

El nuevo artículo mil cuatrocientos trece del Código civil

(Continuación)

MANUEL DE LA CAMARA
Notario de Madrid

C) *Valor jurídico de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial.*

Con anterioridad a la reforma del Código las facultades dispositivas del marido sobre bienes gananciales, por acto «inter vivos», no eran, tampoco, omnímodas. Como regla general (artículo 1.415 a «sensu contrario») le estaban vedadas las donaciones, y respecto de los actos a título oneroso el segundo párrafo del antiguo artículo 1.413 decía: «Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes (los gananciales) haga el marido en contravención a este Código o en fraude de la mujer no perjudicará a ésta ni a sus herederos.» El segundo párrafo del artículo 1.419 completó estas normas ordenando que en el inventario de la sociedad en liquidación se colacione el importe de las donaciones o enajenaciones «que hayan de considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413».

La interpretación de estos preceptos suscitaba varios problemas que sustancialmente eran los siguientes:

1.º ¿Qué debía entenderse por enajenación realizada en contravención del Código o en fraude de la mujer? Los comentaristas del Código civil estudiaron poco y mal esta cuestión. Casi todos se limitaron a exponer, por vía de ejemplo, algunos supuestos de fraude típico (ventas con ocultación del precio o entrega del mismo a terceras personas, ventas a bajo precio, enajenaciones simuladas, etc.) y a lo sumo algunos recogían la controversia mantenida por los antiguos autores sobre si lo gastado por el marido en sus vicios constituía o no fraude de la mujer. En cuanto a la «contravención del Código» o no se atribuyó a esta expresión ningún significado especial, identificándose más o menos abiertamente las hipótesis de fraude y de contravención.

o se supuso que con ella el legislador había querido referirse a las donaciones no permitidas (27).

2.º ¿Cuál era la suerte que habían de correr estas enajenaciones? Según parecía resultar del segundo párrafo del artículo 1.413 en combinación con el 1.419 la enajenación debía reputarse válida, de tal manera que el derecho de la mujer «a no ser perjudicada» sólo tenía repercusión en el ámbito de las relaciones internas y se hacía efectivo al liquidarse la sociedad mediante la colación del importe del bien enajenado. Se entendía que si el activo de la sociedad en liquidación, sumado al capital del marido, no bastaba para resarcir el perjuicio determinado por la enajenación fraudulenta o ilegal, la mujer podría impugnar el acto. La acción parecía, pues, concebirse como rescisoria. Durante la vigencia de la sociedad la mujer podía pedir la declaración de que el acto del marido fué ilegal o fraudulento, pero ésta declaración no tenía otro efecto que el de establecer el derecho a obtener la reparación del perjuicio en su día, a costa del caudal inventariado en primer término y sólo cuando éste no bastare mediante la rescisión del acto. La sentencia de 12 de diciembre de 1929, extremó su rigor negando a la mujer derecho a tomar anotación preventiva.

El sistema del Código, aunque imperfecto e incompleto, no estaba totalmente desprovisto de lógica, y con una interpretación más generosa por parte de la doctrina y de la Jurisprudencia hubiera podido ser aceptable. Tratándose de enajenaciones onerosas (si realmente lo eran) el carácter fraudulento o ilegal de las mismas no venía determinado, generalmente, por la enajenación en sí, sino por el destino dado al contravalor recibido. Era natural, por tanto, que el acto, en principio, no fuese impugnabile. La contratación con maridos casados bajo régimen de gananciales sería insegura y peligrosa de permitir la libre impugnación del acto fraudulento.

El error, imputable más a los intérpretes que a la propia ley, fué doble. De un lado, se aplicó el sistema con toda su rigidez, excluyendo la impugnación constante el matrimonio, en casos en que el adquirente por su complicidad en el fraude (se trataba además de hipótesis que rozaban la donación) no merecía protección alguna. De otro, se involucraron bajo una misma solución las enajenaciones onerosas fraudulentas o ilegales y las donaciones. El Código, dice MANRESA (28), principal mantenedor de este criterio que él mismo considera condenable, a pesar de la variación que ha introducido en el Proyecto de 1851 poniendo como segundo párrafo del artículo 1.413 o como limitación a las enajenaciones u obligaciones a título oneroso, lo que era limitación

(27) Ver sobre este punto el interesante trabajo de ROCA, JUAN: *Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1959, fascículo II, págs. 520 y sigs. Nos referiremos después a este problema.

(28) Obra citada, tomo IX, pág. 651.

general de todos los actos del marido muestra, sin embargo, que no ha cambiado de criterio; y que, para él, las donaciones deben equipararse a cualquier otro acto ilegal o fraudulento de carácter oneroso, según lo demuestra el segundo párrafo del artículo 1.419. La Jurisprudencia más reciente, sin embargo, había cambiado de orientación respecto de las donaciones simuladas, y así las sentencias de 25 de mayo y de 30 de octubre de 1956 permitieron a la mujer ejercer, vigente la sociedad, la acción de simulación y declararon la nulidad de la donación encubierta.

El nuevo artículo 1.413 no dice cuál haya de ser la suerte de los actos de disposición otorgados por el marido sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Simplemente se limita a recoger—con algunas variaciones de redacción—lo que establecía el segundo párrafo del viejo precepto que pasa a constituir el tercer apartado del nuevo artículo. Dice ahora el último párrafo del artículo 1.413: «En todo caso no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.» El artículo 1.419 ha permanecido intacto.

Ante la falta de solución expresa, y, a la vista de que se mantiene (en parecidos términos) lo que decía el segundo párrafo del antiguo artículo 1.413 y de que no se ha modificado el 1.419, se podría quizá sostener que la reforma al exigir el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre ciertos bienes, se ha propuesto, tan sólo, asegurar la eficacia (frente a la contraparte o frente a ulteriores adquirentes) de la acción de rescisión que, con anterioridad a la modificación del Código, se reconocía a la mujer en el caso de que la colación ordenada por el artículo 1.419 no fuera bastante para compensarla del daño ocasionado por una enajenación fraudulenta o ilegal (en el antiguo sentido). El razonamiento sería éste: La ley no dice que los actos del marido otorgados sin consentimiento «uxoris» sean nulos o ineficaces. Expresa sólo que no pueden *perjudicar* a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición del marido efectuados en fraude de aquélla o en contravención del Código. Ahora bien la *forma* de obtener la reparación del perjuicio sigue siendo la prescrita por el artículo 1.419, que no ha sido alterado. Y como este artículo está redactado pensando en el supuesto de que el marido se haya apropiado el importe de lo enajenado o de que lo haya dilapidado, ya que la colación sería injusta si el contravalor se ha reinvertido o si lo ha aplicado el marido al levantamiento de las cargas del matrimonio, quiere decirse que la única función que cabe atribuir al consentimiento «uxoris» es *la de asegurar el éxito de la acción de impugnación* que corresponde a la mujer caso de que la indemnizadora colación prevista para el artículo 1.419 no le proporcione suficiente satisfacción. El éxito de esta acción, en efecto, quedaba comprometido si la contraparte había sido ajena al

fraude. Y el fracaso era seguro si los bienes se encontraban en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe (cfr. artículo 1.295 del Código civil). El consentimiento «uxoris» vendría a ser el remedio contra la falta de eficacia de la acción de impugnación. Cuando la mujer no haya prestado el consentimiento que el primer párrafo del artículo 1.413 del Código civil exige, el otro contratante y los terceros subadquirentes quedan expuestos a la acción de rescisión que en su día pueda ejercitar la mujer. Para asegurarse la impunidad frente a dicha acción debe recabarse el consentimiento de la mujer o la autorización judicial.

Aunque esta interpretación no esté, a nuestro juicio, desprovista de todo fundamento, no creemos, sin embargo, que pueda prevalecer.

Es evidente, de todo punto, que el legislador ha querido conferir a la mujer una protección mucho más fuerte que la que le dispensaba el sistema anterior. No es del caso discutir si en este terreno de la protección de la mujer se ha ido o no demasiado lejos. Pero lo que no tiene duda es que se ha querido instaurar un sistema de garantías que antes no existía. Que estas garantías tienen posibilidad de actuación práctica *vigente la sociedad*, lo evidencia el segundo párrafo del artículo 1.413. Sería absurdo que la mujer pudiese conseguir una limitación efectiva y actual de las facultades dispositivas del marido, sobre el patrimonio mobiliario, constante el matrimonio, y que, en cambio, la garantía preferida por el legislador (que es el consentimiento «uxoris» o la habilitación judicial) (29) no representara más que el aseguramiento de una acción de impugnación *futura y eventual*. El consentimiento «uxoris» o la autorización judicial se elevan a la condición de *requisitos del acto de disposición*. Su falta debe pues trascender, de modo inmediato, a la eficacia del acto. Mientras la propia ley no establezca otra cosa debe entenderse que la ausencia de un requisito exigido por ella para la celebración de un determinado acto excluye, o compromete, «ab initio», la eficacia del mismo. El artículo 1.419, según luego veremos es compatible con la posibilidad de impugnar, constante el matrimonio, los actos del marido realizados en contravención del Código o en fraude de la mujer.

Tampoco es admisible sostener que la mujer sólo pueda atacar los actos de disposición del marido, celebrados sin su consentimiento o autorización judicial, cuando aquél haya obrado en fraude de sus derechos. Como decíamos anteriormente, la Exposición de Motivos de la Ley reformadora habla de defender a la mujer contra los peligros de una «*imprudente* actuación marital». El párrafo segundo del artículo se refiere a actos que entrañen «grave riesgo» para la sociedad de gananciales. Es indudable que un ac-

(29) Según dice la Exposición de Motivos ha sido el temor de producir perturbaciones en el tráfico lo que ha impedido extender la intervención de la mujer a los actos de disposición sobre los demás bienes gananciales.

to de disposición puede ser imprudente, incluso temerario, y entrañar riesgo, o sea peligro de daño para el patrimonio común, y en suma para la familia, aunque el marido se proponga aplicar lo que reciba al levantamiento de alguna carga legal de la sociedad o tenga la intención de reinvertir el contravalor que se le satisfaga. Las malas condiciones de la operación, el temor o la certeza de que el marido proyecta una inversión desgraciada, o la enajenación de un bien fundamental para la economía familiar son daños contra los cuales la ley ha querido también proteger a la mujer. La expresión «en contravención del Código» tiene ahora una amplitud que antes no tenía, puesto que los actos de disposición que el marido realice sin consentimiento de su mujer o autorización judicial, cuando uno u otra sean necesarios, contravienen lo que el propio Código establece. La «ratio iuris» del nuevo artículo 1.413, y concretamente de la necesidad de obtener, para ciertos actos de disposición, el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, es, según creemos haber demostrado en la primera parte de nuestro trabajo, proteger a la mujer, y en último término a la familia, de los perjuicios que puedan derivarse de ciertos actos del marido, cuyos poderes dispositivos quedan así controlados. No se trata de colocar a la mujer y al marido en una posición de paridad en orden a la disposición de los bienes comunes, ni siquiera respecto de los inmuebles o establecimientos mercantiles, sino de tutelar más eficazmente los derechos de la mujer. Pero la Ley, al elevar a requisito de ciertos actos de disposición el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, ha venido a consagrar el derecho de la mujer a juzgar libremente si el acto realizado sin su consentimiento ha resultado o no perjudicial, salvo que se haya acreditado previamente (30) que no lo es.

Creemos, por todo lo dicho, que los actos del marido otorgados sin consentimiento de la mujer o sin autorización judicial entran en la categoría de los actos ineficaces o de eficacia limitada y claudicante. Pero ¿que tipo de ineficacia o invalidez es la que afecta a dichos actos? ¿Se tratará de nulidad total y absoluta, de nulidad relativa, o solamente de anulación? ¿Quizá de rescisión, aunque no se trate de la rescisión especialísima que la doctrina y la Jurisprudencia entreveían para las enajenaciones realizadas en fraude de la mujer?

La respuesta que demos a estas interrogantes tiene indudablemente una gran importancia. Se ventila no sólo la posición recíproca de ambos cónyuges, sino también la del que contrató con el marido, e incluso la de terceros. Constituye, pues, una grave omisión del legislador no haber resuelto de una manera clara y terminante este punto fundamental. De hecho los maridos continúan actuando como jefes absolutos del patrimonio ganancial con la conformidad más o menos tácita de sus esposas. La nece-

(30) Sobre lo que deba entenderse por autorización judicial previa ver lo dicho en la primera parte.

sidad del consentimiento de éstas (salvo que hayan concedido una autorización general en instrumento público) se plantea, prácticamente, cuando hay que otorgar la escritura. Pero antes suele haber un contrato perfecto, consumado generalmente en parte y a veces totalmente. Además, no todos los actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles caen, de hecho, bajo el control notarial. Aparte de que hay zonas en España en que la contratación sobre fincas se desenvuelve en proporción muy considerable fuera de la Notaría, se está generalizando la costumbre de prescindir de la escritura en las traspasos de establecimientos mercantiles. Cuando el dueño del local accede al traspaso a cambio de percibir su participación en el precio y de elevar la renta, se acude al expediente de otorgar nuevo contrato de arrendamiento a nombre del adquirente.

No es, evidentemente, una tarea fácil para el intérprete resolver el problema que en este sentido le plantea el silencio de la ley. A nuestro juicio, no es admisible que las soluciones se obtengan por la simple vía de un proceso lógico que tome como punto de partida una construcción apriorística sobre la naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris». Es éste un sistema metodológico que consideramos equivocado (31). Lo que importa es valorar adecuadamente cuál es el alcance y función del consentimiento de la mujer (y de la autorización judicial subsidiaria) para saber cuál haya de ser la trascendencia que tenga la falta de estos requisitos. *Hay que ponderar el fin práctico perseguido por la norma y ponerlo en relación con los principios generales que gobiernan el funcionamiento de la sociedad de gananciales, y con los diversos intereses en juego*, que no son sólo, repetimos, los de los cónyuges, sino también, los de la contraparte y los de terceros ajenos al acto. Siguiendo esta orientación examinaremos las posiciones de la mujer, del marido, de la contraparte y de posibles terceros interesados, frente a un acto de disposición otorgado por el marido sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial, y trataremos de concretar los derechos de todos ellos de acuerdo con la «ratio» del nuevo artículo 1.413. El resultado de esta investigación nos permitirá establecer cuál es el tipo técnico de ineficacia que mejor conviene al supuesto objeto de nuestro estudio.

a) *Situación de la mujer.*

Según hemos repetido reiteradamente, la «ratio iuris» del nuevo artículo 1.413 es, para nosotros, la de conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, poniéndola a cubierto del posible abuso o mal uso que

(31) Ver sobre este punto las atinadísimas observaciones de VALLET en su trabajo *Interpretación, localización sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código civil*, «Revista de Derecho Privado», 1959, páginas 276 y sigs.

haga el marido de sus facultades dispositivas, protegiéndose así a la familia (de un modo indirecto) de los daños que pueda ocasionarle la gestión económica fraudulenta o imprudente de su jefe natural. Recordemos, una vez más, que la mujer no puede tomar iniciativa ninguna en orden a la disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales ni interviene en el destino o inversión de lo obtenido como contrapartida. El consentimiento «uxoris» cumple una función *cautelar, de garantía*.

Puede decirse, pues, que el interés que principalmente hay que tener en cuenta a la hora de puntualizar el grado de ineficacia de los actos de disposición que contravengan lo ordenado por el primer párrafo del artículo 1.413 es el de la mujer. Pero al mismo tiempo es necesario hacer compatible la defensa de la mujer con las demás normas que rigen la sociedad conyugal y, hasta donde sea posible, con los intereses de la contraparte, que sólo deben ser sacrificados en la medida exigida por la protección de los derechos de la mujer.

El planteamiento del problema, de acuerdo con este criterio orientador, nos enfrenta con una serie de cuestiones que vamos a examinar con la debida separación.

1.º *Posibilidad de que el acto del marido sea revalidado, confirmado o ratificado.*

Una primera conclusión se desprende, a nuestro juicio, de las premisas que acabamos de dejar expuestas. La ineficacia derivada de la falta de consentimiento «uxoris» o la autorización judicial no puede ser consecuencia de una nulidad radical, absoluta e insubsanable por vía de confirmación o de ratificación. La protección de los intereses de la mujer sólo exige que el acto de disposición otorgado sin su consentimiento *sea ineficaz frente a ella* (o sus herederos). Sería absurdo sostener que el acto no debe surtir en absoluto ningún efecto entre el marido y la contraparte, y que el consentimiento prestado «a posteriori» por la esposa carece de valor, salvo que se proceda a una «renovatio contractus» integral, que puede ser imposible y por ello hasta perjudicial para los intereses de la mujer. Cabe que el consentimiento previo haya faltado no porque la mujer esté disconforme con la iniciativa del marido, sino por desconocimiento de causa o por simple imposibilidad de presarlo anticipada o simultáneamente. Por todo ello no cabe pensar en la nulidad del artículo 4.º del Código civil.

