia marital por lo que respecta a la capacidad patrimonial de la mujer. Por eso el citado maestro entiende que la licencia marital no procede si se ha pactado que la mujer ostente la administración de la sociedad de gananciales (artículo 59 del Código civil), o si se ha establecido el régimen de separación absoluta de bienes.

Obedeciendo el consentimiento "uxoris" a imperativos similares que los que justifican, según CASTRO, la autorización marital, la solución, en el tema que estamos examinando, debe ser la misma.

Después de celebrado el matrimonio no consideramos viable que la mujer pueda renunciar válidamente a su derecho de consentir u oponerse a la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles. Una renuncia general implicaría una modificación de las condiciones de la sociedad conyugal, alteración que el Código no permite. La ley con desconfianza los pactos y acuerdos de los cónyuges realizados con posterioridad al matrimonio, sin duda por temer que la vida en común pueda prestarse a que uno de los esposos influya perniciosamente sobre el otro. Por eso ciertas cosas que tolera antes (las donaciones, por ejemplo) las prohíbe después. La renuncia general que la mujer hiciera, después de contraído el matrimonio, a las garantías que el nuevo artículo 1.413 le concede sería, desde luego, contraria al espíritu que informa a nuestra legislación en esta materia.

¿Es igualmente nula la renuncia para un caso concreto? El tema se enlaza con el de la posibilidad de que la mujer otorgue un consentimiento irrevocable (siempre referido a uno o varios actos determinados), y nos parece más oportuno tratarlo cuando nos ocupemos de la naturaleza y alcance del consentimiento "uxoris".

LIMITACIONES IMPUESTAS A LOS PODERES DISPOSITIVOS DEL MARIDO

Constituye esta materia la parte fundamental de nuestro trabajo no sólo por la importancia de la cuestión en sí, sino, además, porque la exacta determinación del alcance y naturaleza de esas limitaciones constituye un importante punto de partida para poder puntualizar exactamente cuáles son los actos afectados por la necesidad del consentimiento "uxoris".

Estudiaremos los siguientes problemas: Naturaleza del consentimiento "uxoris" y de la autorización judicial subsidiaria, dedicando especial atención al examen de los casos y circunstancias en que aque-

(5) *Derecho civil de España*, II-1, pág. 262.

lla puede dispensarse, pues estamos convencidos que aquí radica uno de los centros vitales de la reforma; analizaremos después el valor jurídico de los actos del marido realizados sin consentimiento de su mujer ni habilitación judicial; trataremos, más adelante, de los requisitos y modalidades del consentimiento "uxoris", y terminaremos examinando las medidas de garantía a que se refiere el nuevo artículo 1.413, así como el alcance del último párrafo del precepto que condena, como el antiguo, los actos que el marido lleve a cabo en fraude de su mujer, en contravención de lo dispuesto en el Código.

I. El consentimiento "uxoris" y la autorización judicial subsidiaria-

A) Naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris".

El nuevo artículo 1.413 del Código civil exige, como sabemos, que la mujer preste su consentimiento a los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial.

A primera vista, parece que esta exigencia presupone que la ley atribuye conjuntamente a los dos esposos el poder de disposición a título oneroso en lo que a aquellos bienes se refiere (6).

A nuestro juicio no es así. La potestad de disposición a título oneroso, manifestación o prolongación de la facultad de administrar que con un amplio contenido se sigue atribuyendo al marido, corresponde a éste. El consentimiento de la mujer, cuando es necesario, representa, de una parte (aspecto positivo) la necesidad de añadir al negocio un requisito extra para su plena eficacia, y de otra, viene a constituir (aspecto negativo) una limitación a los poderes dispositivos del marido. Pero el centro de gravedad de la potestad dispositiva corresponde al varón. A él compete tomar la iniciativa sobre la realización del negocio. El consentimiento de la mujer constituye, si se obtiene, un requisito habilitante, y si falta, un impedimento que se opone a la disposición planeada o intentada por el marido. En apoyo de nuestro punto de vista, se pueden esgrimir las siguientes razones:

Primera: La redacción del propio texto legal. Encabeza el artículo una regla o principio general: "El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales." Siguen después las limitaciones que se impone a ese poder de disposición. Se trata de limitaciones y no de excepciones. El artículo no dice con relación a inmuebles o establecimientos mercantiles el marido carezca de facultades dispositivas, ni que el poder de disposición corresponda a ambos cónyuges. Por el contrario el giro, "pero necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto autorización judicial para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles", parece responder

(6) Esta es la conclusión a que llega CASTRO (*Compendio de Derecho civil. Apéndice*, pág. 49). Como se verá en el texto, no coincidimos con la opinión del querido y admirado maestro. Pensamos—no obstante—que, dado el carácter de la obra citada, quizá no sea dicha conclusión la expresión de un juicio definitivo sobre el problema.

a la idea de que es el marido quien otorga el acto. Y confirma esta impresión el dato de que el consentimiento "uxoris" y la autorización judicial aparezcan colocados en un mismo plano (7).

Podría aducirse de contrario que el empleo del término "consentimiento" en lugar de otros como asentimiento o autorización, responde a la idea de otorgar a ambos cónyuges un poder de disposición conjunto. Tenemos entendido que en el seno de la Comisión de Códigos se vaciló sobre el empleo de la palabra consentimiento o asentimiento. Es posible, sin embargo, que el vocablo asentimiento se desechara por considerarlo más extraño o menos usual en nuestro tecnicismo jurídico. En cualquier caso no creemos que el hecho de haber utilizado el legislador la palabra consentimiento pueda ser decisivo frente al tenor literal del precepto y mucho menos aún frente a los demás argumentos de fondo que exponemos a continuación (8).

Segunda: La iniciativa en orden a la realización de negocios dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales corresponde exclusivamente al marido. Lo demuestra así el hecho de que el consentimiento de la mujer, si se niega a prestarlo, puede ser suplido por la autorización judicial, de donde se sigue que el marido, cumpliendo dicho requisito, puede otorgar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, *aun en contra de la voluntad de su mujer*. En cambio, la mujer no puede jamás imponer al marido la realización de un acto dispositivo. Si el marido no quiere vender una finca, por ejemplo, la mujer no puede acudir al Juez para que éste la permita, contra la voluntad de su esposo, llevar a cabo la venta. El marido es, pues, quien decide sobre la procedencia de llevar o no a efecto un acto de disposición. Si decide que no, la mujer nada puede aunque quiera. La decisión afirmativa del marido exige que cuente con

(7) Esto no significa que la equiparación entre el consentimiento "uxoris" y la autorización judicial sea absoluta. La mujer puede consentir el negocio aun a sabiendas de que es perjudicial para sus intereses. El juez, como más adelante veremos, ha de cerciorarse de que el acto no constituye un peligro grave para los intereses de la sociedad.

(8) RODRÍGUEZ ADRADOS, ob. cit., pág. 195, entiende también que el consentimiento de la mujer no presupone co-disposición. Se funda para sentar esta conclusión, casi exclusivamente, en el texto del artículo 1.413, y en la distinción muy clara, según él, entre consentimiento y disposición formulada por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Nosotros opinamos que la aludida distinción no está nada clara en dicha doctrina. Por el contrario el consentimiento a que se refiere la Dirección (confróntese la Resolución de 19 de diciembre de 1933 y las propias palabras de dicho fallo, entrecomilladas por RODRÍGUEZ ADRADOS) más bien representa una disposición indirecta operada por el marido. A nuestro juicio, como después veremos, no es equiparable el consentimiento a que se refería la Dirección (*consentimiento del marido*) al consentimiento de la mujer que ahora exige el artículo 1.413. RODRÍGUEZ ADRADOS distingue licencia, consentimiento y co-disposición. En su opinión, el asentimiento de la mujer pertenece a la segunda categoría. A nuestro juicio, por el contrario, dicho asentimiento está mucho más cerca de la licencia, sin que, por otra parte, nos parezca un concepto claro ese "tertium genus" que pretende interferirse entre la co-disposición y la simple autorización (licencia).

su consorte, pero si la mujer se opone puede ser judicialmente habilitado para efectuar la operación proyectada.