2.º *La mujer sólo puede pretender la recuperación de los bienes enajenados sin su consentimiento mediante la impugnación del acto de disposición del marido.*

La mujer no está legitimada, por regla general, para ejercitar acciones referentes a bienes gananciales, puesto que la representación y dirección del patrimonio común corresponde al marido. No es posible, pues, que la mujer pueda plantear otra acción que la que se dirija a impugnar el acto de disposición realizado por el marido. Sólo a través de esa acción podrá recuperar los bienes que

indebidamente hayan salido de la sociedad. Si se tiene en cuenta que la mujer recupera dichos bienes no para ella, sino para el patrimonio común, y que frente al derecho de la mujer existe el de la contraparte a que se le devuelva la prestación que satisface, derecho que dentro de ciertos límites, según después veremos, puede hacerse también efectivo sobre los bienes gananciales, se comprende que está sobradamente justificada nuestra afirmación de que la mujer no puede, en principio, ejercitar otra acción que la que tenga su fundamento, *directo y único*, en la ineficacia del acto del marido (32).

La jurisprudencia refiriéndose concretamente a la acción reivindicatoria ha declarado (sentencias de 24 de junio de 1916 y de 22 de diciembre de 1926) que la mujer no está legitimada para ejercitar acciones respecto de los bienes gananciales, legitimación que corresponde única y exclusivamente al marido. Esta jurisprudencia debe estimarse vigente, pues una cosa es que la mujer pueda atacar los actos del marido que contravengan el Código o que se hayan realizado en fraude de sus derechos, y otra, muy distinta, que pueda plantear directamente y sin más la reivindicación de los bienes enajenados. La acción reivindicatoria, como pone de relieve la sentencia de 20 de diciembre de 1898, no obliga a la devolución del precio, al revés que la de nulidad, por lo que si el fundamento jurídico de la pretensión del actor es la nulidad, esta acción es la que debe ser ejercitada. Del artículo 60 del Código civil se sigue que la mujer deberá dirigir la acción contra el otro contratante (y, en su caso, contra los terceros adquirentes que de él traigan causa) y también contra el marido o sus herederos.

Por todo ello es evidente que la mujer no podrá ejercitar la acción reivindicatoria a través del procedimiento abreviado que regula el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que ni siquiera sería posible ejercitar, por vía de reconvencción, una acción de enriquecimiento sin causa. Abstracción hecha de la falta de legitimación de la mujer, no tiene duda, en nuestro sentir, que cabría la oposición amparada en la causa segunda que el propio precepto establece: poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato o por cualquier otra relación jurídica con el titular registral o con titulares anteriores. El con-

(32) En las legislaciones sueca, noruega y holandesa se articula una acción de impugnación sujeta a plazos especiales y breves de caducidad. En Suiza, el consentimiento del cónyuge que no concurre al acto se presume concedido en beneficio de terceros. En otras legislaciones no está claro el alcance de la ineficacia. Nótese que, como pone acertadamente de relieve Roca JUAN (Ob. cit., pág. 503), la gran mayoría de los sistemas en que se exige el consentimiento de la mujer para la enajenación de inmuebles comunes descansa en bases distintas a las que sirven de soporte a la sociedad de gananciales. Se atribuye a los dos cónyuges la titularidad de disposición e incluso la coadministración, sin que aparezca la jefatura doméstica del marido respecto del patrimonio común.

trato celebrado por el marido, que es uno de los titulares registrales de los bienes gananciales, afecta también al otro, la mujer, quien no puede reputarse extraña al mismo, al menos mientras no se acredite cuál fué el destino dado por el marido a la contraprestación recibida. La impugnación del contrato celebrado por el marido es el antecedente necesario de la reivindicación intentada por la mujer y la impugnación sólo es posible en el juicio declarativo correspondiente (33).

3.º *Derecho de la contraparte a obtener la devolución de lo satisfecho.*

Parece evidente que a la contraparte le asiste el derecho de exigir la devolución de lo que entregó, ya sea este derecho una consecuencia directamente derivada de la declaración de ineficacia del negocio (cfr. arts. 1.295 y 1.303 del Código civil), ya se fundamente en el enriquecimiento sin causa (idea a la que, en suma, responden también los preceptos citados).

Está fuera de duda, a nuestro juicio, que el marido, con sus propios bienes, es responsable, sin limitación alguna, frente a la contraparte, de esta obligación de restituir. *Pero también es completamente justo que si el patrimonio ganancial se ha enriquecido a consecuencia del acto del marido ese patrimonio deba responder del enriquecimiento* (34). Y supuesto que el patrimonio ganancial sea responsable, y la contraparte debe tener derecho a discutirlo en el procedimiento que la mujer haya entablado, obedece a un principio elemental de justicia conmutativa que el demandado pueda oponer ese derecho a la pretensión de la mujer (35).

(33) Tampoco creemos que la mujer pueda interponer un interdicto dentro del año siguiente a la consumación del acto (cfr. arts. 460-1 y 1.968 del Código civil). Opinamos que la mujer no tiene *de iure*, vigente la sociedad, la posesión (o coposesión) de todos los gananciales, lo cual no excluye, naturalmente, que pueda tenerla respecto de algunos. La posesión, concepto sobre el cual no podemos adentrarnos aquí, tiene como base una situación que por ser de hecho no está ligada a la titularidad del derecho. En tema de posesión lo que cuenta es el ejercicio de hecho del derecho y no el derecho mismo. La mujer será poseedora de aquellos bienes gananciales respecto de los que actúe *de facto* como dueña o condueña de los mismos. Sólo cuando sea poseedora puede pensarse en la interposición de un interdicto si el marido y la contraparte despojan a la mujer del bien en cuestión, violenta o clandestinamente (cfr. arts. 441 y 460-4 del C. c.). La entrega de los bienes con la tolerancia de la mujer únicamente podrá constituir un despojo clandestino si la mujer ignora la causa de la entrega. De todos modos, incluso en esos supuestos, la viabilidad del interdicto choca con toda una serie de dificultades: capacidad y legitimación procesal de la mujer, beneficio abusivo para el marido, quien recobraría una posesión que el mismo entregó, obligación de la mujer de seguir y obedecer a su marido (arts. 57 y 58 del C. c.), etc.

(34) Así lo sanciona expresamente el B. G. B. Cfr. párrafo 1.455.

(35) ¿Podrá oponer la contraparte el *ius retentionis* sancionado por el artículo 1.308 del Código civil? Aunque la solución afirmativa—supuesta la responsabilidad del patrimonio ganancial—es justa, puede aducirse en contra que el artículo 1.308 establece este derecho a favor de *cada parte*

Estas conclusiones parecen claras y justas, lo cual no obsta a que se planteen varios problemas no todos de fácil solución.

El primero de ellos es el de puntualizar cuál debe ser el límite de la responsabilidad del patrimonio ganancial y qué fundamento legal tiene esa limitación, puntos que están ligados indisolublemente entre sí.

Para resolver este problema y, en general, todos los que suscita la cuestión que estamos abordando, hay que partir de una base cierta. Supuesto que el acto del marido haya sido realmente oneroso (extremo que admitimos por hipótesis, en otro caso la acción procedente sería la de simulación), dicho acto habrá producido un ingreso y, por tanto, un aumento o enriquecimiento del patrimonio ganancial (en virtud del principio de subrogación real, arts. 1.401-1 y 1.407 del Código civil). Ahora bien, este enriquecimiento del patrimonio ganancial que se ha producido «prima facie» al recibir el marido el contravalor de la enajenación o el gravamen, puede haber sido efímero, y haber desaparecido cuando el acto de disposición sea atacado o, por el contrario, puede estar consolidado o subsistir. Lo primero habrá ocurrido si el marido ha obrado con la intención de sustraer a la mujer su participación en el bien enajenado, quedándose con el precio en su exclusivo provecho o en el de terceros (fraude en sentido estricto), o si, aunque no se haya propuesto deliberadamente disminuir a la mujer ha disipado lo percibido (36). Por el contrario, el enriquecimiento será definitivo si la contraprestación satisfecha por el otro contratante subsiste en el patrimonio ganancial o se ha reinvertido, y también cuando el marido haya destinado lo

contratante mientras la otra no devuelva aquello a que le obliga la declaración de nulidad, y la mujer no es ni ha sido parte en el acto impugnado. Además, la mujer no tiene facultades dispositivas sobre los gananciales y no puede por sí y ante sí proceder a la restitución. De admitirse el *ius retentionis*, la mujer tendría que pedir la ejecución de la sentencia conjuntamente contra el marido y la contraparte.

(36) La doctrina entiende (Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, pág. 10) que el enriquecimiento debe existir en el momento de la interposición de la demanda. Únicamente si se trata de enriquecimiento determinado por la percepción de una cantidad de dinero algunos autores opinan que hay enriquecimiento cualquiera que sea el destino dado al dinero percibido. En nuestro caso creemos que hay que distinguir. Si la desaparición o la disminución del enriquecimiento se debe la realización por el marido de gastos cuantiosos e injustificados, o a inversiones respecto de las cuales ha permanecido ajena la mujer, debe entenderse que no ha habido enriquecimiento si la pérdida no se habría producido de haber permanecido en el patrimonio común el bien objeto de la disposición. Pero si la contrapartida se ha invertido habiéndose consumado su pérdida en virtud de causas que igualmente hubieran afectado al bien enajenado (por ejemplo, la pérdida se ha debido al embargo y ejecución promovidos por un acreedor), no puede decirse que la devolución de lo percibido determine un perjuicio que la mujer no hubiera sufrido de la misma manera de no haberse llevado a efecto el acto dispositivo. Naturalmente no procederá devolución alguna en las hipótesis de fraude o de aplicación del precio a costear vicios del marido.

percibido a la satisfacción, de alguna de las que son cargas legales de la sociedad, según los artículos 1.408 y 1.409 del Código civil. Enriquecimiento es, además de aumento del activo, la disminución del pasivo o la satisfacción de una necesidad (37).

El patrimonio ganancial sólo tendrá que responder de lo que hemos llamado enriquecimiento definitivo. El fundamento legal de esta limitación se encuentra en el último párrafo del artículo 1.413 que impone obligadamente esa conclusión, puesto que los actos del marido realizados en contravención del Código o en fraude de la mujer no pueden perjudicar a ésta ni a sus herederos. *De no admitir la limitación indicada, la ineficacia del acto no bastaría para dejar inmune a la mujer de las consecuencias derivadas del contrato celebrado por el marido sin su consentimiento* (38).

El segundo problema que se plantea en este orden de cosas es éste: *¿Deberá ser la contraparte quien pruebe el enriquecimiento del patrimonio ganancial si quiere hacer efectivo su derecho sobre éste, o será la mujer quien tenga que demostrar el destino que ha recibido la contraprestación percibida por el marido si quiere que aquel patrimonio quede al margen de la restitución?*

Aun reconociendo que la cuestión es embarazosa, nosotros nos inclinamos decididamente por la segunda solución. Para justificarla hay que volver al punto de partida. El acto del marido, si ha sido oneroso, ha determinado, por de pronto, un enriquecimiento del patrimonio ganancial. Ciertamente el marido puede haber obrado en fraude (39). Pero la ley no ha establecido (ni tampoco le es lícito hacerlo al intérprete) que la falta de consentimiento de la mujer (o de autorización judicial) constituya una presunción de que el acto ha sido fraudulento. El legislador, al exigir el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre ciertos bienes gananciales, ha creado, indudablemente, un instrumento poderoso de protección contra el fraude del marido por cuanto que permite a la mujer impugnar el acto, abstracción hecha de su carácter fraudulento y porque le asegura el éxito de la acción que puede entablar, desde luego, aunque la contraparte haya sido ajena a los propósitos del marido. Pero la ley se ha detenido aquí. No ha llegado a establecer la presunción de que todo acto dispositivo del marido otorgado sobre inmuebles o establecimientos mercantiles sin consentimiento de la mujer se haya realizado en fraude de ésta. Se ha limitado a ordenar que tales actos no pueden

(37) Cfr. NUÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa*, cit., págs. 114 y sigs.; CASTRO: *Derecho civil de España*, II-I, pág. 186, en relación con el artículo 1.304.

(38) No es necesario invocar una imposible aplicación analógica del artículo 1.304 del Código civil. Sin embargo, este precepto sirve para demostrar que la obligación de restituir, que es consecuencia de la declaración de nulidad, puede estar limitada, cuando así convenga al fin perseguido con aquélla.

(39) Empleamos ahora la expresión en sentido lato.

perjudicaría. Aunque esta afirmación no deba entenderse en el sentido de que la ineficacia del acto realizado en contravención del Código sólo sea futura y eventual (tal como sucedía anteriormente), lo que sí parece evidente es que la mujer debe demostrar el perjuicio para liberar al patrimonio ganancial de la en principio obligada restitución. Ciertamente el consentimiento «uxoris» quiere ser un medio de protección no sólo contra los actos fraudulentos del marido (ver sobre esto lo dicho más atrás), aunque tales actos sean, desde luego, los que principalmente deban preocupar al legislador. Pero, naturalmente, frente a un acto no fraudulento todavía está mucho más justificada la exigencia de que la mujer pruebe los resultados desgraciados de la inversión realizada por el marido, o la desaparición total o parcial de la contrapartida. Lo más que puede concederse en este punto es que la mujer, para que la impugnación prospere, no tenga necesidad de probar el perjuicio. Cosa distinta es que tal prueba se precise para excluir o limitar (respecto de los bienes gananciales) las consecuencias que naturalmente se deriven de la impugnación.

La mujer, si ha resultado enriquecido el patrimonio ganancial (lo que sucede, al menos «prima facie», siempre que el acto haya sido efectivamente oneroso) se ha enriquecido también. Al recuperar el bien enajenado *no lo recupera sólo para ella. Lo reintegra al patrimonio común. Actúa, pues, no sólo en su beneficio, sino también en el de su marido, autor del acto en cuestión, administrador y jefe de aquel patrimonio y facultado para manejar los fondos existentes en el mismo.* Razones de elemental prudencia aconsejan exigir a la mujer la prueba del perjuicio si quiere que el patrimonio ganancial salga intacto de la restitución. *Lo contrario equivaldría a facilitar y casi a estimular las confabulaciones maliciosas entre marido y mujer,* al arrojar sobre la contraparte una prueba que forzosamente le resultará muy difícil y prácticamente imposible en gran número de casos. Este es un peligro siempre tenido en cuenta por el legislador y que el intérprete, por lo tanto, no puede despreñar (40). Siempre le será más fácil a la mujer que a la contraparte probar cuál fué el destino dado por el marido a la prestación recibida. No se olvide que tampoco la mujer necesitará aportar una prueba absoluta. El juez, en nues-

(40) Por estas razones consideramos inaplicable la doctrina jurisprudencial elaborada en torno al artículo 1.304 del Código civil (cfr. sentencias de 21 de octubre de 1897, 14 de junio de 1899, 17 de octubre de 1916 y 15 de junio de 1918). Esta doctrina ha entendido que la prueba del enriquecimiento corresponde a la persona capaz que contrató con el incapaz. Son evidentes las diferencias que median entre el supuesto del artículo 1.304 y el que ahora estamos estudiando. El Tribunal Supremo, en relación con el artículo 1.304, se inspira en el deseo de proteger al incapaz a quien no juzga con el discernimiento suficiente para dar a lo recibido un destino razonable. Por ello únicamente la prueba concluyente de su enriquecimiento, aportada por el contrata te capaz, constituye al incapaz en la obligación de restituir.

tro Derecho, forma libremente su convicción en torno a la cuestión de hecho y puede fundarse para juzgar incluso en presunciones (lo que es cosa distinta a que la ley establezca una presunción de fraude).

La necesidad de no sacrificar los intereses de la contraparte más que en la estricta medida que exija la protección de la mujer nos apunta, pues, que la naturaleza de la ineficacia de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» no debe orientarse hacia la hipótesis de actos otorgados sin poder de representación (nulidad del art. 1.259), o hacia el supuesto de disposición en nombre propio del derecho ajeno (41). El «dominus», en ambos casos, es, en principio, totalmente extraño al acto de disposición y a sus consecuencias, lo que no ocurre cuando se trata de la mujer. Por ello mientras es admisible que frente al «dominus negotii» o al «verus dominus» sólo quepa plantear una acción independiente de enriquecimiento sin causa, si efectivamente hubo por su parte algún enriquecimiento, la ineficacia instada por la mujer debe llevar consigo, como consecuencia natural, la obligación de restituir.