A nuestro juicio, la esencia y sustancia del poder de disposición consiste en la potestad del sujeto de producir con su voluntad la pérdida, extinción, o modificación de un derecho. Si la titularidad del derecho pertenece a varios sujetos (cotitularidad), el poder de disposición corresponde a aquel de los cotitulares que ostente aquella potestad. El poder de disposición puede estar atribuido a uno, a varios, o a todos los cotitulares (conjunta o indistintamente: solidaridad). Pero en todos los casos la voluntad de quienes ostentan el poder de disposición tiene necesariamente que concurrir para el otorgamiento del acto dispositivo, y si la potestad de disposición es solidaria basta la voluntad de uno cualquiera de los titulares. En la comunidad de gananciales uno de los cotitulares, el marido, puede disponer a título oneroso sin contar con el otro, aunque el objeto de la disposición sea un inmueble o un establecimiento mercantil, siempre que en la opinión del Juez el acto no deba ser rechazado, mientras que la mujer sólo puede oponerse a que el acto se realice. Es más lógico, pues, configurar los derechos de la mujer como un "ius prohibendi", y no como un verdadero poder de disposición.

Tercera: La mujer no es parte en los negocios dispositivos que el marido otorgue, aunque los consiente. Las consecuencias del acto dispositivo realizado por el marido sólo le afectan en la medida en que pueda resultar vinculado o comprometido el patrimonio ganancial. Pero ninguna responsabilidad alcanza a sus bienes privativos (dotales o parafernales) derivada del negocio de disposición concluido por el marido. La nueva Ley no ha modificado el sistema legal sobre determinación de las responsabilidades que puedan pesar sobre las distintas masas patrimoniales que cabe distinguir en el matrimonio. No ha agravado la responsabilidad de la mujer como contrapartida de la mayor intervención que en ciertos aspectos se le concede (9).

(9) La Ley 60 de Toro establecía que "cuando la mujer renunciara las ganancias, no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiera hecho durante el matrimonio". De aquí parecía seguirse, pues, la responsabilidad de la mujer caso de no renunciar a los gananciales. Sin embargo, y al menos en la doctrina inmediatamente anterior al Código, prevalecía la opinión contraria. Autor de tan gran autoridad como BENITO GUTIÉRREZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo I, pág. 691), escribía: "¿Supone esta ley que la mujer responda con dichos bienes, dotales o parafernales, de las deudas del marido como no renuncie a los gananciales? En manera alguna." Y más adelante añade: "Las deudas contraídas por el marido, único administrador de la sociedad conyugal, afectan a ambos cónyuges en el sentido de que mientras existan deudas, para ninguno de los dos puede haber gananciales."

En el Código civil está claro, a nuestro juicio, que la mujer no responde con sus bienes de las obligaciones a que están afectos los gananciales. Es ésta, además, una "communis opinio" en la doctrina. De la combinación entre los artículos 1.386, párrafo segundo, y 1.362 resulta que la responsabilidad de los bienes dotales inestimados y parafernales por las deudas y cargas de la sociedad de gananciales, está concretada a los gastos diarios y usuales de la familia cuando hayan sido causados por la mujer o de su orden bajo la tolerancia del ma-

Cuarta: La mujer no percibe conjuntamente con el marido la contraprestación que el otro contratante satisfaga a cambio de la enajenación o el gravamen. No puede hacer suya la mitad de esa contraprestación, ni someterla a un régimen autónomo de administración y disposición. El marido decidirá libremente lo que haya que hacer con lo recibido en contrapartida del bien enajenado o gravado. Únicamente si lo adquirido a trueque fuera otro inmueble (u otro establecimiento mercantil) tendrá que contar de nuevo con su mujer (o con la autorización del Juez) para realizar un nuevo acto de disposición. Entender otra cosa sería reconocer a la mujer unas potestades que a todas luces no le ha conferido la Ley.

Se puede objetar a este argumento diciendo que en virtud del juego de la subrogación real el contravalor del bien enajenado es también ganancial y por tanto queda sujeto al régimen de administración

rido. La hipoteca legal que la mujer tiene derecho a exigir en garantía de la devolución de su dote estimada, de los muebles de la inestimada o parafernales y del precio de enajenación de los parafernales, si quedase en poder del marido (arts. 1.349, 1.356, 1.390 del C. c. y 169 y siguientes de la Ley Hipotecaria), responde, sin duda, a esa idea, ya que la hipoteca atribuye a la mujer, además del llamado derecho de persecución, el de preferencia respecto de los demás acreedores. No cabe llegar a una conclusión diferente en base al artículo 1.422-2 del Código civil, según el cual "cuando el caudal inventariado no alcanzare para cumplir todo lo dispuesto en este artículo y en el anterior, se observará lo determinado en el Título XVII de este Libro" (referente al concurso de acreedores). En el artículo anterior, y en el primer párrafo del 1.422, se habla de liquidación y pago de la dote y de los parafernales. Y como, además, el Código civil, al tratar del concurso de acreedores, no dice que hayan de ser separados los bienes dotales y parafernales de la mujer del concursado (a diferencia de lo que establece el Código de comercio en su art. 909) podría pensarse que el Código no exime a la mujer de responsabilidad por las obligaciones contraídas por el marido como administrador de la sociedad legal, y que sólo establece la previa excusión de los bienes de aquél y de los gananciales.

Pero semejante conclusión sería totalmente equivocada. Como dice MANRESA (cit. pág. 696), no puede haber cuestión respecto a bienes determinados, muebles o inmuebles, propios de la mujer y existentes en la sociedad al tiempo de su disolución. Especialmente si se trata de los mismos bienes que la mujer aportó al matrimonio (antes o después de celebrado éste) y que no hayan sido transformados o enajenados y reinvertidos. Respecto de dichos bienes no es necesario que el Código hable de ellos al ocuparse del concurso de acreedores por la sencilla razón que *no son bienes del deudor, que es el marido*.

El Código de comercio se refiere a los dotales y parafernales porque su separación de la masa de la quiebra exige un requisito especial: la inscripción de dichos bienes en el Registro mercantil. Sin entrar a discutir la "vexata questio" de si los parafernales deben o no (cuando se conservan en su estado primitivo) ser incluidos en el inventario de la sociedad en disolución, nótese que el Código habla en los artículos 1.421 y 1.422 de *liquidar y pagar*, conceptos que no son referibles a los mismos bienes aportados por la mujer al matrimonio y sobre los que nunca perdió el dominio. Pero puede ocurrir que el derecho de la mujer se haya convertido (como recuerda MANRESA, obra y lugar cit.) en un crédito contra la sociedad y contra el marido. Entonces, y salvo que este crédito esté asegurado con hipoteca legal, la mujer es una acreedora más. La mujer, por otra parte, puede haber obligado voluntariamente sus bienes en garantía de deudas y cargas de la sociedad. Todo ello explica la regla contenida en el último párrafo del artículo 1.422, sin que quepa extraer de este precepto soluciones que están en pugna con las líneas generales del sistema legal.

propio de la sociedad, siendo ésta la causa de que la mujer no reciba la contraprestación. Pero a esto cabe replicar que es precisamente la peculiaridad de la sociedad de gananciales en punto a su administración lo que determina que difícilmente pueda concebirse el consentimiento "uxoris" como atribución a la mujer de un poder conjunto de disposición. El fin práctico del poder de disposición a título oneroso es el de permitir al titular la realización y ulterior inversión del valor económico insito en el derecho de que se dispone, aunque para ello necesite la colaboración y aquiescencia de los otros titulares del derecho, o tenga que sujetarse a ciertas normas y responsabilidades. Pero no se concibe un poder de disposición que no permita ni siquiera intervenir en el destino de lo que se haya obtenido con su ejercicio (10).

El valor de los dos últimos argumentos que hemos expuesto toma especial relieve si se tiene en cuenta que nuestro derecho no conoce, al menos como regla general, el negocio de disposición, puro, independiente y abstracto. El negocio de disposición, en el derecho positivo español, aparece embebido en un contrato causal del que forma parte integrante. Por tanto, si se entendiera que el consentimiento "uxoris" es co-disposición, tendríamos que sostener que la mujer vende, permuta, divide, hipoteca en garantía de un préstamo, conjuntamente con el marido. Pero si las cosas sucedieran realmente así, ¿cómo justificar que el patrimonio de la mujer no soporta las consecuencias de dichos actos? Si la mujer vende, por ejemplo, conjuntamente con el marido, ¿cómo es que no recibe el precio, ni queda personalmente obligada al saneamiento?