4.º *Plazo durante el cual puede la mujer atacar el acto del marido.*

El problema que en este aspecto se plantea es el de saber si la acción de la mujer está o no sujeta a un plazo de caducidad. Si dicha acción se concibe como puramente declarativa, la solución tiene que ser negativa. La acción no constituirá el ejercicio de un verdadero derecho potestativo de impugnación, que es el que puede estar sujeto a un plazo de caducidad (42). La teoría de la acción puramente declarativa se funda en la idea de que el acto dispositivo del marido es *inicialmente ineficaz frente a la mujer*. Se trata de una nulidad o ineficacia relativas similar a la que estableció el artículo 1.259 del Código civil (43).

(41) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 211.

(42) RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 212, sostiene que la mujer puede ejercer una acción de constatación (de naturaleza declarativa y no sujeta a plazo de caducidad), cuyo fin es pedir la declaración de que el acto del marido es ilegal, acción que incluye el derecho a que se destruyan las consecuencias que el acto haya tenido de hecho.

(43) Se admite hoy la distinción entre nulidad (o ineficacia) relativa y la simple anulabilidad. La nulidad relativa, dice CARNELUTTI (*Sistema* cit., III, pág. 563) es nulidad, porque el acto, por de pronto, y sin necesidad de impugnación, es ineficaz, pero es relativa, porque el defecto determinante de la nulidad puede ser sanado. Para BETTI (*Teoría general del negocio jurídico*, cit., pág. 358) la nulidad relativa puede separarse de la anulabilidad. Este autor tipifica la nulidad relativa atendiendo al dato de que sólo puede ser reclamada por determinadas personas. RODRÍGUEZ ADRADOS (cit., pág. 211) estima que el negocio de disposición al que falta el consentimiento de la mujer es *ineficaz en sentido estricto*. Esta nueva categoría de ineficacia, distinta de la invalidez, y que utiliza parte de la técnica italiana más reciente, no nos parece de gran precisión ni de mucha utilidad. Entendiendo por ineficacia en sentido estricto la determinada por la falta de un requisito exterior al acto resulta que si éste, a causa de la ausen-

A nuestro juicio, la acción de la mujer hay que concebirla como acción de impugnación propiamente dicha y sujeta a un plazo de caducidad. La razón de la ineficacia de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial no está en que dichos actos carezcan de un elemento esencial y sean, por tanto, incómpuestos (44). Y tampoco a que sin la voluntad de la mujer sea imposible la disposición, puesto que esa voluntad puede ser sustituida por la autorización judicial, con lo que falta de base para establecer la analogía con los supuestos de representación sin poder o de venta de cosa ajena (45):

La razón de la ineficacia de los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial descansa en el deseo de proteger a la mujer frente a los perjuicios que puedan irrogarle aquellos actos. Esta relación de medio a fin (destrucción

cia de dicho requisito, no surte en absoluto ningún efecto en nada se diferencia en realidad del acto nulo y, por el contrario, si la falta de un requisito complementario no impide que se produzca una cierta vinculación entre las partes, en tanto sea posible el cumplimiento de este requisito, no parece que la nueva expresión sea muy afortunada. Cfr. en este sentido, las observaciones de CARNELUTTI: *Sistema* cit., III, pág. 558.

(44) Acto incompleto es aquel al que le faltan algunos de sus elementos esenciales. La posibilidad de que los actos incompletos puedan llegar a alcanzar su eficacia normal si son completados, y que en el entretanto puedan surtir algún efecto, depende de que el elemento que falte pueda o no concurrir sucesivamente. Pero los actos del marido, realizados sin autorización uxoria o judicial no adolecen de ningún elemento esencial, pues hay en ellos consentimiento, objeto y causa. El consentimiento de la mujer sólo podría ser elevado a elemento del negocio imaginando que en el negocio dispositivo los dos cónyuges constituyen, unidos, una sola parte contratante, de forma que sólo la concurrencia de sus dos voluntades da lugar a una declaración negocial. Semejante construcción es inadmisibles. La mujer no es parte (propiamente dicha) del negocio, aunque la consienta. El consentimiento «uxoris» puede ser suplido por la autorización judicial, lo que sería incomprensible si se tratara de un elemento constitutivo del negocio en el sentido expuesto.

(45) Ni el marido puede ser equiparado al falso *procurator*, ni la voluntad de la mujer juega el mismo papel que la del *dominus negotii*. El marido contrata generalmente en nombre propio, es el administrador legal de la sociedad de gananciales y, además, cotitular del bien ganancial enajenado o gravado. Mientras la voluntad del *dominus* debe necesariamente concurrir (a través del poder previo o de la ratificación) para que el acto celebrado por el *procurator* le vincule, la voluntad de la mujer puede ser sustituida por la autorización judicial. La intervención del *dominus* en los negocios dispositivos obedece al principio o regla general de que el poder de disposición corresponde exclusivamente al titular del derecho. Pero en la sociedad de gananciales la mujer no es tratada como titular, desde el punto de vista de la administración y disposición, más que de una manera muy incompleta e indirecta. El consentimiento *uxoris* no es aplicación del principio lógico según el cual de los derechos sólo puede disponer su titular, pues si lo fuera no tendría lógica ninguna que sólo se exigiera para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles. La potestad de disposición—según expusimos al comienzo de este trabajo—sigue centrada en el marido, y el consentimiento de la mujer es sólo una limitación impuesta a los poderes dispositivos del varón en obsequio de la mujer y en defensa de la familia. Por eso puede ser sustituido por la autorización judicial.

del acto para reparar los perjuicios que con él hayan podido ocasionarse a determinado sujeto) es la misma que la que se da en la rescisión, y en la nulidad regulada por los artículos 1.300 y siguientes (46). También el fin de la anulabilidad, incluso en sus supuestos clásicos, es el de reparar los perjuicios que se hayan ocasionado con el acto anulable a un sujeto a quien especialmente se quiere proteger. El antecedente de la anulabilidad se encuentra en el instituto romano de la «*in integrum restitutio*» que se proponía proteger a los menores de veinticinco años, sujetos a tutela o a patria potestad, o a los que hubieran sufrido violencia, intimidación, error o fraude, permitiéndoles rescindir los contratos que en tales circunstancias hubieran celebrado y que les hubieran causado perjuicios. La moderna teoría de la anulabilidad se inspira en el fondo en la misma idea, si bien libera al titular de la acción de impugnación de la necesidad de probar el perjuicio y le deja en libertad de discernir si el acto ha sido o no perjudicial (47).

Puesto que el consentimiento «*uxoris*» y la autorización judicial subsidiaria son sólo una prevención contra los perjuicios que ciertos actos puedan ocasionar a la mujer, se comprende que no tiene sentido que la falta de dichos requisitos determine una nulidad perpetua sin otra solución para la contraparte o para terceros adquirentes que la usucapición (48). No se advierte por qué razón la protección que se dispense a la mujer debe ser, en este sentido, distinta de la que se concede a los titulares de acciones de rescisión o anulabilidad. Los intereses de los menores, de los incapaces, de los que han padecido error, dolo, fraude, violencia, intimidación o lesión, son, por lo menos, tan respetables como los de la mujer, y sin embargo, las acciones que se les conceden están sujetas a un plazo de caducidad.

Supuesto que también la acción que se concede a la mujer deba estar sujeta a un plazo de caducidad, el plazo tendrá que ser el de cuatro años, que es el establecido en los artículos 1.299 y 1.301 para

(46) Prescindimos de los casos de ilicitud y de falsedad de la causa, incorrectamente tratados, junto a los de falta de capacidad o vicios del consentimiento.

(47) La anulabilidad, por falta de capacidad o por vicios del consentimiento, no se debe, en realidad, a que el derecho considere irrelevante jurídicamente la voluntad del sujeto. Si así fuera, ¿cómo explicar que el acto anulable produzca efectos y que éstos queden definitiva e irrevocablemente establecidos si el contrato se confirma o si caduca la acción de impugnación? Lo que ocurre es que la Ley quiere proteger especialmente a aquellas personas a quienes considera sin la madurez suficiente o que se han determinado a contratar en condiciones anormales, y les concede el derecho de arrepentirse del acto. Cuando la voluntad falta realmente (casos del infante, del que padece determinadas enfermedades mentales, del sonámbulo, del hipnotizado, etc.) el acto no es anulable, sino radicalmente nulo, o si se quiere inexistente, por falta de consentimiento. Ver sobre este particular las interesantes observaciones de CASTRO: *Derecho civil* cit., páginas 175 y sigs.

(48) Que tendrá que ser la extraordinaria si conocieron el defecto que tiene el acto.

aquellas acciones de rescisión o de nulidad que no tienen señalado otro plazo especial.

Para el cómputo de ese plazo resulta obligada la analogía con lo dispuesto para los actos de mujer casada celebrados sin licencia marital. Los cuatro años empezarán a contarse desde la disolución del matrimonio (cfr. art. 1.301). Las razones que justifican este criterio legal son referibles a los dos casos. Más que el temor a posibles influencias de un cónyuge sobre otro (que, de existir, llevarán a la confirmación) el fundamento de que los cuatro años empiecen a contarse a partir de la disolución del matrimonio se encuentra en la consideración de que hasta ese momento es más fácil ocultar la celebración del acto no consentido (49). Esta forma de computar el plazo rodea la protección a la mujer de las debidas garantías. Sería exagerado, creemos, llevarla más allá.

¿Desde qué momento podrá la mujer ejercitar la acción de impugnación? A nuestro juicio, desde la perfección del contrato. Aunque sea necesario un requisito posterior (tradición o inscripción) para la consecución de los efectos dispositivos del acto, no puede ignorarse que en el contrato radica la médula del supuesto de hecho traslativo. Además el contrato, por sí solo, determina una vinculación del patrimonio ganancial. Parece justo conceder a la mujer la facultad de oponerse a que el contrato se consuma, facultad que puede hacer efectiva impugnando el acto antes de su consumación. Esto no obstante, si se admite que el marido puede pedir autorización judicial después de haber realizado el acto (lo que, a nuestro juicio, según antes dijimos, sólo es posible si el contrato no se ha consumado todavía o si se trata de disposiciones urgentes o necesarias) debe estimarse que, solicitada aquélla, el derecho de impugnación queda en suspenso, hasta que el juez conceda o deniegue la autorización. La oposición, en tales casos, deberá plantearse por la vía del procedimiento especial y abreviado que regula el artículo 1.413 (50).

5.º *¿Debe la mujer, para que prospere la impugnación, probar que el acto fué perjudicial?*

La respuesta, a nuestro juicio, tiene que ser negativa. El consentimiento de la mujer, o la autorización del juez, se exigen como requisitos del acto, por lo que éste es defectuoso, y no simplemente rescindible, si le faltan dichos requisitos. No creemos que la acción de la mujer sea una acción rescisoria. La falta de una exigencia legal debe trascender a la validez misma del acto. Hay además, otras razones. En primer término no parece fácil, salvo

(49) En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA: *Derecho civil*, tomo 20, página 984.

(50) A la acción de la mujer cabe oponer que está pendiente el procedimiento especial regulado por el artículo 1.413. A nuestro juicio, este procedimiento especial no es un acto de jurisdicción voluntaria, ya que en él se resuelve la oposición que plantea la mujer, y concluye con una resolución firme y definitiva en orden al problema discutido (legitimación del marido para llevar a cabo el acto de disposición).

En los casos de acto fraudulento, encajar la acción de la mujer dentro de la rescisión, ya que los casos de lesión con trascendencia rescisoria son «*numerus clausus*» y se concretan a los previstos en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.219, según resulta del 1.293. Las características de la acción de rescisión no parecen acoplarse bien a la fuerte protección que la ley quiere ahora otorgar a la mujer. La acción rescisoria es subsidiaria (art. 1.294), exige la prueba del perjuicio, y su alcance, según resulta del artículo 1.295-2, está limitado a las partes contratantes y a los terceros de mala fe.

Habida cuenta de la «*ratio iuris*» del nuevo artículo 1.413 es lógico admitir que la mujer pueda impugnar el acto sin necesidad de probar que fué perjudicial (51), ya que la prueba del perjuicio puede ser difícil. Recordemos que no se trata sólo de proteger a la mujer frente a actos fraudulentos de su marido, sino también de ampararla contra otra clase de perjuicios (ver sobre esto lo dicho más atrás) menos tangibles. Ahora bien, aunque se dispense a la mujer de la prueba del perjuicio sería razonable (y congruente con la finalidad que persigue el nuevo precepto) que la impugnación pudiera quedar enervada mediante la demostración de que el acto no fué perjudicial (prueba que correría a cargo del marido y demás demandados).

Nosotros nos hemos manifestado contrarios, en la primera parte de nuestro trabajo, a la posibilidad de obtener, con posterioridad a la consumación del contrato, la autorización judicial subsidiaria. Pero esta tesis nuestra no se opone a que dentro de un juicio declarativo, llegue a demostrarse de forma totalmente convincente que el acto no fué perjudicial, quedando con ello destruída la acción de impugnación. Una cosa es que el juez, en presencia de un acto no consumado o no celebrado, pueda juzgar de su conveniencia o de su inocuidad, y otra muy distinta que en el procedimiento especial y abreviado del artículo 1.413 pueda discutirse y menos probarse suficientemente que un acto, quizá realizado hace mucho tiempo, no fué perjudicial. El juicio declarativo, por otra parte, permite la adopción de medidas precautorias (anotación preventiva de la demanda, aseguramiento de bienes litigiosos) que no caben en el procedimiento del artículo 1.413 y que la mujer, lógicamente, tiene derecho a pedir si los bienes han salido ya del patrimonio ganancial.

Dentro del juicio declarativo debiera ser posible la demostración de que el acto no fué perjudicial, obteniendo con ella su firmeza definitiva. Sin embargo, no nos parece nada fácil que este punto de vista pueda prosperar.

Supuesto que el acto del marido, realizado *sin consentimiento* de la mujer o autorización judicial, es un acto al que le falta un

(51) Una cosa es que la prueba no sea necesaria para impugnar el acto y otra que se precise la demostración del perjuicio para escapar a las consecuencias de la impugnación.

requisito exigido por la Ley, su calificación como acto anulable al menos parece insoslayable. Ninguna acción de nulidad puede enervarse mediante la prueba de que el acto impugnado no causó perjuicio al que esté legitimado para reclamar aquélla. Quizá teniendo en cuenta que la mujer al impugnar el acto defiende no tanto sus propios intereses como los de la familia (recuérdese que recupera el bien ganancial no para sí, sino para el patrimonio común) podría pensarse en un abuso del derecho de impugnación si se prueba que el acto no ha causado daño y que en cambio puede causar lo la impugnación, que obliga a la devolución de lo percibido.

6.º *Efectos de la acción frente a terceros adquirentes.*

A nuestro juicio, la protección de la mujer sería imperfecta e incompleta si la acción que le asiste sólo fuera eficaz frente a la contraparte. Según hemos puesto de relieve al examinar el punto anterior, la Ley no da base para sostener que la acción de la mujer es simplemente recisoria, ya que ha elevado el consentimiento «uxoris» o la autorización judicial a la condición de requisito del acto, por lo que debe entenderse, como también dijimos, que la falta de dichos requisitos debe afectar a su validez. Incluso la anulabilidad, una vez que haya sido declarada, destruye retroactivamente el acto y alcanza, por tanto, a terceros subadquirentes. El sistema causal que sigue nuestro derecho en materia de transmisión de propiedad y de constitución de derechos reales lleva a ese resultado necesariamente (52).

La acción de impugnación no podrá perjudicar a terceros protegidos por la fe pública registral. El marido puede haber ocultado su estado al adquirir un inmueble y figurar como soltero o viudo al enajenarlo. Si se da este caso, perfectamente posible, el acto se inscribirá sin dificultad, y al no constar en el Registro la causa determinante de la nulidad ésta no perjudicará al tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

7.º *Derechos de la mujer cuando por cualquier causa no pueda prosperar la impugnación.*

La impugnación del acto realizado por el marido puede ser inviable, no sólo si ha transcurrido el plazo de caducidad a que está sujeta la acción, sino también cuando no sea posible recuperar el bien enajenado ni su valor. Imaginemos que los bienes han sido adquiridos por un tercero protegido por la fe pública registral, y que se ha consumado usucapión y que la contraparte, obligada a la restitución del valor (cfr. art. 1.307 del Código civil) (53), es insolvente, o resulta de imposible o difícil localización.