Las razones expuestas demuestran claramente, a nuestro juicio, que las facultades del marido y las de la mujer respecto de los actos positivos para los que la ley exige el consentimiento de la segunda, *no tienen el mismo rango*. Las conferidas a la mujer tienden claramente a configurarse como un *derecho de veto* frente a ciertos actos del marido que el legislador ha considerado especialmente graves. El análisis de la ley en cuanto al alcance del novísimo consentimiento "uxoris" demuestra claramente, en nuestro sentir, que la verdadera "ratio iuris" del flamante artículo 1.413 ha sido la de conceder una mayor protección a los intereses de la mujer frente a posibles errores o abusos de poder por parte del marido, para lo cual no era necesario, y hubiera resultado totalmente incongruente con el sistema en general del Código civil (dentro del que hay que interpretar el nuevo artículo 1.413)

(10) La mujer puede condicionar su consentimiento a que se dé al dinero conseguido con la enajenación una inversión determinada. Pero como después veremos este consentimiento no es vinculante para el marido. Incluso aunque el marido acepte voluntariamente la exigencia de su mujer, no es claro que ésta tenga a su alcance medios idóneos para hacerla cumplir. Únicamente si la condición por ella impuesta ha sido aceptada por la contraparte y se ha subordinado la eficacia del negocio a su cumplimiento contará la mujer con una seguridad efectiva, aunque indirecta, de que su voluntad será respetada.

De todos modos está claro que el hecho de consentir el acto no otorga a la mujer derecho a intervenir en la inversión del dinero recibido.

ir a un régimen de co-disposición a título oneroso aunque sólo fuera para ciertos bienes gananciales. No se olvide que la mujer, ni antes ni después de la reforma, responde con sus bienes de la gestión marital. Continúa participando en las ganancias, pero no tiene que soportar las pérdidas. Está, pues, más de acuerdo con la esencia del sistema entender que la facultad de disposición a título oneroso corresponde al marido, aunque con el control que representa el consentimiento "uxoris" (o la autorización judicial) para disposiciones sobre inmuebles o establecimientos mercantiles, y la posibilidad de provocar la intervención judicial cuando la conducta del marido, respecto de otros bienes gananciales, ponga en peligro grave los intereses de la sociedad.

A nuestro modo de ver, el consentimiento "uxoris" encaja dentro de lo que la técnica jurídica alemana llama *negocios de asentimiento*. Se trata, dice VON TUHR (11), de aquellas declaraciones de voluntad por las cuales su autor da a conocer que está conforme con el acto jurídico de otra persona. Dentro de esta figura genérica la doctrina alemana encaja una gran variedad de hipótesis. Entre ellas se cuenta el supuesto en que se dispone de derechos propios del disponente (o sobre los que éste ostenta un poder de disposición en nombre propio) de tal manera que con la disposición resultan afectados derechos o intereses de un tercero. Tales casos (que la doctrina separa cuidadosamente del asentimiento necesario para la validez de los negocios celebrados en representación de otro) se presentan en los actos otorgados por un cónyuge, que requieren, para su eficacia, la conformidad del otro. Se ofrece como ejemplo (12) la enajenación por la mujer de bienes aportados, para lo que necesita autorización de su marido, según el parágrafo 1.395 de BGB, y la disposición por el marido de fincas pertenecientes a la comunidad conyugal, que requiere el asentimiento de su esposa, según el parágrafo 1.444 del propio cuerpo legal.

El asentimiento, como dice ENNECERUS (13), *no es parte del negocio a que se refiere*, sino sólo requisito de su eficacia. Además, y con excepción de los negocios celebrados "nomine alieno", el sujeto del negocio es quien lo realiza y no la persona que da su asentimiento, incluso aunque afecte a los propios intereses del que asiente, quien se limita a sancionar la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, pero sin asumir el papel de parte (al menos de parte principal) en el negocio.

Descendiendo ahora de la pura teoría al campo más concreto del derecho positivo, creemos que el nuevo consentimiento "uxoris" guarda un estrecho parentesco con la vetusta y criticada licencia marital. Aunque el fundamento último de los dos institutos pueda ser diferente, su mecanismo técnico y su función práctica ofrecen, a nuestro modo

(11) *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Traducción española de RAVA, tomo II, volumen 1.º, pág. 239.

(12) *Tratado de Derecho civil*, I, vol. 2.º, pág. 386. VON TUHR, cit. pág. 246.

(13) *Ob. cit.*, pág. 386.

de ver, un acusado paralelismo que se echa de ver a través de las siguientes semejanzas (14):

(14) RODRÍGUEZ ADRADOS, en su trabajo antes citado (págs. 194 y sigs.), aunque admite que el nuevo consentimiento uxoris no es codisposición, cree, sin embargo, que se trata de una institución distinta de la licencia marital. Según él hay que distinguir tres conceptos, licencia, consentimiento y codisposición. El consentimiento de la mujer, no es, para este autor codisposición, pero hay que separarlo de la licencia que es cosa típica del marido, directamente derivada de la jefatura familiar que ostenta. Nos parece que estas razones son muy pobres para negar, fundándose en ellas, la analogía entre la licencia marital y el consentimiento uxoris. El que ambas instituciones pueda obedecer a un fundamento distinto (lo que, tratándose del aspecto patrimonial de la licencia marital no es tan claro, como hemos visto) no significa que su naturaleza jurídica haya de ser diferente. En todo caso hace falta comprobar si de este distinto fundamento deben deducirse consecuencias diversas a la hora de valorar su alcance en relación con el acto dispositivo de que se trate.

La distinción entre licencia y consentimiento, tiene su origen inmediato en la Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, su filiación más remota en el artículo 1.416 del C. c., y ha sido desenvuelta, con poca fortuna a nuestro juicio, por el artículo 96 del vigente Reglamento Hipotecario.

Como decíamos, el origen remoto de la distinción hay que buscarlo en el artículo 1.416 del C. c. Establece el primer párrafo de este precepto que la mujer no podrá *obligar* los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido. Nótese que lo que el Código dice es que la mujer no puede obligar los gananciales. No dice que para enajenarlos necesite ese consentimiento. Y no lo dice porque el Código parte de la idea de que quien dispone (a título oneroso) de los gananciales es *el marido*, y por tanto presupone que cuando sea la mujer quien lleve a cabo la enajenación actúa como delegada (o como apoderada) de su esposo. La mujer para enajenar los gananciales (siempre que sea el marido quien ostente la administración de la sociedad conyugal) precisa de la conformidad de su esposo, pero esta conformidad equivale a una delegación de facultades y no requiere especiales discriminaciones. La naturaleza ganancial del bien determina por sí sola la imputación a la sociedad y también al marido (cfr. art. 1.421 y 1.422 del C. c.) de las responsabilidades que se deriven del acto dispositivo, y así debe ser, puesto que el titular del poder de disposición a título oneroso es el marido, de cuya voluntad no puede prescindirse en ningún caso. Si la mujer asume el papel de parte en el negocio de disposición puede resultar comprometida, además, su propia responsabilidad personal. Cuando se trata de *obligar* los gananciales la cosa tiene un aspecto diferente. El hecho de que el marido autorice a su mujer para contraer una obligación no significa que con ello haya querido que de esta obligación respondan los gananciales (e incluso sus propios bienes). Parece, pues, que tal responsabilidad sólo puede desatarse si el marido ha consentido que la obligación contraída por su mujer tenga aquella transcendencia, no siendo suficiente que simplemente autorice a su mujer para obligarse. Claro es que si el marido se limita a autorizar a su mujer, pero la obligación se contrae en interés de la comunidad y el marido acepta que dicha obligación (lo obtenido a consecuencia de ella) redunde en beneficio de la sociedad, *tácitamente ha consentido* que la mujer *obligue* los gananciales. E incluso aunque la conducta del marido sea puramente pasiva la doctrina del "utiliter coeptum" podría determinar la vinculación.