(52) En este sentido, la doctrina dominante. (Cfr. ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario. Registros*, I, pág. 345.)

(53) ¿Qué valor? El artículo 1.307 se refiere especialmente al caso de pérdida (en el sentido de destrucción) de la cosa y por ello señala que ese valor será el que tenía la cosa al tiempo de perderse. En los supuestos a que nos referimos en el texto parece más natural que el valor se cifre

La mujer tiene derecho, en todos estos casos, a ser indemnizada de los perjuicios que le haya ocasionado el acto, según se desprende del último párrafo del artículo 1.413, pero este derecho tiene que hacerse efectivo en los casos y con las limitaciones del artículo 1.419 que no ha sido reformado (54).

Una vez disuelta la sociedad se debe aplicar el segundo párrafo del artículo 1.419, pero hay que tener en cuenta que este artículo fué redactado en función de donaciones o enajenaciones ilegales (en el antiguo sentido) a fraudulentas. En consecuencia, no puede aplicarse cuando el marido, aunque sea autor de una enajenación ilegal por haber dispuesto de un inmueble o establecimiento mercantil sin consentimiento de su esposa o autorización judicial, haya reinvertido el importe de lo percibido o lo haya aplicado al levantamiento de las cargas legales de la sociedad. La colación del artículo 1.419 resultaría injusta en tales casos. Por tanto, esa colación sólo procederá cuando el marido haya sustraído a la mujer lo que recibió o lo haya disipado. A lo sumo podrá proceder la colación en los supuestos en que el contravalor, aun habiendo sido reinvertido, se haya perdido en virtud de causas que no hubiesen afectado igualmente a los bienes enajenados de haber permanecido en el patrimonio común. El artículo 1.419 no sirve para que la mujer pueda pretender la reparación de otra clase de perjuicios. Esta solución es, quizá, la más congruente con los principios informadores del régimen de gananciales. La mujer sólo tiene derecho a la mitad de las ganancias si las hay y no puede exigir responsabilidades al marido si la gestión de éste no ha sido afortunada. Con todo no deja de apreciarse ahora una cierta contradicción entre lo que dispone el último párrafo del artículo 1.413 y lo que establece el segundo inciso del 1.419. Ambos preceptos deberían haber sido objeto de una reelaboración más cuidada y detenida.

8.º) *Posibilidad de que la mujer opte, al disolverse la sociedad, entre impugnar el acto realizado en contravención del primer párrafo del artículo 1.413 o la indemnización-colación del artículo 1.419.*

El artículo 1.419 fué interpretado partiendo de la base de que la impugnación sólo es posible cuando la reparación no pueda obtenerse a costa del caudal inventariado. Pero, como antes dijimos, esta interpretación no puede ya sostenerse, al menos respecto de los actos de disposición para los que el marido necesita la

de acuerdo con el que tenga la cosa cuando la reclamación prospere, ya que no existen las dificultades que puede representar el saber qué valor tendría la cosa actualmente de no haberse perdido.

(54) La posibilidad de que la mujer pueda recabar del marido una indemnización (con destino al patrimonio común) vigente la sociedad, ha sido admitida por ESCRIVÁ DE ROMANÍ (*Impugnación de actos realizados por el marido sobre bienes gananciales en fraude de su mujer*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, fascículo III, pág. 929, y por ROCA JUAN: Ob. cit., página 526).

autorización de su mujer. El derecho de impugnación que asiste a ésta no está condicionado por el hecho de que los bienes existentes en la sociedad conyugal, a su disolución, sean o no suficientes para indemnizarla. Se suscita, pues, la duda de si el sistema ha variado totalmente (la indemnización sería con arreglo a esta primera variante, el remedio subsidiario) o si puede la mujer elegir entre la impugnación o la colación. Aun reconociendo que las dos soluciones son defendibles, nosotros nos inclinamos más bien por la segunda. El patrimonio ganancial, llegado el momento de disolver la sociedad, está ya en trance de liquidación. La reparación del perjuicio causado a la mujer pasa al primer plano. Por tanto, no es ilógico que siga, para resarcirse, el camino que mejor le acomode. Téngase en cuenta que la indemnización-colación, según hemos puesto de relieve en el punto anterior, sólo es posible en la hipótesis de enajenaciones realizadas en fraude o en las que el marido ha disipado lo recibido, sin que subsista en el patrimonio el contravalor de lo enajenado o su inversión. Nos ocuparemos más adelante de esta cuestión al examinar con detenimiento la interpretación del artículo 1.419 en relación con las donaciones prohibidas al marido.

b) *Situación del marido.*

El marido carece, a nuestro juicio, de acción para impugnar el acto de disposición que haya efectuado sin contar con el consentimiento de su mujer ni autorización judicial. Del artículo 1.413, párrafo tercero, se desprende que quienes no pueden ser perjudicados por el acto ilegal del marido son la mujer o sus herederos, de donde parece resultar que sólo una u otros podrán hacer valer la ineficacia del acto. Si la mujer, que es en suma la destinataria del sistema protector instaurado por el nuevo artículo 1.413, no se opone la disposición que ha otorgado su esposo, sería arbitrario, y opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, permitir al marido impugnar el contrato fundándose en que no obtuvo el consentimiento de su mujer o la autorización judicial. Ni siquiera la aplicación análoga (para nosotros infundada) del artículo 1.259 autorizaría la solución afirmativa. El representante sin poder, dice NÚÑEZ LAGOS (55), no tiene acción para impugnar el acto, pues a él se debe el supuesto del contrato.

Sin embargo, una cosa es que el marido carezca de la acción de impugnación, es decir, que no esté legitimado para pedir la nulidad del contrato y, en su caso, la devolución del bien enajenado, que es su consecuencia, y otra que el marido no pueda oponer a la acción de la contraparte, que le reclame el cumplimiento del contrato, la propia limitación de sus poderes dispositivos. Desde luego, lo más ortodoxo será que la mujer, ante la reclamación del

(55) *La ratificación*, «Rev. de Derecho Notarial», enero-marzo 1950, página 39.

otro contratante, ejercite la acción que le asiste, operándose la consiguiente acumulación de autos; pero aunque así no se haga no parece que el juez, si el marido alega la falta de consentimiento de su mujer, pueda condenarle a la consumación de un acto que no ha reunido todos los requisitos legales para su validez. La distinción entre nulidad, o ineficacia, absoluta y relativa, o entre nulidad y anulabilidad (categorías, por otra parte, que nuestro derecho no deslinda clara y tajantemente) no puede llevarse aquí hasta sus últimas consecuencias lógicas con olvido que el derecho no es ni debe ser pura lógica conceptual. Téngase en cuenta, además, que en nuestro caso, el cumplimiento del contrato se exige de quien no es titular de la acción de impugnación, por lo que es razonable que el juez, si se pone de relieve en el proceso el defecto de que adolece el acto, se niegue a ordenar la consumación de un contrato a consecuencia de un procedimiento en el que no ha sido parte la mujer, lo que, además, es distinto a declarar que el acto es nulo o ineficaz.

La contraparte podrá alegar que la mujer del demandado dió su consentimiento, expreso o tácito, y podrá tratar de probarlo por todos los medios admitidos en derecho. Podrá, igualmente, demandar a la mujer con el fin de que se declare judicialmente que había consentido la disposición del marido o que de una forma general, expresa o tácita, había autorizado a su marido para disponer a título oneroso de los gananciales.

Si la oposición del marido a la pretensión del demandante se funda en otras causas no creemos que el juez pueda de oficio apreciar una nulidad que nadie le pide, ni absolver de la demanda en base a una insuficiencia de poderes dispositivos que no se haya alegado. Impone esta conclusión no sólo el carácter rogado de nuestro proceso civil, sino, además, la propia índole de la ineficacia del acto. No se trata de una nulidad, radical, absoluta, sino de una ineficacia que, en principio, sólo puede ser reclamada por la mujer o sus herederos. El juez, si nadie solicita que se pronuncie sobre la validez o nulidad del acto, no puede exigir, por su propia iniciativa, que se acredite el cumplimiento de un requisito, que puede haberse llenado o ser improcedente (por ejemplo, si el marido demandado está casado bajo el régimen de separación de bienes, o si se trata de una finca privativa, etc.) (56).

El marido es responsable, sin limitación alguna, frente a la contraparte del cumplimiento de las obligaciones asumidas o que sean natural consecuencia del contrato (por ejemplo, saneamiento en caso de evicción, por vicios ocultos, etc.). Como la impugnación del acto por la mujer sólo tiene por fin dejar sin efecto la dispo-

(56) Si el demandante exige la formalización de escritura pública la sentencia no se podrá cumplir mientras no se acredite el consentimiento de la mujer. Naturalmente, la sentencia condenando al cumplimiento del contrato no prejuzga—con valor de cosa juzgada—la validez del contrato, pues el extremo no se ha discutido en el proceso.

sición, no puede, con ella, liberar al marido de las responsabilidades en que ya haya incurrido. Bien está que de estas obligaciones no responda el patrimonio ganancial, porque si bien es cierto que los bienes comunes responden de todas las obligaciones del marido (cfr. art. 1.408-1) hay que conjugar ese principio con la regla primera del artículo 1.413, y de ahí se sigue que el marido no podrá obligar los bienes gananciales a las resultas de los actos de disposición que lleve a efecto conculcando lo establecido en ese precepto. El patrimonio ganancial sólo es responsable (ver lo dicho más atrás) hasta el límite del enriquecimiento que en él haya producido el acto del marido. En otro caso la protección de la mujer no sería completa. Pero la «ratio iuris» de la ineficacia que estudiamos no obliga a pasar de ahí. El marido debe hacer frente con todos sus bienes a los compromisos que haya contraído.

Si el contrato es impugnado por la mujer el marido es deudor en orden a la devolución de lo percibido, sin sue, naturalmente, tenga límites su responsabilidad. Parece lógico que, probado el enriquecimiento del patrimonio común, el marido tenga derecho a exigir que la devolución se realice, en primer término, con cargo a dicho patrimonio para ser responsable con sus propios bienes solamente por la diferencia. Si el marido ha engañado a la contraparte fingiéndose soltero o viudo, si ha ocultado la falta de consentimiento abusando de la ignorancia de la otra parte, si le ha hecho creer que contaba con el consentimiento de su mujer, o que dicho consentimiento era innecesario por no ser ganancial el bien objeto de la disposición, deberá responder de los daños y perjuicios. Es ésta una consecuencia derivada del dolo contractual, ya que si el dolo incidental obliga a dicha indemnización, con mucha mayor razón nacerá la misma del dolo principal.

c) *Situación de la contraparte.*

La contraparte queda expuesta, sin remedio alguno a nuestro juicio (57), a la acción de impugnación de la mujer. Sus derechos, en este caso, han sido examinados al estudiar la situación de la mujer y la del marido.

El problema específico que ahora tenemos que plantearnos es el de si también podrá la contraparte impugnar el contrato, fundándose en que el disponente no obtuvo el consentimiento de su mujer ni la autorización judicial.

No creemos que el otro contratante puede ejercitar acción ninguna de impugnación propiamente dicha fundada en la ineficacia del contrato, ya que la «ratio iuris» de esa ineficacia postula que la misma sólo puede ser reclamada por la mujer. Sin embargo, ¿corresponderá a la contraparte una acción de revocación, similar a

(57) La contraparte no es un nunca tercero, por lo tanto no puede invocar la protección de fe pública registral. Aunque del Registro resulten datos inexactos sobre el estado del marido, ello no le sirve de amparo. El Registro no garantiza las circunstancias personales del titular registral.

la que sanciona el artículo 1.259, o una acción de resolución por incumplimiento?

La acción de revocación (58), aunque es distinta que la de impugnación, lleva, de hecho, a consecuencias prácticas parecidas. Conduce al resultado de que en tanto la mujer no preste su consentimiento la contraparte es libre de arrepentirse a su voluntad del contrato.

A nuestro juicio, esta solución es inadmisibile, por lo menos siempre que la contraparte haya tenido conocimiento de que el marido obró sin consentimiento de su mujer. Incluso para el caso de contratos celebrados por un falso «procurator» es excesiva la potestad de revocación «ad nutum» que sanciona el artículo 1.259. En el derecho alemán se condiciona esa facultad de revocación (también en el caso de actos de disposición celebrados por el marido sin el asentimiento de su mujer) al requerimiento previo dirigido por la contraparte a quien ha de conceder su autorización y a la contestación negativa del requerido o al transcurso de cierto plazo sin obtener contestación. No vemos posibilidad ninguna de llegar a nada semejante en nuestro Derecho. Hasta PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (59) reconocen que el Código civil español, dados los términos rotundos en que está concebido el artículo 1.259, no proporciona base ninguna para una solución similar.

Por lo menos hasta la fecha, muchos maridos contratan sobre inmuebles, o establecimientos mercantiles, sin haber obtenido la autorización de sus esposas, o simplemente con su conformidad tácita, fundados en la confianza que aquélla tiene en ellos y seguros de que cuando llegue el momento de formalizar la transmisión se prestará o reiterará aquel consentimiento. Todavía, a pesar de que la nueva Ley ha tenido gran difusión, existen maridos, especialmente en los medios rústicos, que no se han enterado de la modificación del Código. Sería realmente perturbador, en todos estos casos, que la contraparte pudiera libremente desligarse de los compromisos contraídos, u obligara a la prueba de un previo consentimiento tácito.

El artículo 1.259 del Código civil, en cuanto concede a la contraparte el derecho de revocación «ad nutum» es un precepto que constituye una excepción a la regla general, o principio, sancionado por los artículos 1.258 y 1.256 de que los contratos obligan a los contratantes desde la prestación del consentimiento sin que su cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de ellos. Como tal norma excepcional no puede ser aplicada por analogía; menos aún tratándose de un supuesto que presenta claras diferencias (ver lo dicho más atrás) con el de representación sin poder.

En cambio, no nos parece imposible que la contraparte pueda ejercitar en ciertos casos, por lo menos, un derecho de resolución.

(58) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 214, quien cree que a la contraparte le asiste dicha acción.

(59) Notas al *Derecho civil* de ENNECERUS, tomo I-2, pág. 263.

Del artículo 1.258 del Código civil cabe extraer esta conclusión: Las partes quieren siempre, salvo que otra cosa resulte del contrato, que éste surta plenitud de sus efectos, y, por tanto, operan sobre la base de que el contrato reunirá todos los requisitos y presupuestos necesarios para lograr aquella plena eficacia. Existe en este sentido, una condición sobrentendida, un verdadero deber de cooperación a cargo de ambas partes contratantes teniendo cada una que procurar la realización de dichos requisitos. Si éstos no concurren, el otro contratante debe tener derecho a resolver el contrato (60). Prácticamente ésta es la solución que ha venido a sancionar el Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 26 de junio de 1924 y 8 de marzo de 1929) para el supuesto, en algunos aspectos similar desde el punto de vista de la posición del comprador (61), de venta de cosa ajena, si bien las soluciones de dichos fallos tienen un fundamento técnico deleznable, al declarar ambos nula la venta, bien por imposibilidad «material y jurídica de cumplir la obligación», bien en virtud del error padecido por el comprador. Lo que en realidad debe concederse al comprador, aparte de la acción de saneamiento por evicción (cuando se den los supuestos de esta especial figura jurídica) es la acción de resolución por incumplimiento, construcción ésta hacia la que se orienta la más moderna jurisprudencia (cfr. sentencias de 27 de mayo de 1957 y de 5 de julio de 1958) (62).

(60) Evidentemente esta doctrina no puede aplicarse a los contratos celebrados por incapaces. Al decir el Código (art. 1.302) que las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron pone de relieve que al contratante capaz no se le concede ninguna acción que tienda a desligar el cumplimiento del contrato, ni siquiera aunque el incapaz haya disfrazado su incapacidad. (Cfr. CASTRO: *Derecho civil de España*, I-2, pág. 192.) No es necesario insistir en el carácter excepcional del precepto comentado.

(61) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, cit., pág. 211, aunque, al parecer, extiende la semejanza a otros aspectos.