La Dirección General (cfr. Resoluciones de 6 de mayo de 1904, 13 de mayo de 1911, de septiembre de 1921, 19 de diciembre de 1933, 9 de junio de 1936) ha operado sobre supuestos en que los bienes, aun siendo presuntivamente gananciales, estaban inscritos a nombre de la mujer. La razón por la cual el Centro Directivo acepta la distinción entre licencia y consentimiento es doble. De un lado, se estima que al ser la finca ganancial es el marido quien directa o indirectamente debe disponer de la misma. De otro, parece sobrentenderse que la simple licen-

a) Tanto la licencia marital como el consentimiento "uxoris" representan una restricción impuesta, bien a la mujer, bien al marido,

cía no basta y el consentimiento es necesario, porque, en otro caso, no quedaría vinculado el patrimonio ganancial. ("Si la mujer es quien contrata y se obliga, dice la Resolución de 19 de diciembre de 1933, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal".) Nótese que este fallo, único que niega la inscripción por falta de *consentimiento* del esposo e insuficiencia de la licencia se refería a un préstamo hipotecario.

Prescindamos ahora de comentar críticamente esta doctrina, y veamos si estas dos razones son aplicables al consentimiento "uxoris", de manera que el tal consentimiento represente algo más que una pura autorización o licencia. La primera razón no es desde luego válida. Admitido que el consentimiento de la mujer no implica codisposición (como creemos haber demostrado y acepta el propio RODRÍGUEZ ADRADOS) es evidente que quien dispone de los inmuebles gananciales es el marido, titular del poder de disposición, por lo que no es preciso que el consentimiento de la mujer tenga más trascendencia que el de un simple permiso. Esto es evidente al menos siempre que se trate de bienes inscritos a nombre de la sociedad conyugal o de cualquiera de los esposos sin que exista ningún indicio que haga sospechar que son privativos. Tampoco el consentimiento de la mujer es necesario para que los bienes gananciales queden afectos a las resultas del acto de disposición. Autorizado éste por la mujer, o por el Juez, los bienes gananciales (y los propios del marido) quedarán sujetos a las responsabilidades dimanantes del acto dispositivo quiera o no quiera la mujer. En cambio sus bienes privativos quedarán exentos de tal responsabilidad (ver lo dicho anteriormente) que no puede imponerse a la mujer sin una declaración terminante de su parte, ya que presta su conformidad al acto (si efectivamente está conforme) no para vincular su patrimonio, sino porque la ley lo exige para la plena eficacia del negocio. En cambio, el marido al consentir una disposición de la mujer sobre bienes gananciales vincula también su propio peculio, que únicamente queda al margen de las consecuencias que acarree la gestión del patrimonio ganancial si es la mujer quien administra (cfr. art. 1.442 del C. o.) o si se trata de un acto realizado por la mujer en el ejercicio del comercio (cfr. art. 10 del C. de c.), en cuyo caso también la mujer funciona como administradora (al menos en parte) de los bienes comunes. Tratándose de hipotecas, teóricamente al menos, parece posible que la obligación la contraiga la mujer en su propio y exclusivo interés, y que en garantía se hipoteque un bien ganancial. Admitida esta posibilidad, la sociedad de gananciales sólo debe quedar afectada por la hipoteca en sí (negocio de disposición) mientras que la responsabilidad personal (efecto del negocio de obligación) pesará exclusivamente sobre el patrimonio de la mujer.

El consentimiento del marido, como manifestación embozada de su poder dispositivo, es insustituible; por el contrario, el consentimiento "uxoris", y ello confirma su carácter de simple licencia, admite la autorización judicial subsidiaria.

Volvamos ahora a la doctrina de la Dirección y a su proyección sobre el Reglamento Hipotecario. Como hemos visto, la distinción entre licencia y consentimiento no tiene fundamento cuando se trate de actos otorgados por el marido —que la mujer ha de autorizar—. ¿Lo tiene efectivamente si es la mujer quien realiza el acto?

Veamos las distintas situaciones en que pueden encontrarse los bienes gananciales (real o presuntamente) y los requisitos para su enajenación, todo ello de acuerdo con lo que dicen los nuevos artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario:

a) Inscritos a nombre de los dos cónyuges por haber sido adquiridos por el marido o la mujer sin expresar la procedencia del dinero. El artículo 96, para todos estos supuestos, se remite a las normas de derecho sustantivo. Por tanto, podrá disponer de ellos el marido con consentimiento (autorización) de su esposa. Podrá igualmente disponer la esposa obrando por delegación de su marido, y con la conformidad de éste. Estimamos que la autorización del marido, siempre que se refiere a los bienes objeto de la disposición (o, de una manera

establecida no para proteger al cónyuge a quien afecta la limitación, sino en defensa de los intereses del otro, y, en último término, los de la familia.

general a los gananciales), vale como delegación tácita, a favor de su mujer. Incluso con cierta generosidad interpretativa, cabe admitir que las licencias generales otorgadas, sin especificar a qué bienes se refieren, facultan a la mujer para disponer de los que haya adquirido utilizando dicha licencia. En suma, lo esencial es que conste la voluntad del marido en el sentido de facultar a su mujer para que disponga de los bienes de que se trate y no el mayor o menor rigor técnico con que aquella voluntad haya sido expresada. Solamente cuando se trate de hipotecas, y si la que se obliga es la mujer, conviene puntualizar si el marido admite o no que los gananciales en general (además del bien hipotecado) han de responder de la obligación. En la duda, los gananciales han de reputarse excluidos, sin perjuicio de que los actos posteriores del marido, o el "utiliter coeptum", determinen su vinculación.

La redacción anterior del artículo 96 establecía que cuando los bienes hubiesen sido adquiridos por la mujer e inscritos a su nombre, y aunque no se hubiera hecho indicación del carácter parafernado del dinero, los actos de disposición sobre los mismos debían ser otorgados por ella con consentimiento de su esposo. La solución era, a nuestro juicio, contraria al Código civil e hipertrofiaba la importancia del llamado "titular registral". No resultaba admisible que si no había ningún dato (ni siquiera la confesión del marido) en contra de la presunción legal sobre el carácter ganancial de los bienes, que se alteraba el régimen de disposición previsto por la ley sustantiva. Se convertía a la mujer en *parte forzosa* del negocio de disposición, con posible repercusión sobre su responsabilidad, lo que no siempre tendría justificación. Desde el punto de vista práctico, la solución era útil en ciertos casos, especialmente en los de separación de hecho, por cuanto que impedía la injusticia de que el marido pudiese disponer de bienes adquiridos por la mujer después de la separación, lo cual resultaba particularmente arbitrario si en realidad los bienes invertidos en la adquisición eran privativos de la mujer, sin que ésta hubiera podido demostrarlo. Con todo, el remedio de estas situaciones no era (ni es) nada fácil, en vista del sistema del Código, si se niega la trascendencia directa sobre dicho sistema del estado de separación de hecho. Hoy, al requerir el Código civil que la mujer consienta las enajenaciones de inmuebles gananciales, aquel peligro extremo queda conjurado (en parte al menos) por la nueva exigencia legal.

Por otra parte, la modificación del Reglamento al establecer que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, sin indicación de la procedencia del dinero, se inscriban a nombre de ambos o de la sociedad conyugal, plantea el problema de lo que habrá que hacer con los bienes que antes de la modificación se hubieran inscrito a nombre de la mujer sin aseveración del carácter parafernado del dinero. ¿Se les aplicará el antiguo artículo 96 o el 1.413 del Código civil?

b) Inscritos a nombre de la mujer con mención de que el marido ha reconocido el carácter privativo del dinero invertido en su adquisición. Aquí, por desgracia, persiste el confusionismo. Los actos de disposición sobre estos bienes tendrán que ser otorgados por la mujer con *consentimiento* del marido. Parece, pues, que no basta la licencia marital ordinaria. Las consecuencias pueden ser muy graves. El hecho de que no quiera reconocerse un valor decisivo (ni siquiera entre los cónyuges) a la declaración del marido podría justificar la intervención cautelar de éste en la disposición; pero como esta intervención ya es cosa obligada, aun admitido que los bienes sean efectivamente privativos, no es preciso, a estos efectos, exigir algo distinto de la licencia. En cambio, el *consentimiento marital* (entendido a la manera de la Dirección, y como concepto diverso de la licencia) conduce a estas consecuencias: 1.º El patrimonio ganancial (y quizá también el propio patrimonio del marido) quedarán alcan-