(62) Discrepamos de la tesis sostenida por ALBALADEJO (*La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», tomo XII, 2.ª época, págs. 409 y sigs.) en el sentido de que la obligación de transmitir la propiedad sólo pesa sobre el vendedor cuando expresamente la haya asumido. Tratando de refutar la argumentación contraria (fundada en el artículo 1.258 del C. c.) dice: «El comprador lo que pretende es adquirir la cosa para servirse de ella con la seguridad de que si por derecho sobre ella de un tercero esta utilización se ve perturbada o disminuida, el vendedor responderá de esta contingencia. El profano en derecho no irá más allá. Con sólo rellenar ambos requisitos no dirá que su buena fe se vió defraudada.» A nuestro juicio, esta interpretación de la voluntad del comprador medio es equivocada y no denota gran experiencia en tratar compradores. La realidad es que la gran mayoría de los compradores—sean profanos o peritos en derecho—lo que pretenden es devenir propietarios plenos y seguros—cuanto más seguros, mejor—de la cosa comprada. Ciertamente del Código civil no resulta que la obligación de transferir la propiedad forme parte del contenido contractual, mínimo e indispensable de la venta. Pero ello no se opone a que el vendedor asuma expresamente esta obligación ni a que, por regla general, se sobrentienda que la ha contraído. Recuérdese que el artículo 1.284 del C. c. establece que las cláu-

Planteada la acción que puede asistir a la contraparte como acción de resolución pueden sentarse estas dos conclusiones: 1.º) La resolución no procederá cuando la contraparte haya aceptado los riesgos derivados de la posible impugnación por parte de la mujer. Los acepta si contrata con pleno conocimiento de que el marido no está autorizado por su esposa ni por el juez y sabe que dadas las circunstancias del caso no es presumible que obtenga el consentimiento, o si acepta la consumación del contrato a sabiendas de que el marido no ha sido debidamente autorizado. Si el comprador puede renunciar al saneamiento en caso de evicción, sometiéndose a los riesgos y consecuencias de la misma, con mucha mayor razón es lícito que acepte el peligro que representa la posible impugnación por la mujer. Si la impugnación se produce, las consecuencias no serán las previstas para la evicción, sino las resultantes de la declaración de nulidad. Aunque la contraparte haya asumido todos los riesgos sería inmoral no concederle el derecho a obtener la devolución del precio (63), supuesto que el efecto de la impugnación es la vuelta de la cosa al patrimonio ganancial, que es también patrimonio del marido-vendedor.

2.º) Puesto que la resolución se funda en el incumplimiento de una obligación a condición sobrentendida (en el sentido de proporcionar una propiedad firme al comprador, y no simplemente claudicante) parece que el incumplimiento, para que pueda dar lugar a la resolución, tendrá que ser total y definitivo. Por tanto, mientras esté pendiente el plazo durante el cual ha de consumarse el contrato, no creemos que el adquirente pueda pretender la resolución si no exigió la prueba del consentimiento a la celebración de aquél. Y si hubo error por su parte parece razonable permitirle ejercitar sin más demora la resolución salvo que acredite el

sulas de los contratos que admitan diversos sentidos se entenderán en el más adecuado para que produzcan efecto, y que el artículo 1.286 determina que la interpretación habrá de ser la más conforme con la naturaleza y objeto del contrato. De ahí resulta que la cláusula en que se dice que una de las partes «vende» debe ser interpretada en el sentido de que el vendedor se ha obligado a transmitir la propiedad, mientras no haya razones especiales que aconsejen una interpretación diferente. De acuerdo con la función práctica y jurídica de la venta se debe concluir que el comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le transfiera la propiedad de la cosa vendida. Lo que sucede es que el comprador no puede pretender la resolución del contrato, si no se han dado los supuestos legales de la evicción (que más de un caso de resolución lo es de cumplimiento de contrato), más que si demuestra de manera concluyente, que el vendedor no es el dueño, que no lo es totalmente, o que su propiedad es resoluble o claudicante. Mientras esto no se prueba, el comprador sólo puede accionar contra el vendedor en caso de evicción. Nótese, por último, que la Jurisprudencia tiende a suavizar los requisitos exigidos por la ley para la evicción, en particular el de la sentencia firme. (Cfr. sentencias de 5 de diciembre de 1925 y de 27 de mayo de 1957.)

(63) Como sucede, en cambio, cuando de evicción se trata, si el comprador ha comprado con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias (cfr. art. 1.477).

marido que ha obtenido el consentimiento o la autorización judicial (64).

Por último, creemos que la contraparte podrá impugnar el contrato, fundándose en el dolo del marido, siempre que éste haya ocultado su estado, la naturaleza de los bienes, o haya afirmado falsamente que estaba debidamente autorizado. Se trata de maquinaciones insidiosas que inducen a una de las partes a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera realizado, por lo que se dan los requisitos del artículo 1.269. El dolo habrá devenido inocuo, y, por tanto, deberá excluirse la impugnación, si antes de plantear ésta la mujer ha consentido el acto del marido.

d) *Situación de los terceros interesados.*

A nuestro modo de ver el acto de disposición realizado por el marido sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial es, por regla general, oponible a terceras personas. Creemos que la ineficacia del acto sólo podrá ser reclamada por la mujer o sus herederos. Si en el último término lo que quiere el legislador es que el acto realizado en contravención del Código (por falta de consentimiento «uxoris» o de autorización judicial) no perjudique a la mujer o a sus herederos, parece que cuando la remoción del eventual perjuicio se realice a través de la impugnación del acto, sólo la mujer puede considerarse legitimada para ejercitar la acción pertinente. De la «ratio iuris» del nuevo precepto resulta claramente que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida.

Con todo, la cuestión no deja de ser discutible (65). En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es demasiado diáfana a la hora de puntualizar quiénes son las personas que pueden pedir que se declare la nulidad o ineficacia de un contrato. Por un lado, las sentencias de 18 de diciembre de 1901, 23 de noviembre de 1903 y 20 de enero de 1936, dicen que sólo las personas obligadas principal o subsidiariamente en virtud de un contrato pueden entablar la acción de nulidad. Pero, en cambio, numerosísimos fallos (entre otros los de 23 de septiembre de 1895, 12 de octubre de 1916, 8 de octubre de 1919, 12 de noviembre de 1920, 23 de mayo de 1925, 20 de noviembre de 1926, 11 de enero de 1928, 3 de enero de 1947, etc.) han afirmado que si bien el artículo 1.302 del Código civil no establece el derecho de terceras personas a ejercitar la acción de nulidad, tampoco lo niega, por lo cual están facultados para ejercitar dicha acción no sólo los obligados principal o subsidiariamente por los contratos sino también los terceros interesados a los que perjudique la obligación. Hay que

(64) Esa es la solución del artículo 1.479 del Código civil italiano si el comprador de cosa ajena ha padecido error. La acción del comprador se configura como acción de resolución y no de anulabilidad.

(65) RODRÍGUEZ ARADOS, cit., pág. 214, sostiene que la ineficacia aprovecha a terceros interesados.

tener en cuenta, sin embargo, que estas sentencias se refieren bien a contratos absolutamente simulados, bien a actos en los que se había dispuesto directa o indirectamente de derechos ajenos o que afectaban más o menos profundamente al contenido y extensión de tales derechos. No sucede así, en nuestro caso, que nada tiene que ver con la hipótesis de simulación (66). Tampoco los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial alteran ni modifican derechos de otras personas, como no sean los de la mujer, que justamente por eso es titular de la acción de impugnación. La doctrina más autorizada entiende que debe distinguirse entre los casos de anulabilidad en que la acción queda reservada a las personas especialmente facultadas para ejercitarla y los de nulidad absoluta o inexistencia en los que la nulidad podrá también ser solicitada por terceros interesados. A nuestro juicio, cuando esté claro, como ocurre en nuestro caso, que dada la índole de la ineficacia, sólo se ha querido que el acto sea ineficaz respecto a determinada persona, únicamente ésta debe estimarse legitimada para solicitarla.

Sin embargo, hay un supuesto de ineficacia relativa en el que se entiende que aquélla aprovecha también a terceros interesados y particularmente a los acreedores de la persona que puede pedir que se declare la ineficacia. Nos referimos a la hipótesis de representación sin poder. Se entiende que aunque el acto sea ratificado por el «dominus», y pese a la fuerza retroactiva que se atribuye a la ratificación, la misma no perjudica los derechos adquiridos contra el que ratifica y que sean anteriores a aquélla. Se aplica la máxima «ratihabito non retrotrahitur in praejudicium tertii» (67). Así, pues, y en relación concreta con los derechos de los acreedores del «dominus» se entiende: 1.º Que dichos acreedores pueden embargar, antes de la ratificación, los bienes objeto del contrato celebrado por el «falso procurator» (por cuanto, frente al «dominus», el acto, mientras no ratifique, es inicialmente ineficaz, y, por tanto, los bienes continúan en su patrimonio). 2.º Tales embargos no pierden su eficacia aunque después el «dominus» ratifique, ya que la ratificación no tiene, en perjuicio de terceros, alcance retroactivo. La resolución de 3 de marzo de 1953 sanciona expresamente esta doctrina (68).

(66) Salvo que el acto del marido sea simulado, claro es.

(67) NÚÑEZ LAGOS: *La ratificación*, cit., pág. 45.

(68) Los efectos retroactivos del negocio bilateral ratificado—dice esta resolución—han de entenderse sin perjuicio de los derechos adquiridos en el interin por terceros, como declaran la sentencia de 25 de junio y la resolución de 29 de octubre de 1946, reconozca gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código civil alemán, y prescribe el artículo 1.399 del vigente Código civil italiano, acordes con la naturaleza y juego propio de esta institución. Queremos destacar que en el caso objeto del recurso, la Dirección fué probablemente demasiado lejos, y procuró una solución que no autorizan los precedentes legales y doctrinales invocados, ya que la ratificación, en aquel caso, procedía del adqui-

Por nuestra parte, y con relación a los actos dispositivos del marido realizados sin consentimiento de su mujer ni autorización judicial, entendemos:

1.º) Que como el acto sólo puede reputarse ineficaz frente a la mujer, no es posible que los acreedores lo impugnen *directamente* salvo que se haya otorgado en fraude de sus derechos, y en este caso lo procedente será que lo ataquen ejercitando las acciones que al efecto las concede la Ley contra aquellos actos de su deudor que tengan carácter fraudulento, o que vengan afectados por una sospecha tal de fraudulencia que determine su nulidad (nulidad operada por la fuerza retroactiva de la quiebra, paulianas especiales en caso de quiebra, pauliana ordinaria). El hecho de que el marido haya vulnerado el primer párrafo del artículo 1.413, no es motivo para que se dispense a los acreedores un trato más especial y privilegiado que a los demás liberándoles de probar el fraude, lo que sólo es posible en aquellos casos en que la Ley lo presume, con presunción «iuris tantum» o «iuris et de iure».

2.º) Que tampoco consideramos posible que los acreedores puedan, sin más, proceder al embargo primero, y a la ejecución después, de bienes de la sociedad conyugal que hayan sido enajenados por el marido sin llenar los requisitos del artículo 1.413. Volvemos a negar la analogía con el supuesto de representación sin poder. La nulidad (frente al «dominus») del acto realizado por el falso «procurator» se funda en el principio de que sin la concurrencia de la voluntad del «dominus» es imposible la disposición, por lo cual es admisible que la ineficacia del acto se estime como ineficacia inicial. En cambio, la razón de la ineficacia que afecta a los actos realizados por el marido sin consentimiento «uxoris» ni autorización judicial es solamente (ver más atrás) la de amparar a la mujer frente a los posibles perjuicios que le haya podido irrogar el acto. Por esto es más lógico construir esta ineficacia como ineficacia sobrevenida, dependiente de que la mujer estime efectivamente perjudicial el acto del marido y se decida a impugnarlo. La contrapartida del acto oneroso realizado por el falso «procurator» queda fuera del patrimonio del «dominus» (si éste la recibe y acepta habrá habido, normalmente al menos, ratificación), mientras que la satisfecha por la contraparte al marido (*que es el deudor, por regla general*) ha entrado en el patrimonio responsable. Lo que el marido haya podido hacer con esa contrapartida es otra cuestión. Afectará a la fraudulencia del acto (frente a la mujer, o frente a los propios acreedores).

Por consiguiente, entendemos que contra el embargo trabado por un acreedor de la sociedad conyugal el adquirente podrá ejercitar la tercería del dominio. Según admiten la doctrina y la Ju-

rente, no del disponente, que era el deudor contra quien se habían dirigido los acreedores. El artículo 184 del B. G. B. que la Dirección cita en apoyo de su tesis sólo deja a salvo claramente los derechos que terceras personas ostenten contra el que puede ratificar.

jurisprudencia, para el éxito de ésta no se precisa que el título del tercerista esté inscrito en el Registro, ni siquiera que conste en documento público (69).

3.º) Nos parece, finalmente, que los acreedores de la sociedad no podrán subrogarse en el ejercicio de la acción que corresponde a la mujer. En primer término la acción de impugnación no es un derecho o acción *que corresponda al deudor* (cfr. art. 1.111) pues deudor, generalmente, lo será el marido, aunque de sus obligaciones responda, con su propio patrimonio, el patrimonio común. La acción de impugnación corresponde a la mujer para defensa de sus intereses en la sociedad de gananciales, y en tal sentido la acción debe reputarse intransferible, inherente a su persona, por lo que tampoco, por este lado, parece que pueda admitirse la subrogación (70).

Pensamos, pues, que la posibilidad de impugnar el acto de disposición del marido corresponde exclusivamente a la mujer (o a sus herederos). Esto no quiere decir, sin embargo, que el acto, frente a ciertos terceros a quienes el mismo puede afectar en mayor o menor medida sea oponible *como si se tratara de un acto plenamente válido*.

Los terceros titulares de un derecho de adquisición preferente, ejercitable en función de un acto impugnabile, no tienen, otorgado éste, la carga de ejercitar el derecho si quieren sustraerse a las consecuencias desfavorables que puedan seguirse, para ellos, del no ejercicio de su derecho. Lo cual no significa, evidentemente, que puedan pedir la nulidad o ineficacia del acto. Con relación a nuestro tema tiene interés considerar el supuesto de venta de un piso o local arrendado (otorgada por el marido sin consentimiento de su mujer). A nuestro juicio, el inquilino puede rechazar una adquisición (la suya) que sería impugnabile, sin que por ello quede sujeto al riesgo de que le sea denegada la prórroga (único efecto desfavorable que se sigue para el inquilino, de la transmisión del piso arrendado). Pero una cosa es que la venta no le perjudique

(69) Así resulta del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y ha confirmado reiteradamente la Jurisprudencia. La sentencia de 2 de diciembre de 1952 admite que el título del tercerista conste en documento privado. El artículo 1.227 del Código civil no se opone a ello si el juez adquiere convicción de la autenticidad de la fecha y del contenido del documento.

(70) Si los argumentos esgrimidos no se estiman decisivos y pese a ellos se considera posible que los acreedores se subroguen en la acción que corresponde a la mujer, la posición de los acreedores será ésta: 1.º Deberán demostrar previamente que el deudor, es decir el marido, no es poseedor de otros bienes (sean privativos o gananciales) suficientes para realizar lo que se les debe. 2.º Quedarán expuestos a todas las excepciones que la contraparte hubiera podido oponer a la mujer. Por lo tanto, al *ius retentionis* si se estima que puede ser ejercitado frente a la mujer. 3.º Siempre que el patrimonio ganancial haya de responder de la devolución de lo percibido, y supuesto que no se admita el ejercicio del *ius retentionis*, la contraparte concurrirá como un acreedor más por su crédito a que le sea devuelto lo que satisfizo.

(en el sentido expuesto) y otra que pueda pedir la nulidad de aquélla (71).

En el caso de traspaso de local de negocio (especialmente interesante para nosotros) creemos que el dueño no está obligado a aceptar la previa oferta que debe formularle el que traspasa si dicha oferta ha sido hecha sin consentimiento de la mujer. Nadie puede ser colocado en la alternativa de celebrar un contrato impugnabile o de soportar una consecuencia legal adversa. Por tanto, si el arrendador rechaza la oferta (y a nuestro juicio puede hacerlo, cuando el consentimiento de la mujer sea necesario y se haya prescindido de él) no debe realizarse el traspaso. Si se lleva a efecto, el dueño podrá desconocer el traspaso o resolver el arriendo fundándose en que no se han cumplido los requisitos de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero si opta por percibir la participación que legalmente le corresponde en el precio no creemos que pueda hacer nada, sobre todo si supo que el traspaso se realizó sin intervención ni consentimiento de la esposa del transmitente. Menos aún podrá, en este caso, pretender la resolución del arriendo como si se tratara de un traspaso ilegal.

Puede ocurrir que el titular del derecho de adquisición decida ejercitarlo. En tal caso queda equiparado a la contraparte, en cuyo lugar se subroga, y sólo podrá pretender la resolución del contrato en los casos y circunstancias que antes vimos.

En resumen, una cosa es que sólo la mujer (o sus herederos) puedan pretender la reintegración al patrimonio común del bien enajenado ilegalmente por el marido (o la liberación del gravamen impuesto) y que, por consiguiente, nadie pueda estimar que dicho bien sigue perteneciendo a ese patrimonio en tanto la mujer no lo pida, y otra muy distinta que se imponga a un tercero la carga de realizar un acto impugnabile si quiere eludir una determinada situación o consecuencia. Para que el tercero pueda ser colocado en tal alternativa es necesario que el acto del cual deriva la misma sea un acto totalmente perfecto y plenamente eficaz. Las soluciones que hemos apuntado son referibles igualmente a cualquier supuesto en que el acto en cuestión no sea plenamente válido, cualquiera que sea la causa determinante de la invalidez y el grado de ésta (72). El silencio legal en este punto debe ser suplido por el intérprete entendiendo que la Ley toma siempre como punto de partida, en los casos expuestos o en otros similares, un negocio completamente válido y eficaz.

(71) La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, con buen criterio, ha limitado el alcance de la acción que concede al inquilino, en caso de venta de su vivienda o local a precio superior al legal, concediéndole el único efecto de enervar el derecho de denegación de próroga.

(72) Por ejemplo, si se trata de actos realizados por mujer casada sin autorización marital u otorgados por persona sin autorización marital, u otorgados por personas sin capacidad o legitimación suficiente.

Examinadas las situaciones de los diversos interesados en un acto de disposición realizado por el marido sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial, y apuntadas las soluciones que consideramos más justas, y más conformes con la «ratio iuris» del nuevo precepto, y la necesaria acomodación del mismo a los principios informadores de la sociedad de gananciales, ¿cuál es la consecuencia teórica que se saca de dichas soluciones? Es decir ¿qué calificación jurídica corresponde, desde un punto de vista técnico, a la ineficacia que afecta a aquellos actos?

A nuestro juicio, los resultados a que conduce la investigación que hemos realizado demuestran que nos encontramos *ante un tipo especial de anulabilidad*. La infracción del artículo 1.413, en su primer párrafo, otorga a la mujer un derecho potestativo de impugnación para destruir las consecuencias del acto en lo que se refiere al patrimonio ganancial. Se trata, pues, de anulabilidad por cuanto la ineficacia sólo se produce si la mujer lo solicita. Pero se trata de anulabilidad especial, no sólo porque los requisitos y presupuestos de la acción que corresponde a la mujer son distintos a los que fundamentan la acción de anulabilidad en las hipótesis clásicas de actos anulables, sino porque, además, es también distinto su alcance, ya que la ineficacia, una vez reclamada, no es tan absoluta como para destruir todos los efectos que haya surtido el acto. No es esta última característica un imposible jurídico ni un fenómeno que sólo se dé en este caso. Como dice BETTI (73), la nulidad y la anulabilidad pueden ser absolutas o relativas, lo que depende (especialmente por la que respecta a la anulabilidad) no tanto, o no sólo, de que sólo tengan derecho a invocarla determinadas personas, sino de que la ineficacia no se produzca íntegramente respecto de todos los interesados. En nuestro caso la declaración de nulidad no atenta a la subsistencia de las obligaciones y responsabilidades que el marido haya podido contraer a consecuencia del acto realizado, sin perjuicio de que, naturalmente, destruya, por completo y frente a todos (salvo que se trate de terceros protegidos por la fe pública registral), el efecto fundamental del acto, es decir, el dispositivo (74).

Las objeciones que pueden oponerse a nuestra conclusión de

(73) Ob. cit., págs. 358 y sigs.

(74) De nulidad (o más ampliamente de ineficacia) absoluta o relativa se puede hablar en un triple sentido: con relación a las personas que pueden reclamarla (cualquier interesado o sólo las personas especialmente legitimadas), con relación a su carácter subsanable o insubsanable y, finalmente, en atención a su mayor o menor alcance, según que se excluyan todos los efectos del acto o sólo aquellos que no debe producir frente a determinada persona. En la venta de cosa ajena, o en la realizada a nombre de otro sin poder suficiente, cuando el representante ha asumido expresamente las responsabilidades derivadas del acto o ha contratado sin dar conocimiento de su falta de poder (cfr. art. 1.725 del C. c.), el acto es ineficaz frente al *dominus*, pero no entre comprador y vendedor o entre vendedor y apoderado.

que los actos del marido realizados sin consentimiento «uxoris» o autorización judicial son anulables tienen un valor puramente conceptual y ni siquiera en este terreno son exactas. Se dirá que la anulabilidad sólo se da en los supuestos de falta de capacidad o de vicios del consentimiento, mientras que el consentimiento «uxoris» pertenece a la esfera de la legitimación y es una «condicio iuris» del acto (75)

La afirmación de que sólo hay anulabilidad en los casos de falta de capacidad o de vicios del consentimiento no pasa de ser una petición de principio. Desde un punto de vista lógico no hay razón alguna que obligue a vincular este tipo de ineficacia a dichas causas. La anulabilidad no se caracteriza por su origen, sino por la forma y el modo de producirse la ineficacia. No se excluye la eficacia inicial del acto, pero si éste es impugnado por la persona legitimada se destruyen retroactivamente sus efectos. Es el legislador (y en su caso el intérprete) quien tiene que discernir, ponderando la finalidad perseguida por la norma al exigir para la eficacia de un acto la concurrencia de determinados requisitos, si la ausencia de éstos ha de provocar su anulabilidad o un tipo más (o menos) fuerte de ineficacia. Por esto no es admisible vincular la anulabilidad a un número exclusivo y cerrado de causas. El derecho positivo nos enseña que hay casos de anulabilidad que no se fundan en la falta de capacidad ni en los vicios del consentimiento. En el nuevo Código civil italiano, nos indica BERRI (76), hay casos de simple anulabilidad derivados de falta de legitimación y no de incapacidades o de vicios del consentimiento. Así los regulados por los artículos 1.394 y 1.395 (que se refieren al autocontrato y a los actos realizados por el representante cuando sus intereses estén en conflicto con los del representado), y los previstos por los artículos 320, 374 y 375 que se ocupan de los contratos otorgados por el autor o por el titular de la patria potestad sin autorización judicial. Nuestro derecho también ofrece casos en que la anulabilidad no tiene su origen en la falta de capacidad o en los vicios del consentimiento (77). A nuestro juicio, la anulabilidad que afecta a los actos celebrados por mujer casada sin licencia del marido no tiene por fundamento una supuesta incapacidad de la mujer. Aparte de que la mujer casada no es propiamente incapaz (78), lo cierto es que la anulabilidad de los contratos que otorgue sin autorización marital no puede ser regulada de la misma forma que la anulabilidad originada por la verdadera

(75) Cfr. RODRÍGUEZ ABRADOS: Lgc. cit., págs. 210 y 211.

(76) Ob. cit., pág. 353.

(77) Así los acuerdos de juntas generales de sociedades anónimas que contradigan los estatutos o en los que se sacrifique el interés de la sociedad al de uno o varios accionistas (arts. 67 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas); la impugnación (particularmente en la Ley de 1946) de ventas de pisos o locales arrendados a precio superior al de capitalización, etc.

(78) Ver sobre esto lo dicho anteriormente.

incapacidad a los vicios del consentimiento. Mientras el artículo 1.302 establece que podrán ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, el artículo 65 dispone que son el marido o sus herederos los que pueden pedir la nulidad de los actos que la mujer casada lleve a cabo sin la autorización de su marido o la judicial subsidiaria. Es decir, la propia mujer casada no puede pedir la nulidad, como podría hacerlo si realmente fuera incapaz. Por no tratarse de un verdadero caso de incapacidad, dice CASTRO (79), no son aplicables a los contratos otorgados por mujer casada los artículos 1.304 y 1.314 del Código civil.

Sostener que el consentimiento de la mujer (o la autorización judicial) es una «condicio iuris» del acto de disposición otorgado por el marido, equivale a no decir nada o a prejuzgar el problema de la trascendencia que haya de tener la ausencia de aquellos requisitos. Empieza por ofrecer graves dificultades la determinación de lo que deba entenderse por «condicio iuris». La doctrina ha empleado esta expresión en un sentido tan amplio y ha querido designar con ella cosas tan variadas que no es de extrañar que voces autorizadas hayan manifestado que la ciencia jurídica debiera desterrar un término que no se corresponde con ningún concepto positivo (80). Para ver de salvar el instituto y al mismo tiempo para hacer del mismo una noción útil se ha procurado construir la «condicio iuris» de modo paralelo a la «condicio facti» (81). Se entiende así por «condicio iuris» aquel evento (establecido por la Ley y no por la voluntad de las partes), distinto del acto propiamente dicho, posterior a él (futuro), y de realización no segura (incierto) al que se subordina la eficacia del negocio (82). Admitidas estas delimitaciones no parece que el consentimiento uxoris sea una verdadera «condicio iuris» (83). Por otra parte no deja de ser discutible que el juego de la «condicio iuris», y su régimen jurídico, sean equiparables al de la «condicio facti». Se ha negado que sea característica de la «condicio iuris», al revés de lo que ocurre en la «condicio facti», la retroactividad (84). Finalmente,

(79) *Derecho civil de España*, II-1 pág. 264, nota 3.

(80) En este sentido POLACCO: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, pág. 235; SAGESSE: *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del diritto privato italiano*, pág. 336, etc.

(81) A esta orientación responde la construcción de FALZEA: *Ob. cit.*, págs. 94 y sigs. Más rotundamente aún CARLUCCI: *Sistema*, cit., tomo III, pág. 254.

(82) FALZEA (Obra y lugar citados) perfila aún más el concepto y lo separa de las que llama fuentes de imputación objetiva y subjetiva.

(83) Por eso dice FALZEA (Obra y lugar citados) que cuando «la causa de eficacia deba normalmente existir al celebrarse el acto, aunque su ausencia pueda ser ulterior y sucesivamente sanada, se está fuera del concepto técnico de «condicio iuris».

(84) Ver en este sentido las opiniones recogidas por FALZEA (*Ob. cit.*, pág. 122, y BERTI: *Ob. cit.*, pág. 390) quien niega la aplicación, por analogía, a la «condicio iuris» del régimen establecido para la «condicio facti».

y aunque la ley subordine la eficacia de un acto a determinados eventos hay que saber si los efectos del negocio quedan suspendidos hasta que el evento se produce o si la no realización del evento opera el nacimiento de un derecho de impugnación, con lo cual la «condicio iuris» se aproxima más a la condición resolutoria que a la suspensiva. CARNELUTTI (85) explica la anulabilidad, precisamente, imaginando que el acto anulable queda sujeto a una «condicio iuris» resolutoria o extintiva. En resumen, pues: No es claro que el consentimiento «uxoris» sea una «condicio iuris» propiamente dicha. Aun admitiendo que lo fuera ello no nos proporcionaría una base segura para puntualizar el valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de su mujer o autorización del Juez. Sólo incurriendo en una petición de principio cabe sostener que el consentimiento «uxoris» funciona como una «condicio iuris» suspensiva. El hecho de que el consentimiento de la mujer se exija como requisito del acto no es a nuestro juicio argumento válido, ya que también la necesidad de la licencia marital se formula en parecidos términos (86) y, sin embargo, su falta no priva al acto de efectos sino que solamente lo hace impugnable por el marido o sus herederos.

Los argumentos que pueden oponerse a la tesis que sustentamos tienen, incluso en el terreno puramente conceptual, muy poco valor. Pero si el problema lo planteamos desde el punto de vista teleológico y sistemático la anulabilidad parece el tipo de ineficacia preferible. Ya hemos indicado que el fin de la anulabilidad, incluso en los supuestos clásicos, no es en el fondo otro que el de permitir a determinado sujeto, a quien especialmente se quiere proteger, que pueda deshacer un acto que quizás le haya resultado perjudicial, dejándole en libertad de ponderar si lo ha sido o no. Prácticamente la discriminación entre anulabilidad y nulidad (distinción que no es tajante ni diáfana en nuestra derecho) se centra en tres aspectos: Personas a quien se concede acción para reclamar la nulidad, posibilidad de confirmación, y caducidad de la acción concedida para reclamar aquella. Como hemos visto la «ratio iuris» de la nueva norma y su adaptación al sistema general de la sociedad de gananciales postula: la limitación en cuanto a las personas que hayan de poder reclamar la ineficacia de los actos del marido, la posibilidad de confirmación, y, finalmente, la improcedencia de sancionar una acción puramente declarativa, sin plazo de caducidad.

No hay razón para equiparar cualquier limitación del poder dispositivo a la falta de poder. Cuando la limitación consista en la necesidad de someter ciertos actos al control de otra persona o de la autoridad judicial, para evitar que el titular del poder de

(85) Ob. cit., pág. 567.

(86) Incluso más rigurosos. El artículo 1.387 dice que la mujer no podrá anejenar, gravar ni hipotecar sin licencia de su marido.

disposición haga de él un uso indebido o perjudicial para los intereses que debe proteger, la anulabilidad es, posiblemente, la solución más racional. Por ella se inclina, según antes indicábamos, el nuevo Código civil italiano, con referencia a supuestos distintos pero en los que también el poder de disposición se ostenta por razón de oficio.

Así pues, la acción de impugnación que asiste a la mujer se perfila, en nuestra opinión, como acción de anulabilidad. Ello no significa, según ya hemos puesto de relieve, que nos encontremos ante un tipo de anulabilidad similar al que originan la falta de capacidad o los vicios del consentimiento. Los requisitos y presupuestos de cada acción, e incluso su alcance, tienen que depender de la causa que dé origen a la misma. A lo largo de la exposición que antecede han quedado determinadas cuáles son, a nuestro juicio, las especialidades y las características propias de la acción que corresponde a la mujer, que en parte, no totalmente, coincide con la que asiste al marido o a sus herederos para impugnar los actos celebrados por aquella sin la licencia o autorización que la ley le exige.

Supuesto que, para nosotros, los actos del marido otorgados contraviniendo lo dispuesto por el artículo 1.413 en su primer párrafo son anulables, y supuesto, así mismo, el paralelismo (no identidad) entre consentimiento uxoris y licencia marital ¿será lícito aplicar a los actos dispositivos del marido la doctrina sentada—en cuanto a su escrituración e inscripción—para los contratos celebrados por mujer casada sin licencia del marido? (87) A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa. El artículo 169 del Reglamento Notarial es un precepto de índole excepcional, y por tanto es cuando menos muy discutible que pueda ser aplicado analógicamente. El párrafo segundo del artículo 145 del propio Reglamento impone al Notario el deber de negar su ministerio en toda una serie de casos, y de modo general siempre que por los interesados se quiera prescindir de alguno de los requisitos necesarios *para la plena validez del acto o contrato*. Y aunque es cierto que el Reglamento Notarial no pudo tener en cuenta la situación creada ahora por la modificación del artículo 1.413, la última reforma del Reglamento hipotecario, posterior a la del

(87) A pesar de que el artículo 169 del Reglamento Notarial sólo permite otorgar estas escrituras subordinándolas a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento del marido, la práctica, siguiendo la doctrina de la Dirección General de los Registros (Resoluciones de 19 de julio de 1922 y de 15 de diciembre de 1933, principalmente) consideraba inscribibles estas escrituras siempre que se hiciera constar en la inscripción la falta de licencia.

Código civil, sólo alude en el artículo 94 a la inscripción de actos otorgados por mujer casada sin licencia de su marido (88).