Por lo mismo, ninguna de las dos instituciones tienen por fin remediar una situación de incapacidad. Esto que es diáfano respecto del

zados por las consecuencias que puedan derivarse de la disposición. Se dirá que frente a terceros la confesión del marido no es eficaz. Cierto. Pero una cosa es que la confesión no sea prueba suficiente (frente al tercero), y otra muy distinta que los gananciales tengan que quedar vinculados aunque posteriormente se pruebe por otros medios que realmente la finca era parafernala. Por otra parte y aunque el marido hubiera conferido sólo su licencia, ello no sería motivo para que los gananciales no quedaran excluidos, caso de que la finca tuviera, verdaderamente, este carácter. 2.º La mujer a quien su marido haya concedido una autorización general para enajenar sus parafernales no podrá utilizarla. Necesitará que el marido intervenga en el acto o dé su consentimiento con carácter especial para el mismo. En casos de separación de hecho, esta exigencia puede irrogar graves perjuicios a la mujer. 3.º Si el marido se niega a dar su consentimiento, como éste no es sustituible por la autoridad judicial, resultará que la mujer no podrá utilizar este recurso, al menos mientras no pruebe (¿dónde y mediante qué procedimiento?) que los bienes son efectivamente parafernales, y ello aunque realmente lo sean. No cabe aducir, para justificar esta consecuencia, que la confesión del marido no es válida ni siquiera entre los cónyuges (tesis sustentada por la Resolución de 11 de marzo de 1957), porque si es así, ¿por qué negar al marido la facultad de disponer de aquellos bienes, sobre todo hoy en que por ser necesaria la licencia "uxoris" ya no es menester introducir una autorización "ad cautelam"? Francamente no comprendemos cómo puede "dividirse" (cfr. art. 1.233 del C. c.) la confesión hecha por el marido y sancionar su eficacia en algunos aspectos para negarla en otros. Es admisible distinguir partes y terceros y sostener que frente a éstos la confesión sea inoperante. Pero, entre las partes, la confesión es eficaz o no lo es. No entendemos que lo sea sólo a medias. ¿Tendrá, pues, que seguir la mujer un juicio declarativo contra su marido para poder enajenar sus parafernales con autorización judicial si en el momento de otorgar la escritura y practicar la inscripción que formalizó la adquisición de aquéllos no pudo demostrar suficientemente, a juicio del registrador, la procedencia del dinero, y esto aunque el marido haya aseverado que ese dinero era parafernala? La rectificación del Registro, necesaria para poder considerar hipotecariamente los bienes como parafernales, parece llevar a la respuesta afirmativa.

La solución del Reglamento Hipotecario vulnera las normas sustantivas sobre disposición de bienes de la sociedad conyugal. Si hay que reputar gananciales los bienes inscritos a nombre de la mujer, a pesar de existir confesión del marido, ¿por qué no ha de poder éste disponer de los mismos con consentimiento de la mujer o autorización judicial subsidiaria? El Reglamento al exigir, en estos casos, que el acto de disposición lo otorgue la mujer, ciega esta segunda posibilidad (autorización judicial subsidiaria que el C. c. concede al marido). Si, por el contrario, los bienes a que nos referimos hay que reputarlos ("interpartes") privativos de la mujer, ¿por qué exigir el consentimiento del marido?

c) Inscritos a nombre del marido con indicación de que la mujer ha reconocido que el dinero era propiedad particular de aquél. La disposición tendrá que ser otorgada por el esposo con el consentimiento de la mujer. De nuevo se niega valor a la confesión, aquí parece que totalmente, ya que los bienes, a efectos de su disposición, se asimilan por completo a los gananciales. El peso de la Resolución de 11 de marzo de 1957 se deja sentir otra vez, abrumadoramente. Aunque no podemos entrar aquí en el estudio detenido de las razones alegadas por la Dirección, no queremos silenciar que dichas razones no nos convencen (¿Quid de la dote confesada, por ejemplo, si la confesión del marido hay que reputarla inválida, según la Dirección, porque a través de ella puede vulnerarse el cumplimiento de las leyes y consumarse una donación entre cónyuges?). Nos limitaremos a hacer constar que el Reglamento Hipotecario (nueva consecuencia pintoresca) hace de peor condición a la mujer que al marido en lo que se refiere a las posibilidades reconocidas a ambos para dispo-

consentimiento "uxoris", es también claro en la licencia marital. Estima hoy la doctrina que la mujer casada no experimenta, por razón de su estado, una verdadera incapacidad. Las restricciones de la capacidad de la mujer casada, dice CASTRO (15), no corresponde a una calidad o condición que por sí sola las produzca (incapacidad en sentido estricto: condición de protegido), sino de una causa externa, impositiva (límitación de la capacidad, protección de otra persona). La mujer casada no es, pues, incapaz. En la esfera de lo patrimonial sufre ciertas limitaciones que tienen por causa su estado y están establecidas no en su propio interés, sino en el de su marido, o si se quiere en el de la familia de la que aquél es el jefe.

Estas restricciones (aparte de las establecidas en la esfera personal y de algunas limitaciones especiales para obligarse y adquirir) constituyen de hecho una limitación de los poderes dispositivos de la mujer sobre sus propios bienes (idea ésta a la que alude la Resolución de 10 de febrero de 1916), de la misma forma que el consentimiento "uxoris" limita el poder de disposición que el marido ostenta sobre los gananciales.

Podrá decirse que mientras el consentimiento "uxoris" descansa eclusivamente en el interés económico de la mujer, la licencia marital obedece a la finalidad, más elevada, de asegurar al marido la jefatura doméstica. Esto no obstante, la sustancial semejanza queda en pie, ya que tanto la restricción que representa la licencia marital como el consentimiento "uxoris" no se establece en interés del sujeto a quien afecta la restricción. Además también el consentimiento "uxoris" representa una garantía para los intereses de la familia en general, puesto que la mujer defiende con él no sólo su economía particular sino el patrimonio común. Si además sostenemos, siguiendo a CASTRO (16), que la licencia marital (en lo patrimonial) es una consecuencia del sistema de gananciales cuando funciona en régimen normal de administración ejercida por el varón, tendremos que también el interés que tutela la licencia marital es el del marido en la sociedad de gananciales, porque la enajenación o el gravamen de un bien privativo de la mujer afecta a la sociedad por cuanto que toca a una de sus fuentes de ingresos.

b) El consentimiento "uxoris" no significa, según vimos, que el po-

ner de sus bienes privativos "confesados". El marido podrá acudir, si su mujer no quiere consentir la enajenación, a la autorización judicial subsidiaria, apoyándose, sin más, en el párrafo primero del artículo 1.413. A no ser que alguien estime que el consentimiento del artículo 96 del Reglamento (consentimiento de la mujer) es distinto del exigido por el artículo 1.413, y no admite la autorización judicial supletoria, lo cual sería verdaderamente disparatado.

Con todos los respetos debidos a las opiniones contrarias, creemos que la distinción entre consentimiento y licencia, de un lado, y la preocupación, por otro, de fortalecer la titularidad registral, sólo ha servido para sembrar el confusiónismo, y, lo que es peor, para justificar soluciones creadas al margen de la ley, muy discutibles en el terreno de los principios y posiblemente perturbadoras en la práctica.

(15) *Derecho civil de España*, II-1, pág. 259.

(16) *Ob. cit.*, págs. 254 y ss.

der de disposición sobre los gananciales corresponda conjuntamente a ambos cónyuges. Tampoco la licencia marital implica que el marido comparta con la mujer la facultad de disposición sobre los bienes parafernales o dotales inestimados. De los artículos 1.387 y 1.361 del Código civil resulta clarísimamente que es la mujer quien decide si procede o no realizar un acto de disposición sobre sus propios bienes. A ella le corresponde la iniciativa, y su voluntad, en este sentido, es insustituible. A la mujer afecta exclusivamente las consecuencias del negocio, sin que los bienes propios del marido, ni tampoco los gananciales resulten alcanzados por los efectos de aquél.

c) Tanto la licencia marital como el consentimiento "uxoris" constituyen un "ius prohibendi" del que no se puede hacer un uso arbitrario. Cuando se denieguen injustificadamente cabe sustituirlos por la autorización judicial.