Sin embargo quizá fuera más justificado admitir la formalización escrituraria y ulterior inscripción de actos dispositivos otorgados por maridos no autorizados que la de contratos celebrados por mujer casada sin licencia, aunque ni en un caso ni en otro la justificación esté muy clara. Refiriéndose a los actos de mujer casada otorgados sin licencia del marido dice CASTRO (89) (en función de la doctrina elaborada por la Dirección primero, por el Reglamento Notarial después y que ahora ha concluido de consagrar el Reglamento hipotecario) *que son actos presuntamente válidos*. Indudablemente, y a la luz de las soluciones mantenidas por el Centro Directivo y los Reglamentos citados, la calificación parece correcta. Pero lo que ni el admirado maestro, ni la doctrina de la Dirección, ni mucho menos, claro es, los Reglamentos, Notarial e Hipotecario, explican, es *cuáles son las razones sustantivas* en virtud de las cuales puede defenderse en *derecho civil español* semejante tesis. Decir que los actos de mujer casada otorgados sin licencia marital son presuntamente válidos porque surten sus efectos mientras no se impugnen y porque la acción para reclamar la nulidad sólo compete al marido y a sus herederos, no son motivos suficientes, y si lo fueran deberían extenderse, para dispensar igual calificación (con idénticas consecuencias por tanto) a los demás actos anulables, pues en todos ellos se dan esas características especiales (eficacia inicial y limitación en orden a los titulares de la acción de impugnación). ¿Se podrá decir que los actos de mujer casada otorgados sin licencia marital son presuntamente válidos porque en tanto que el marido no se oponga a ellos se presume concedida la licencia? Francamente y salvo en los casos de ejercicio del comercio por mujer casada con conocimiento pero sin oposición de su marido no se nos alcanza cuáles sean las normas que pueden invocarse para fundar semejante presunción. Si hay razones de orden práctico que la justifican, creemos que dichas razones son igualmente referibles a los actos de disposición del marido sobre bienes gananciales, y en ellos dicha presunción tendrá el mismo si no mayor fundamento.

No creemos que, al menos por ahora, puedan autorizarse ni inscribirse escrituras relativas a actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles si el marido no ha obtenido el consentimiento de su mujer ni la autorización judicial subsidiaria. Sin embargo esto no quiere decir que para proceder a la autorización de dichas escrituras sea requisito indispensable que se acredite al Notario, fehacientemente, la prestación del consentimiento. Nos parece posible otorgar la escritura en base a la afirmación del

(88) No hubiera sido prudente que el Reglamento Hipotecario hubiera prejuzgado tan pronto el valor jurídico de los actos del marido otorgados sin consentimiento de su mujer.

(89) Ob. cit., pág. 264.

marido (hecha bajo su responsabilidad y con sujeción a todas las consecuencias que se derivarían de la inexactitud de su aseveración) de que se halla autorizado por la mujer. Aunque no se trate de un caso de representación creemos que puede aplicarse por analogía el párrafo segundo del artículo 164 del Reglamento Notarial. La escritura hecha en estas condiciones no será inscribible hasta que se justifique en forma fehaciente la prestación del consentimiento (90).

II

Requisitos y caracteres del consentimiento «uxoris».

A) *Requisitos.*

Estudiaremos los referentes a la *capacidad* para prestarlo, al *objeto* sobre el que ha de recaer, y finalmente, a la *forma* en que puede ser otorgado.

a) *Capacidad.*

Los problemas que se plantean en este orden de cosas tienen como punto de partida que la mujer sea incapaz o tenga su capacidad limitada (no como mujer casada, sino como mujer simplemente, es decir, por razones ajenas a su estado matrimonial).

1.º *Mujer menor de edad.*

¿Puede prestar por sí el consentimiento requerido por el artículo 1.413, o necesita la conformidad de su padre, madre o tutor? La cuestión tiene evidentes concomitancias con la que se formula la doctrina al preguntarse si el menor de edad puede autorizar a su mujer para la enajenación de bienes dotales inestimados o parafernales. El sentir de la mayoría se inclina por la necesidad de que el marido menor, obtenga el consentimiento de su padre, madre o tutor (91).

Creemos que lo mismo hay que sostener en nuestro caso. Es cierto que la mujer no otorga el acto de disposición conjuntamente con el marido, ni es tampoco titular del poder dispositivo sobre los bienes gananciales (ver lo dicho en la primera parte del trabajo), pero no lo es menos que, al dar su conformidad, consiente y hace firme la enajenación o el gravamen de un bien que forma parte del

(90) Presentada la escritura en el Registro no podrán practicarse anotaciones preventivas de embargos derivadas de mandamientos presentados con posterioridad a la fecha del asiento de presentación de la escritura si, dentro del plazo de vigencia del asiento, se acredita fehacientemente la prestación del consentimiento. El acto, aún a falta del consentimiento de la mujer, es impugnabile, pero no ineficaz «ab initio». El consentimiento «uxoris» será confirmación, no ratificación propiamente dicha. Por eso no es de aplicación la Resolución de 3 de marzo de 1953.

(91) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral, Notarías*, tomo II, vol. 1.º, 1939, pág. 322, y autores por él citados.

patrimonio común y que, por tanto, le pertenece en la medida en que participa como comunera de dicho patrimonio. La disposición de un bien ganancial es también disposición para la mujer, aunque no sea ella quien disponga. La mujer no es titular del poder de disposición, pero tiene la potestad de eliminar las consecuencias de ciertos actos dispositivos si no se ha contado con su consentimiento o si el marido no ha obtenido la autorización judicial. Al consentir el acto dispositivo del marido renuncia a su derecho de veto. Su consentimiento tiene, para la mujer, igual trascendencia que una disposición, aunque, respecto del acto, tal consentimiento no tenga el mismo valor que el del titular del poder dispositivo. Como dice ENNECERUS (92)—aunque el asentimiento a un negocio de disposición no se confunde con éste—equivale a una disposición para el que asiente.

... Así las cosas hay que distinguir según que la mujer sea mayor o menor de dieciocho años. Si es menor de dicha edad la autorización del padre, madre o tutor será necesaria para todo acto de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. Cuando la mujer menor tenga más de dieciocho años dicha autorización no será necesaria para disponer de establecimientos mercantiles ya que a ellos no se refieren los artículos 59 y 317 del Código civil.

Siendo la mujer mayor de dieciocho años no se exigirá el consentimiento para hipotecar establecimientos mercantiles en garantía de préstamos concertados por el marido, ya que éste es quien se obliga y quien obliga a la sociedad de gananciales, lo que puede hacer sin consentimiento de la mujer que sólo se precisa para la constitución de la garantía. No juega pues la limitación que pesa sobre el menor emancipado respecto a su capacidad para tomar dinero a préstamo. El patrimonio de la mujer no queda afectado por el préstamo aunque consiente la hipoteca, y el patrimonio ganancial queda en todo caso vinculado por el acto del marido, sólo la afectación especial que representa la hipoteca no es posible sin el consentimiento de la mujer.

Si el padre, madre o tutor de la mujer no dan su consentimiento el marido podrá solicitar autorización judicial, toda vez que el consentimiento dado por su mujer sin la conformidad de aquellos no sería un consentimiento válido. Siempre que el consentimiento «uxoris» falte (cualquiera que sea la causa) el marido puede acudir al Juez.

2.º *Mujer incapacitada o ausente.*

La solución nos la da el propio artículo 1.413. Exige la autorización judicial en *defecto* del consentimiento de la mujer. La expresión subrayada cubre tanto los casos en que la mujer no quiera prestar su consentimiento como aquellos en que no pueda.

(92) Ob. cit., págs. 386 y 387 del tomo I-2.

La nueva Ley parece inclinarse por la solución de que el consentimiento «uxoris» sólo puede ser prestado por la propia mujer. La autorización judicial sustituye o suple ese consentimiento; no es un consentimiento prestado en nombre de la mujer. Únicamente la mujer está legitimada para consentir el acto de disposición del marido. Si tal consentimiento falta, es necesario acreditar que el acto no es perjudicial, y nadie más que el Juez, a solicitud fundada del marido, puede estimarlo así.

No es posible, por tanto, que el marido eluda la autorización judicial fundándose en que el acto le ha sido permitido por el Consejo de familia, o por el tutor de la mujer si no es a él a quien corresponde la tutela (93). El legislador no ha querido que la enajenación o gravamen de bienes gananciales se equipare, por lo que respecta a la participación que en ellos corresponda a la mujer incapaz, a la disposición de los bienes privativos de la misma. La aplicación de las normas que regulan la enajenación de inmuebles o de bienes cuyo valor exceda de 4.000 pesetas pertenecientes a tutelados exige el requisito de la pública subasta y acaso por estimar improcedente y perturbadora esta garantía, tratándose de bienes gananciales, se ha preferido sustituir la intervención del organismo tutelar por la autorización judicial. Esta sustitución constituye una prueba más de que la potestad de disposición no está atribuida conjuntamente a los dos esposos, sino solamente al cónyuge que ostenta la administración, que, normalmente, es el marido. El artículo 1.413 brinda una solución semejante a la sancionada por el artículo 1.444 para el caso de que sea la mujer quien ejerza la administración de la sociedad conyugal, por habersele transferido dicha administración en cualquiera de los supuestos previstos por el artículo 1.441. Pero se observa la anomalía (si el artículo 1.444 se interpreta de acuerdo con la doctrina hoy dominante en el sentido de que la expresión «aquéllos (bienes) cuya administración se le haya transferido» se refiere sólo a inmuebles) de que la mujer no precisara licencia judicial para enajenar o gravar establecimientos mercantiles y sí, en cambio, el marido (94).

Por aplicación analógica de lo que dispone el artículo 1.441, en relación con el 1.444, entendemos que podrá acudirse a la autorización judicial subsidiaria cuando la mujer, sin estar incapacitada, esté de hecho impedida para dar el consentimiento (por ejemplo en

(93) En caso de ausencia la necesidad de la autorización judicial coincide con la regla general del artículo 186 para la enajenación de bienes de los declarados ausentes.

(94) Si el marido prescinde de la autorización judicial no creemos que el acto pueda ser confirmado o convalidado por el tutor o por el protutor (si el marido fuera el tutor) de la mujer. El artículo 275 prohíbe a los tutores (y consiguientemente los protutores cuando por incompatibilidad de interés sustituyan al tutor) renunciar derechos pertenecientes al pupilo. Como no son ellos quienes tienen que autorizar la enajenación es lógico que no puedan después confirmarla. Lo que sí pueden hacer, por supuesto, es ejercitar la acción de impugnación.

casos de enfermedad que no sea causa determinante de incapacitación, de ausencia con paradero conocido si no existe posibilidad de obtener comunicación en tiempo oportuno, etc.).

b) *Objeto.*

El consentimiento de la mujer debe referirse a la actividad dispositiva del marido sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles que tengan naturaleza ganancial.

La determinación exacta de cuáles son los actos que entran en la expresión legal, o sea, el examen detallado de los actos para los que el marido precisa la autorización de su mujer, será objeto de estudio aparte.

Por el momento interesa sólo hacer constar que el asentimiento de la mujer puede referirse tanto a un acto concreto como a varios, o concederse de una manera general para todos los actos de disposición que el marido se proponga realizar respecto de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles.

No vemos razón ninguna que abone la tesis de que el consentimiento «uxoris» haya de prestarse con carácter especial para cada acto de disposición. Cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya al nuevo instituto, la viabilidad del consentimiento general parece indiscutible. Aun suponiendo que la nueva ley haya querido atribuir conjuntamente la potestad de disposición a ambos cónyuges—lo que no es así, a nuestro juicio—nada se opondría a que la mujer concediera un poder general a favor de su marido como puede hacerlo respecto de sus bienes privativos. El asentimiento también puede concederse de un modo general. Así se ha admitido con total unanimidad para la licencia marital. Finalmente la «ratio iuris» del nuevo precepto en nada se opone a la concesión de un consentimiento general. Se trata de poner en manos de la mujer un medio de protección de sus intereses en la sociedad de gananciales. Es, pues, a ella a la que corresponde calibrar el uso que ha de hacer de esa protección, en función de la confianza que le inspire su esposo, de la misma manera que es el marido quien gradúa el alcance de la licencia que quiera conceder a su mujer.

c) *Forma y modalidades.*

El consentimiento «uxoris» puede prestarse antes de celebrarse el negocio de disposición de que se trate, simultáneamente al otorgamiento de dicho negocio, o con posterioridad a él. Las razones que justifican la concesión de un consentimiento general amparan igualmente la posibilidad—indiscutible a nuestro juicio—de que el consentimiento «uxoris» se conceda previamente. Así lo ha sancionado ya la práctica superando alguna opinión aislada en contrario que de prosperar hubiera convertido la nueva exigencia legal en un requisito tremendamente perturbador. En cuanto al otorgamiento del consentimiento «uxoris» a «posteriori» nos re-

mitamos a lo que sobre la cuestión dijimos al ocuparnos del valor jurídico de los actos dispositivos del marido realizados sin la concurrencia de aquel consentimiento. Ningún inconveniente se opone, a nuestro juicio, a que la mujer consienta un acto de disposición ya realizado por el marido. Negar esta posibilidad—según pusimos anteriormente de relieve—podría ser hasta perjudicial para la mujer.

De acuerdo con nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris» la prestación anterior o simultánea de dicho consentimiento constituye una *autorización* otorgada por la mujer al marido. El consentimiento posterior al acto constituye una *aprobación confirmación*. Para quienes sostengan que el nuevo artículo 1.413 implica la atribución conjunta de la potestad de disposición sobre ciertos bienes gananciales al marido y a la mujer la prestación previa del consentimiento «uxoris» será *un poder*, otorgado por la mujer a favor del marido, y el consentimiento otorgado a «posteriori» constituirá una *ratificación*. Pero ambas fórmulas, especialmente la primera, son inadecuadas. El acto dispositivo no lo realiza el marido en su nombre y *en el de su mujer*. Si así fuera, las consecuencias del acto del marido tendrían que repercutir también sobre el patrimonio de la mujer, y según sabemos no sucede así, ya que la reforma no ha alterado el sistema legal en orden a la responsabilidad de los bienes de la mujer.

La diferencia fundamental entre el consentimiento prestado a priori (autorización) y el prestado a posteriori (aprobación o confirmación) estriba en que mientras el primero es normalmente revocable, el segundo (al igual que el conferido simultáneamente al otorgamiento del negocio dispositivo) es siempre firme y definitivo. La razón de esta diferencia es clara. En el primer caso (autorización) la disposición aún no ha sido otorgada, y, por tanto, es admisible que quien ha de consentirla desista de su propósito inicial de autorizarla. En el segundo caso, por el contrario, la disposición ya se ha llevado a cabo. La mujer puede impugnar el acto, pero si renuncia a ello (y a esto equivale su aprobación) ya no puede pretender que el negocio de disposición, de suyo irrevocable, quede sin efecto. La aprobación (cfr. artículo 1.313 del Código civil) opera retroactivamente.

En cuanto a la forma propiamente dicha, es decir, en orden a la manifestación externa de la voluntad de consentir, no se requieren los mismos requisitos formales exigidos para el negocio a que se refiera el consentimiento, precisamente porque, como dice VOX TUHR (95), el asentimiento es un ente distinto del negocio al que se asiente.

El consentimiento «uxoris», como toda declaración de voluntad

que no tiene prescrita una forma determinada, puede ser expreso o tácito.

Cabe también un consentimiento tácito anterior, simultáneo, o posterior al negocio. De la intervención de la mujer en la gestación del acto puede deducirse su consentimiento, según ha admitido la sentencia de 6 de mayo de 1944, para la licencia marital, doctrina ésta que puede referirse sin esfuerzo alguno al consentimiento «uxoris».

La aprobación tácita posterior, por vía de confirmación, está admitida de modo general por el artículo 1.311 del Código civil. Según este precepto hay confirmación tácita siempre que el titular de la acción de nulidad realice actos que impliquen necesariamente la voluntad de renunciarla. El artículo exige, además que se tenga conocimiento de la causa que da lugar a la nulidad y que tal causa haya cesado. El primero de estos dos requisitos es desde luego necesario. El segundo, en cambio, dada la especial naturaleza del supuesto, se cumple con la confirmación misma. La *ratio iuris* de la exigencia legal (cesación previa de la causa de nulidad para la eficacia de la confirmación) está clara cuando el titular de la acción de impugnación es un contratante incapaz o que contrató en base a un vicio del consentimiento, pero no si la anulabilidad se debe a una causa diferente y la acción corresponde a una persona que no intervino en el contrato, como sucede en la anulabilidad que afecta a los actos celebrados por mujer casada sin licencia de su marido o a los que éste haya realizado sin consentimiento «uxoris». La causa de nulidad, en ambos casos, cesa tan pronto como se concede la licencia o el consentimiento.

No es factible, por supuesto, enumerar todas las hipótesis posibles de confirmación tácita. La habrá, a nuestro juicio, si la mujer, en la liquidación de la sociedad de gananciales, consiente que se le adjudique (conociendo su procedencia) el bien o bienes adquiridos a consecuencia del acto del marido, o si ejercita (en unión de los herederos de aquel) alguna acción o derecho derivado del contrato (por ejemplo cobra parte del precio que quedó aplazado). También creemos que habrá aprobación tácita cuando la mujer preste su aquiescencia a la inversión que dé el marido a lo obtenido con la enajenación o el gravamen, siempre que sepa que lo que se invierte es la contrapartida del acto de disposición realizado sin su consentimiento.