Cierto que el marido no es cotitular de los parafernales o de los dotales inestimados (aunque respecto de estos tenga el usufructo), y, en cambio la mujer sí lo es de los gananciales, pero el paralelismo que estamos estableciendo no se interrumpe, a nuestro juicio, por esta circunstancia. El consentimiento "uxoris" no se establece porque la mujer sea cotitular de los gananciales, y como exigencia derivada de esta titularidad. Si el fundamento del nuevo instituto se encontrara en que por ser la mujer comunera o copartícipe de los gananciales su intervención en el acto dispositivo viniera impuesta por la existencia misma de esa cotitularidad, sería ilógico que la Ley no siguiera el sistema de la unanimidad (propio de la comunidad ordinaria) para las enajenaciones de gananciales, sin que por otra parte debiera contar el dato de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes. La unanimidad no se requiere, como hemos visto, ni siquiera cuando el consentimiento "uxoris" es necesario. En una palabra, el consentimiento "uxoris" se ha introducido para proteger los intereses de la mujer como copartícipe en la sociedad de gananciales, pero no porque la condición de comunera, que ostenta, postule necesariamente su intervención en los negocios dispositivos sobre bienes de la sociedad.

En resumen, tanto la licencia marital como el consentimiento "uxoris" consiste en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro. Se traducen en un derecho de veto del que es titular el marido respecto de los actos dispositivos que su esposa quiera realizar sobre sus bienes privativos o la mujer en cuanto a los que el marido quiera llevar a cabo y tenga por objeto bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter ganancial. En vista, pues, de la semejanza que existe entre las dos instituciones comparadas parece viable aplicar, por analogía, al consentimiento "uxoris" muchas de las soluciones elaboradas a propósito de la licencia marital (17).

(17) Las diferencias que pueden apreciarse descansan en el fundamento último de la licencia marital (sobre todo si la tesis de CASTRO se reputa demasiado atrevida). Pero del diverso fundamento de las dos instituciones, la única con-

Las consideraciones que anteceden en orden a la naturaleza jurídica del consentimiento "uxoris" no tienen un simple interés teórico, como fácilmente puede comprenderse. En primer término, al habernos permitido establecer la verdadera "ratio iuris" del instituto nos consentirán, asimismo, proceder con cierta flexibilidad a la hora de determinar exactamente cuáles son los actos dispositivos para los que el marido necesita la conformidad de su mujer. Entendido el consentimiento "uxoris" como aplicación práctica de un sistema de codisposición, imperativos conceptuales ineludibles obligarán a exigir tal consentimiento, cualquiera que sea la trascendencia del acto, siempre que se trate de un negocio de disposición. Por el contrario, si pensamos que la mujer, aunque haya de prestar su licencia, no dispone de los gananciales conjuntamente con su marido, sin que su voluntad integre propiamente el negocio dispositivo, podremos admitir que ciertos actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles no precisen el consentimiento de la esposa, cuando la prestación de dicho consentimiento carezca de fundamento desde un punto de vista teleológico.

En segundo lugar, las conclusiones que hemos apuntado podrán iluminarnos a la hora de resolver toda una serie de problemas que el legislador ha dejado en la penumbra. Lo comprobaremos al ocuparnos del valor jurídico de los actos del marido realizados sin consentimiento "uxoris" ni habilitación judicial, así como al estudiar los requisitos y caracteres del nuevo instituto.

La más exacta comprensión de su naturaleza requiere que estudiemos ahora dos cuestiones: la autorización judicial subsidiaria o supletoria del consentimiento de la mujer, y el examen del problema relativo a la trascendencia que tenga la falta del consentimiento "uxoris" o de la habilitación judicial para la validez de los actos que requieren dichos requisitos.

B) *La autorización judicial subsidiaria*

Dice el nuevo artículo 1.413 del Código civil que el marido necesita, en defecto del consentimiento de la mujer, autorización judicial para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Así, pues, mientras la voluntad del marido es insustituible y sin ella (caso de ostentar el varón la administración de la sociedad) no puede otorgarse en ningún caso el acto dispositivo, la voluntad de la mujer (es decir, su consentimiento) puede ser suplida por la autorización judicial.

Ello demuestra, como ya vimos, que la intervención del marido y de la mujer en el negocio de disposición no tienen el mismo valor, y prueba, en unión de los demás argumentos que oportunamente expusimos, que el poder de disposición a título oneroso no corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, aunque se ejercite sobre inmuebles

secuencia clara que se sigue es que los actos de la mujer otorgados sin licencia del marido deben merecer un trato más severo que los realizados por el esposo sin el consentimiento de su cónyuge.

o establecimientos mercantiles. La posibilidad de acudir a la autorización judicial supletoria es también una muestra de la analogía que a nuestro juicio existe entre el consentimiento de la mujer y la licencia marital.

Varios son los problemas que en el orden sustantivo suscita la autorización judicial subsidiaria prevista por el artículo 1.413.

El primero y más importante de todos ellos es el de puntualizar en qué casos y circunstancias podrá el Juez autorizar al marido la realización de un acto al que se opone su mujer. De la solución de este problema depende, en gran medida, el alcance práctico de la reforma.

Ante el silencio del Código sobre este extremo (el artículo sólo habla de autorización concedida *en defecto* del consentimiento "uxoris") y a la vista de que el último párrafo del nuevo artículo 1.413 vuelve a referirse (como el antiguo) a los actos del marido ejecutados en fraude de la mujer o en contravención de lo dispuesto por la ley, podría pensarse que el consentimiento "uxoris" es una medida preventiva contra las disposiciones fraudulentas o ilegales (después precisaremos estos conceptos) intentadas por el marido. De donde se seguiría que la autorización judicial tendría que concederse siempre, salvo que existieran fundadas sospechas de que el marido con el acto proyectado intentaba menoscabar en su exclusivo beneficio o en el de terceros el haber de la mujer en la sociedad de gananciales.

No creemos que este criterio tan laxo pueda sustentarse. De un lado, la exposición de motivos de la ley reformadora habla de defender a la mujer frente a una imprudente actuación marital. Es indudable que una administración puede ser imprudente sin llegar a fraudulenta. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 1.413 se refiere a actos dispositivos que entrañen *grave riesgo* para la sociedad de gananciales. No requiere, para que el juez pueda adoptar las medidas cautelares que exijan los intereses de la mujer que la conducta del marido haya sido maliciosa. Basta con que sea desordenada o negligente hasta el punto de poner en peligro la economía de la sociedad.

Situándose en el polo opuesto, CASTRO (18) estima que el Juez sólo deberá conceder su autorización cuando la falta de consentimiento de la mujer y consiguiente imposibilidad de llevar a cabo el acto de disposición suponga un daño, o peligro de daño, grave para la sociedad. El primer párrafo del artículo 1.413 (argumenta CASTRO) no dice de modo directo cuál sea el fundamento que el Juez tendrá en cuenta para conceder o negar su autorización, pero lo indica suficientemente con la frase "solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente". En éste se menciona otra solicitud fundada de la mujer, y se entiende que lo está cuando se trate de actos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales.

Nos permitimos discrepar de tan autorizada opinión. El inciso "del modo previsto en el párrafo siguiente" alude claramente, en nuestro sentir, al aspecto procesal de la cuestión, es decir al procedimiento que

(18) *Compendio de Derecho civil*, cit., pág. 49.

debe seguirse para conseguir la autorización. La solicitud del marido ha de ser fundada, pero ello no presupone en absoluto que este fundamento tenga que ser el mismo que justifica la adopción de las especiales medidas de aseguramiento a que se refiere el segundo párrafo. Antes bien, como seguidamente indicaremos, la relación entre los dos primeros párrafos del precepto debe llevar a una conclusión opuesta a la que sostiene CASTRO.

Pensamos que ni siquiera una interpretación puramente gramatical y literal puede amparar un criterio tan restrictivo que, de prosperar, supeditaría prácticamente al arbitrio de la mujer toda iniciativa económica del marido en cuanto se refiriese a inmuebles o establecimientos mercantiles. Aunque la imposibilidad de llevar a cabo el acto dispositivo no sea determinante de un daño grave para la sociedad, es evidente que la negativa de la mujer puede ser totalmente arbitraria.

A nuestro juicio basta justificar (dentro de los límites de una previsión racional) que del acto proyectado no ha de seguirse perjuicio para la sociedad de gananciales. Fundamos nuestra opinión en las siguientes consideraciones:

Primera: El fundamento y naturaleza del consentimiento "uxoris". El nuevo instituto obedece, a nuestro juicio y según hemos ya dicho, al propósito de evitar que el marido pueda hacer mal uso (entendiendo por tal no sólo el fraudulento) de sus poderes dispositivos, pero no significa que el legislador haya situado a ambos cónyuges en un mismo plano a la hora de disponer de ciertos bienes gananciales. Le corresponde, pues, la dirección económica del patrimonio ganancial. Bien están las garantías que aseguren a la mujer frente a una administración deshonesta o desordenada. Pero para eso no hace falta convertirla de hecho en coadministradora.

Segunda: El artículo 1.413 del Código civil exige la autorización *en defecto* del consentimiento de la mujer. Esta expresión se refiere tanto al caso de que la mujer no quiera como al de que *no pueda* prestar su consentimiento. Pues bien, la Ley no hace ninguna distinción a propósito de que en ambos supuestos deban seguirse criterios diferentes para conceder la autorización solicitada. Sería realmente lamentable que el hombre casado con una mujer incapacitada, ausente o pródiga, sólo pudiera disponer de los inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales para conjurar un daño grave que amenazase a la sociedad. Cuando es la mujer quien administra los bienes comunes por habérsela transferido la administración, en los casos del artículo 1.441 del Código civil, la licencia judicial que exige el artículo 1.444 se concederá siempre que se justifique la *conveniencia* o necesidad de la enajenación (19).

(19) La analogía con la licencia marital no es demasiado útil para resolver el problema planteado en el texto, ya que la ley es muy poco explícita a la hora de puntualizar en qué casos y circunstancias puede ser suplida aquélla por la autorización judicial. En la doctrina, frente a la estrechez de criterio de algunos autores, se registran tendencias más racionales y flexibles. CASTRO (*De-recho civil de España*, II-1, cit., pág. 272) dice que la negativa del marido a

Tercera: El segundo párrafo del artículo 1.413. A nuestro modo de ver, dicho precepto contiene en primer término (inciso primero del párrafo primero) una regla general: atribución al marido de la potestad de administrar y de disponer a título oneroso de los bienes gananciales. Se contienen después (inciso segundo del párrafo primero, y párrafo segundo) las limitaciones a que están sujetas esas potestades. Y, finalmente, se declara que aunque esas limitaciones hayan podido ser superadas por el marido, no perjudicarán a la mujer ni a sus herederos los actos fraudulentos o ilegales.

La finalidad de las limitaciones establecidas en el primer párrafo del 1.413 y de las previstas en el segundo párrafo del propio artículo, tiene que ser, lógicamente, la misma. La diferencia (determinada, como resulta de la exposición de motivos, por la distinta naturaleza de los bienes) consiste en la actuación práctica de dichas limitaciones. Mientras las del primer párrafo actúan "a priori" e "ipso iure", las del segundo sólo entran en juego si la mujer lo solicita. Pero nada autoriza a sostener que el fundamento de dichas limitaciones haya de ser diferente. Y bien claramente nos dice el segundo párrafo del artículo 1.413 que lo que se pretende evitar es que el marido realice actos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales. Lo que sucede es que cuando se trata de inmuebles o establecimientos mercantiles, es el marido quien tiene que demostrar que el acto que proyecta no pone en peligro los intereses de la sociedad, mientras que si los bienes amenazados son de otra clase es la mujer la que debe probar, para que las limitaciones se adopten, la realidad del peligro, acreditada ya por una conducta precedente del marido. El último párrafo del artículo 1.413 pone igualmente de relieve que el legislador lo que en definitiva quiere es que los actos realizados por el marido sin consentimiento de su mujer (que hoy contravienen lo establecido en el Código) no perjudiquen a ésta ni a sus herederos. Lo que ocurre, como más adelante veremos, es que los derechos de la mujer no se reducen a conseguir una indemnización cuando la sociedad se disuelva, sino que la protección que ahora se la dispensa es más eficaz y directa. La pretensión de indemnización (al revés de lo que sucedía anteriormente) tiene carácter simplemente subsidiario.

Creemos, pues, que la autorización judicial deberá concederse siempre que el Juez llegue al convencimiento de que el acto no constituye una amenaza grave para los intereses de la sociedad, o al menos siempre que se demuestre su utilidad o conveniencia, sin que se precise la concurrencia de circunstancias que lo hagan aparecer necesario.

El marido debe exponer los motivos que le inducen a realizar el acto que pretende otorgar. La mujer, que ha de ser oída,

dar su licencia debe estimarse infundada cuando el acto que trata de obstaculizar a su mujer tiene por fin evitar un perjuicio, la obtención de una importante ventaja o la prevención de un peligro. A nuestro modo de ver, es correcto el punto de vista de los antiguos autores, que parecía inspirar la Ley 57 de Toro, en el sentido de que la habilitación judicial procede siempre que el marido se niegue sin justa causa a dar licencia a su mujer.

podrá naturalmente oponerse a la pretensión de su marido, negando las razones aducidas por éste o alegando otras que demuestren la peligrosidad del acto. El perjuicio posible puede venir determinado por el acto en sí, por las condiciones en que vaya a realizarse, o por la inversión que el marido proyecte dar a lo que obtenga a cambio de la enajenación o el gravamen. No es necesario, a nuestro juicio, que obligadamente se trate de un perjuicio económico. También un perjuicio moral puede justificar la oposición de la mujer y servir de base suficiente a la negativa del Juez.

La autorización judicial ¿debe obtenerse *antes* de otorgar el negocio de que se trate? Teóricamente no hay obstáculos decisivos que se opongan a la obtención de la que podría llamarse confirmación o convalidación judicial.

La autorización judicial (e igualmente el consentimiento "uxoris") no es elemento del negocio. Como dice CARNELUTTI (20) hay que distinguir el acto en sí mismo, con los elementos que lo integran según su especial naturaleza, de los eventos, anteriores o posteriores a él, de que pueda depender su eficacia. Una cosa son los que FALZEA (21) llama elementos centrales del supuesto y otras los que el propio autor denomina coelementos, concausas o elementos marginales. La autorización judicial puede pensarse como una "condictio iuris", y, por tanto, nada se opone, en principio, a que sea posterior al negocio. Como, a nuestro juicio, y según después veremos, el acto del marido que adolezca del consentimiento "uxoris" y de la autorización judicial subsidiaria no está privado de efectos, sino que es simplemente impugnabile por la mujer o sus herederos, cabe admitir que la autorización judicial (lo mismo que el consentimiento "uxoris") convalide "a posteriori" el negocio de disposición dotándole de firmeza y eliminando su carácter claudicante.

Con todo, creemos que razones muy atendibles apoyan la opinión de que la autorización judicial debe obtenerse previamente (22). La ley, en general, cuando habla de autorización (en otro caso emplea el término aprobación) sobrentiende que el control del juez ha de ser anterior al acto. Previa ha de ser, igualmente, la habilitación judicial supletoria de la licencia marital, sin que la acción de impugnación que asiste al marido y a sus herederos esté condicionada por el hecho de haberse negado injustificadamente la licencia marital. La autorización judicial que precisa la mujer cuando administra en los casos de los artículos 1.441 y 1.444 del Código civil, ha de recaer también, como regla general, antes de que la enajenación se realice, según demuestra el tercer párrafo del último precepto citado. Las razones que abonan este criterio legal, aplicable, "mutatis mutandi", al consentimiento "uxoris" y a la licencia judicial prevista para suplirlo, radican en el carácter eminentemente *preventivo* de las instituciones

(20) *Sistema de Derecho procesal*, traducción de Sentis Melendo, tomo III, pág. 523.

(21) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, págs. 21 y ss.

(22) RODRÍGUEZ ABRADOS cree que la autorización ha de ser anterior al acto, Cfr. ob. cit., pág. 200.

que nos ocupan. La ley trata de evitar *que se consume* un acto que pueda resultar peligroso o lesivo para la mujer. Es lógico, pues, que la demostración de la inexistencia del peligro se ofrezca antes de realizar el acto que la mujer no quiere consentir. Si no se ha obtenido el consentimiento, ni la autorización judicial previa, la impugnación debe quedar expedita a la mujer, sin que pueda ya discutirse si el acto fué o no perjudicial. La prueba de este extremo, una vez consumado el acto, puede ofrecer dificultades punto menos que insuperables (23). La autorización judicial "a posteriori", aunque teóricamente fuera posible, sería denegada en la mayor parte de los casos.

Creemos, pues, que la autorización judicial tiene que ser previa. Pero ¿qué debe entenderse por autorización previa? ¿Sólo la que sea anterior a la perfección del contrato o, igualmente, la que recaiga después de la perfección y antes de la consumación? Entendemos que también puede considerarse previa la autorización obtenida en la fase intermedia. En favor de esta tesis pueden aducirse dos argumentos: uno teórico y otro práctico. Planteando el problema en el terreno teórico, parece que mientras el acto de disposición (o si se quiere el supuesto de hecho traslativo) no esté completo, la autorización que se obtenga será, todavía, previa. Nuestro derecho requiere la tradición (y en el caso de la hipoteca, la inscripción) para que se opere la modificación jurídico-real. En segundo término, las razones prácticas que justifican que la autorización judicial haya de ser previa, se oponen no tanto a que el acto se celebre sin aquella autorización, sino a que se consume antes de haber sido autorizado. Mientras el bien ganancial permanezca de "jure" y de "facto" en el patrimonio común, ningún daño puede derivarse de que se discuta si el acto resultará o no perjudicial. Aunque el derecho de impugnación de la mujer nazca desde que el acto se celebre, puesto que, aunque éste no tenga por sí solo virtualidad suficiente para producir la transmisión, constituye una vinculación del patrimonio ganancial y representa, además, el elemento básico de la disposición, no hay inconveniente en que, durante esta etapa intermedia, la impugnación esté condicionada a la demostración de que el acto no es perjudicial. La cosa, evidentemente, varía si el contrato ha sido consumado. El derecho de la mujer debe quedar expedito, pues toda discusión sobre la existencia o inexistencia del perjuicio no hará sino retrasar o entorpecer la reparación de un daño que puede haberse ya producido.

Con mayor razón aún será admisible que las partes contraten bajo condición suspensiva de que se consiga la autorización judicial. Entonces el juego mismo de la condición impide la consumación del contrato, ya que los efectos del acto (aparte de los que se derivan de la

(23) ¿Cómo justificar que el precio en que se vendió una finca hace muchos años fué efectivamente bajo? Si el perjuicio ha sido causado por una segunda o ulterior reinversión de lo obtenido, que pudo confundirse con otros ingresos, ¿cómo saber hasta qué punto el acto resultó efectivamente perjudicial?

propia situación de expectativa) quedan suspendidos y subordinados al otorgamiento de la licencia judicial subsidiaria (24).

También creemos que cuando la enajenación o el gravamen no puedan aplazarse sin peligro grave para el caudal administrado, la autorización podrá recabarse "a posteriori", aun consumado el acto. Puede invocarse la analogía con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1.444. No creemos que el hecho de referirse este precepto a valores públicos o créditos de empresas y compañías mercantiles sea un dato tan decisivo como para impedir la interpretación analógica que propugnamos, máxime en vista del signo económico que hoy han adquirido los inmuebles.

¿Podrá el Juez conceder al marido una habilitación de carácter general? La contestación negativa nos parece clara cuando la mujer se halle en condiciones de dar su consentimiento, y se trate, por lo tanto, de suplir o de prevenir una negativa, expresa o tácita, por su parte. El Código dice que el marido, para conseguir la autorización judicial, deberá presentar solicitud fundada. Esta solicitud fundada presupone una negativa de la mujer (caso de que pueda dar el consentimiento) y la alegación de razones que demuestren lo injustificado de su oposición. Lógicamente, estas razones han de referirse a un negocio de disposición determinado. Pero si la mujer se niega a conceder una autorización general, porque no confía suficientemente en su marido, es imposible que el Juez entre siquiera a considerar la cuestión (25).

El problema tiene una faceta distinta cuando el marido pida autorización judicial porque su mujer no pueda dar el consentimiento. Si la mujer ha sido declarada ausente, incapaz o pródiga, rebelde en causa criminal o si se halla absolutamente impedida, tales situaciones constituyen fundamento suficiente para que el marido, especialmente si sus actividades le obligan a operar frecuentemente con inmuebles o establecimientos mercantiles, solicite del Juez una autorización general, que tendrá por fin eludir el trastorno de tener que acudir constantemente al Juzgado en demanda de habilitaciones especiales, con posible daño (dadas las necesarias dilaciones) para el patrimonio común (26).

(24) Podría objetarse que la analogía con la licencia marital (reiteradamente invocada por nosotros) no autoriza a tanto. Pero téngase presente que no es la ley, sino sus intérpretes quienes mantienen un criterio rígido y estrecho a la hora de hacer flexibles las limitaciones que restringen la capacidad de la mujer. Nuestras conclusiones son igualmente válidas referidas a la autorización judicial supletoria de la licencia marital.

(25) Una cosa es la licencia judicial general (no viable si la mujer se halla en condiciones de dar su consentimiento) y otra muy distinta que el Juez no pueda autorizar la realización de varios actos determinados que constituyan en su conjunto una sola operación económica. La imposibilidad de que el Juez elimine toda intervención de la mujer mediante una licencia general no postula que la autorización judicial haya de otorgarse con cuentagotas.

(26) La ley procura facilitar la gestión de la mujer cuando es ella la que ejerce la administración por imposibilidad del marido. El artículo 2.036 de la Ley de Enjuiciamiento civil permite al juez conceder una licencia general a

¿Puede la mujer pretender, y el Juez acordar, que el producto de la enajenación o el gravamen se deposite hasta que se efectúe la inversión propuesta por el marido? Es decir, ¿cabe aplicar por analogía lo que dispone el artículo 2.023 de la Ley de Enjuiciamiento civil (relativo a enajenaciones de bienes de menores), el cual establece que el Juez cuidará bajo su responsabilidad que se dé al precio obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización? Aunque se estimara la analogía no se debe olvidar que el artículo 2.024 de la propia Ley (hoy carente de actualidad pues los tutores no necesitan autorización judicial sino del Consejo de familia), permite que el precio se entregue al tutor del menor si estuviere relevado de prestar fianza o ésta fuere suficiente. No parece que pueda hacerse de peor condición al marido que, además, es propietario del bien que va a ser enajenado. Por otra parte si el Juez tiene dudas sobre la veracidad de las razones alegadas por el marido y sobre la realidad de la inversión que propone, lo que debe hacer es negar su autorización. En último término, si el marido no inspira confianza al Juez, pero la enajenación tiene por fin cubrir una necesidad ineludible, de tal modo que pese a aquella desconfianza cree que debe conceder la autorización, podrá tomar las medidas de precaución que estime aconsejables. La licencia judicial, si ha de ser útil y cumplir su función, debe discernirse con un criterio elástico y flexible. Las circunstancias de cada caso determinarán si conviene denegarla o concederla, así como las garantías complementarias que aseguren el fiel cumplimiento de la finalidad que persiga la enajenación o el gravamen.

(Continuará.)

la mujer del declarado ausente "para todos aquellos casos en que necesitaría la autorización de su marido". Con todo, es dudoso que esta solución pueda aplicarse analógicamente. En primer término, no se refiere sólo a la hipótesis de ausencia. En segundo lugar, no es claro que esta licencia general comprenda también la autorización a que se refiere el artículo 1.444 del Código civil (que parece ha de ser especial), necesaria para enajenar o gravar los bienes (inmuebles, según la interpretación más racional) cuya administración se haya transferido a la mujer. La Ley de Enjuiciamiento habla de los actos para los que la mujer necesitaría autorización de su marido y puede entenderse que se refiere exclusivamente a los actos de disposición sobre sus parafernales o dotales inestimados. A pesar de estas consideraciones, nosotros creemos defendible que la mujer pueda conseguir una autorización general respecto de toda clase de bienes.