Entendemos, asimismo, que la mujer no podrá impugnar el acto del marido realizado sin su consentimiento, cuando se esté en alguno de los casos previstos por el artículo 1.893 del Código civil. Ciertamente que este precepto contempla el supuesto de actos realizados sin poder por un gesto oficioso, es decir, se refiere a actos ratificables y no a actos confirmables, pero, con todo, la aplicación analógica sí nos parece posible aquí. Una cosa es que el acto realizado sin poder sea frente al «dominus» nulo (o inicialmente ineficaz) y no simplemente anulable, y otra muy distinta que

las soluciones hayan de ser distintas para el problema que estamos ahora examinando. Si el «dominus» a pesar de que el acto es, respecto a él, ineficaz «ab initio» queda vinculado por el «utiliter», con mucha mayor razón ha de quedar vinculada la mujer en idénticas circunstancias, ya que el acto realizado sin su anuencia no es, según antes vimos, nulo, sino simplemente anulable. No se olvide volvemos a repetir, que no estamos ante un caso de anulabilidad por falta de capacidad sino de anulabilidad originada por la conculcación de un límite impuesto a los poderes dispositivos del marido.

Según el artículo 1.893 del Código civil el «dominus» queda vinculado en dos supuestos: cuando se haya aprovechado de las ventajas de la gestión o cuando ésta haya tenido por fin evitar un perjuicio inminente y manifiesto. Ninguna dificultad especial presenta esta segunda hipótesis que recoge la tradicional doctrina del «utiliter coeptum». Si el acto del marido ha tenido por fin evitar un perjuicio inminente y manifiesto para la sociedad (se vende, por ejemplo, una finca en estado ruinoso a favor de quien tiene medios económicos para abordar la reconstrucción, o se enajena un inmueble para subvenir a una necesidad perentoria que no puede ser atendida de otra forma) es lógico y natural que la mujer tenga que respetarlo aunque no lo haya consentido. Como dijimos en la primera parte de nuestro trabajo en casos de urgencia es posible que la autorización judicial se confiera a posteriori incluso después de haberse consumado el acto. Si se trata de evitar un perjuicio inminente y manifiesto la autorización representará más que una convalidación (de suyo innecesaria) la constatación de que se había producido la situación de extrema necesidad. Con la autorización el acto queda revestido de legalidad externa.

En cuanto al aprovechamiento de las ventajas que se hayan derivado de la gestión (hipótesis del párrafo primero del artículo 1.893) no es claro si nos encontramos ante un caso de ratificación tácita o ante una nueva modalidad del *utiliter*. NÚÑEZ LAGOS (96) cree que hay aprovechamiento de las ventajas, en el sentido del artículo 1.893, cuando el «dominus» se apropia de hecho los resultados de la gestión. Al margen de cual haya sido su voluntad, el «dominus»—siempre según NÚÑEZ LAGOS—queda vinculado por esta circunstancia, que constituye, a su juicio, una variante original del «utiliter coeptum». A nuestro modo de ver quizá NÚÑEZ LAGOS haya ido en este punto demasiado lejos. Es cierto que el Código atribuye un determinado efecto al comportamiento del «dominus» (aprovechamiento de las ventajas). Pero esto no quiere decir que no se trate de ratificación tácita. La apropiación de los

(96) Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista. Publicaciones del Colegio Notarial de Barcelona, 1942, pág. 176. Menos rotundamente en «la ratificación» cit., pág. 64.

resultados es una conducta inequívoca que la ley considera como manifestación de voluntad, y, frente a terceros, al menos, la declaración contraria del «dominus» sería una contra-declaración sin valor. Pero como tal manifestación de voluntad requiere, para ser válida, libertad plena y pleno conocimiento de causa. Sólo el aprovechamiento de las ventajas realizado *libre y conscientemente* vincula al «dominus». Puede, pues, estimarse que cuando la mujer, obrando con libertad (es decir, sin sufrir presiones directas o indirectas de su marido) y con conocimiento de la procedencia del dinero o de los bienes adquiridos, admita que aquél se destine a su propio beneficio o actúe como condueña de dichos bienes, ha confirmado tácitamente el acto de su esposo. Pero no basta que la mujer aproveche más o menos directamente de los resultados del acto. Este aprovechamiento se dará, en cierto modo, siempre que el marido destine la contrapartida a satisfacer una carga legal de la sociedad. Sin embargo, de este hecho no cabe inducir que la mujer quede, sin más, privada de su derecho a impugnar el acto (97). Si la necesidad que el marido ha remediado con la enajenación era urgente y no había razonablemente otro medio de satisfacerla que la realización del acto no consentido estaremos en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.893 y la mujer, sin duda alguna, tendrá que acatar lo hecho por su marido. En otro caso será necesario que la conducta de la mujer implique coparticipación (coparticipación libre y consciente volvemos a repetir) en el destino que el marido haya dado al producto del acto dispositivo.

Desde el punto de vista *notarial y registral* el consentimiento «uxoris» habrá de acreditarse con la intervención directa de la mujer en la escritura o por medio de otro instrumento público destinado específicamente a formalizarlo. Este instrumento podrá autenticar un consentimiento especial o general, así como referirse a actos ya realizados o a actos que tengan que otorgarse en el futuro. Es ineludible la aplicación analógica del artículo 166 del Reglamento Notarial, aunque no se trate aquí de representación en sentido estricto. Cabe, según vimos, en función de dicho precepto, otorgar la escritura sin prueba fehaciente del consentimiento de la mujer aunque supeditando los efectos de aquélla a que se acredite en forma auténtica la prestación del consentimiento.

Con el fin de que la redacción de los instrumentos públicos recoja exactamente el verdadero significado de la intervención de la mujer en el negocio dispositivo conviene llamar la atención sobre la conveniencia de utilizar fórmulas adecuadas. Cuando la mujer concorra a otorgamiento debe resaltarse que es el marido, y no ella, quien otorga la disposición, limitándose la esposa a consentir el acto o contrato. Es equivocado, a nuestro juicio, llamar

(97) Lo contrario parece opinar ROCA JUAN, del que discrepamos en este punto. (Cfr. ob. cit., pág. 512.)

poder al documento en que la mujer conceda «a priori» su consentimiento. Es, asimismo, erróneo, cuando el marido quiera apoderar a terceros para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles, construir el documento como poder otorgado por ambos cónyuges. Lo correcto, es nuestro sentir, es que el marido confiera el poder y que la mujer dé su consentimiento a los actos que en su día, y en virtud de dicho poder, realice el apoderado. Esto es más ortodoxo todavía que el otorgamiento del poder por el marido con el consentimiento de su mujer, aunque esta fórmula no sea totalmente rechazable. Ambas fórmulas (especialmente la primera) implican una autorización tácita concedida al marido para que directamente realice el acto o actos de disposición previstos en el poder. La conclusión es más forzada si lo que han hecho los esposos—en base a una incorrecta interpretación del artículo 1.413—ha sido otorgar el apoderamiento conjuntamente.

B) Caracteres del consentimiento «uxoris».

Examinaremos, dentro de este epígrafe, tres cuestiones: si el consentimiento «uxoris» es *delegable*, si puede *condicionarse*, y, finalmente, si es *revocable*, y en qué medida.

a) Carácter personalísimo del consentimiento «uxoris».

A nuestro modo de ver la mujer no puede delegar en otra persona la facultad de consentir u oponerse a los actos de disposición realizados por el marido. La ingerencia de un tercero en las potestades dispositivas del marido representaría un menoscabo de dichas potestades que la ley no permite. El consentimiento uxoris es una restricción de carácter excepcional impuesta a las facultades que corresponden al marido como jefe de la sociedad conyugal (sólo afecta a ciertos bienes y a ciertos actos) y, por tanto, no caben modalidades que representen una ampliación de aquella restricción. La doctrina ha entendido que la licencia marital no admite delegaciones y las razones que justifican esta opinión (intimidación de las relaciones conyugales, carácter excepcional de la licencia, función de la misma, etc.) pueden invocarse igualmente para el consentimiento «uxoris».

b) Posibilidad de condicionarlo.

¿Puede la mujer condicionar su consentimiento? Si lo hace ¿qué valor tiene ese consentimiento?

Enfocado el problema con un criterio abstracto y puramente teórico habría que resolverlo en sentido afirmativo. La doctrina admite (98) que aunque el asentimiento se preste bajo la forma de aprobación a un negocio ya celebrado cabe someterlo a condición suspen-

(98) Cfr. Von THUR: Ob. cit., pág. 269.

siva, aunque puntualiza que si la condición consiste en introducir una modificación en alguno de los elementos del negocio ya celebrado es necesario que los sujetos que lo otorgaron se avengan a la modificación exigida.

A nuestro modo de ver la solución de la cuestión planteada tiene que atender a la «ratio iuris» y a la verdadera función del consentimiento «uxoris».

A primera vista y ya que el consentimiento «uxoris» se establece para la mejor defensa de los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales, parece lógico conferirle la facultad de discernir en qué casos y circunstancias la disposición pretendida por el marido puede o no perjudicarla, y, por tanto, no repugna que la mujer subordine su consentimiento a que se den ciertos hechos, o que exija que el negocio se celebre bajo determinadas condiciones.

Estas consideraciones, sin embargo, sólo se refieren al aspecto superficial del problema. Para plantearlo correctamente son precisas algunas aclaraciones. Supuesto que la mujer haya emitido un consentimiento condicionado para un acto aún no realizado, tres son las soluciones posibles: Primera: estimar que tal consentimiento es vinculante para el marido en el sentido de que éste o desiste del negocio proyectado o lo lleva a efecto de acuerdo con las condiciones impuestas por la mujer. Segunda: entender que el consentimiento condicionado vale como tal consentimiento pero prescindiendo de las condiciones establecidas por la mujer. Tercera: Considerar que el consentimiento condicionado no es vinculante para el marido, quien podrá, en consecuencia, admitir las condiciones impuestas por la mujer o acudir al Juez en demanda de la pertinente autorización.

De estas tres soluciones nosotros preferimos la tercera. La primera no nos parece admisible a la vista de la naturaleza y de la función que para nosotros tiene el consentimiento «uxoris». Según hemos dicho la mujer no ostenta un poder de disposición conjunto con el marido. Si no está conforme con las condiciones en que el marido se propone realizar un acto de disposición es muy dueña de negar su consentimiento, pero lo que no puede hacer es imponer al marido la alternativa de abstenerse de realizar un contrato o de celebrarlo en determinadas condiciones. Aceptar esta posibilidad equivaldría a reconocer de hecho a la mujer un poder de disposición conjunto con su marido, y, a esto, según creemos haber demostrado, no ha llegado el legislador.

La segunda solución también nos parece inadmisibile. En materia de negocios «inter vivos» (el principio se extrae del artículo 1.116 del Código civil) la declaración de voluntad condicionada es un todo indivisible. Se acepta o se rechaza en bloque, pero no puede dársele eficacia haciendo caso omiso de la condición.

La tercera solución, por último, es la que a nuestro juicio hay que mantener. La mujer no puede exigir a su marido que si quie-

re celebrar un negocio lo realice bajo ciertas condiciones. El marido tampoco puede obligar a la mujer a que pase por un acto, que tal como él lo ha planeado, no convence a su esposa. Lo que sí puede hacer el marido es estimar el consentimiento condicionado como una *negativa de consentimiento* y proceder en consecuencia, es decir, acudir al Juez para que éste, si lo cree procedente, autorice el acto proyectado prescindiendo de las exigencias impuestas por la mujer.

Si el acto de disposición ya se ha celebrado, las condiciones a que la mujer subordine su consentimiento han de ser aceptadas no sólo por el marido sino también por la otra parte contratante. Claro es que rechazadas dichas condiciones queda expedito a la mujer el camino para impugnar el acto.

c. *Revocabilidad del consentimiento «uxoris».*

Como hemos indicado antes el consentimiento conferido por vía de aprobación o confirmación y el dispensado simultáneamente al otorgamiento del acto de disposición son irrevocables. El problema lo suscita el consentimiento otorgado anticipadamente. ¿Puede revocarse antes de la celebración del acto autorizado?

La doctrina al estudiar la naturaleza del asentimiento lo considera revocable. A idéntica conclusión llega respecto de la licencia marital.

Creemos que lo mismo hay que sostener para el consentimiento «uxoris». El consentimiento concedido de manera general descansa en la confianza que el marido inspira a la mujer. Es natural que perdida esta confianza (no hay base alguna para exigir la concurrencia, alegación y prueba de circunstancias objetivas que justifiquen el cambio de criterio de la mujer) puede retirarse una autorización que descansaba en ella. También el consentimiento constreñido a actos concretos debe estimarse revocable. La mujer después de dar su conformidad puede conocer circunstancias (o estas sobrevenir posteriormente) que le hagan cambiar de parecer.

Los intereses de la mujer, cuya tutela es el fundamento del nuevo instituto, exigen, pues, que el consentimiento «uxoris» sea revocable. Pero no cabe desconocer que esta revocabilidad «ad natum» es peligrosa y perjudicial para terceros, por lo cual hay que preguntarse si dicha revocabilidad puede admitir excepciones.

La Jurisprudencia ha tratado el problema en la licencia marital. Ha afirmado que la renuncia general hecha por el marido a la representación de su mujer, que el artículo 60 del Código civil le concede, no es eficaz y que el instrumento de que se vale la ley para completar la capacidad de aquélla es la licencia marital, esencialmente revocable (99). Aun admitiendo que esta doctrina pudiera ser aplicable «mutatis mutandi» al consentimiento «uxoris», no

(99) Cfr. sentencias de 22 de diciembre de 1915 y de 2 de enero de 1916.

puede perderse de vista, de un lado, la antigüedad de las sentencias citadas, que quizá respondan a ideas un tanto superadas hoy, y de otro, que el Tribunal Supremo ha enfocado el problema de la representación procesal de la mujer por el marido, y ha operado sobre supuestos en que la renuncia se formula de manera general. La afirmación de que la licencia marital es revocable esencialmente, tiene un valor más bien incidental. Por todo ello no creemos que esta Jurisprudencia tuviera valor decisivo a la hora de decidir si podría ser válido el compromiso asumido por el marido de no retirar su licencia concedida para un acto concreto. Entre esta posibilidad y la de reconocer validez a un pacto por el cual se renuncie de modo general y definitivo a la licencia marital media un abismo.

A nuestro entender el interés de un tercero puede ser causa legítima que justifique la prestación con carácter irrevocable del consentimiento «uxoris», siempre que éste se refiera a uno o varios actos concretos.

Este interés no es simplemente el que pueda tener una persona que haya entablado negociaciones con el marido en saber a qué atenerse sobre la actitud de la mujer. Frente a los riesgos de una revocación que le sea desconocida puede precaverse, como después indicaremos, exigiendo que el consentimiento de la mujer conste en escritura pública.

El interés a que nos referimos es el que tenga su fundamento en una relación jurídica ya creada, con consentimiento de la mujer, y de la que los actos dispositivos posteriores sean *ejecución o consecuencia*.

Cuando el marido, con la conformidad de su mujer, se ha obligado a realizar uno o varios actos dispositivos, en el consentimiento inicial de aquélla, va implícito el consentimiento para los actos posteriores. Este consentimiento debe estimarse irrevocable por varias razones: la revocación no conduciría a ningún fin práctico ya que la obligación, válidamente contraída por hipótesis, sería exigible desde luego, y, por tanto, de precisarse nuevo consentimiento de la mujer ésta tendría que prestarlo, «velis nolis» o ser suplido por la declaración del órgano jurisdiccional; la revocación sería contraria al principio enunciado en el artículo 1.256 del Código civil (aunque la mujer no sea parte en el negocio interviene en él precisamente para darle firmeza), y contrariaría el postulado, tan reiteradamente sancionado por la Jurisprudencia, de que no es posible retractarse de los propios actos; finalmente, y como observa VON TUHR, el asentimiento (dentro del cual hay que encajar al consentimiento «uxoris») es irrevocable, cuando tenga su fundamento en una relación que imponga la irrevocabilidad (100).

A nuestro modo de ver la revocabilidad del consentimiento «uxoris» debe quedar excluida no sólo cuando la obligación de

(100) Ob. cit., pág. 261.

realizar el acto dispositivo se haya asumido en favor del futuro adquirente (por ejemplo, en los casos de promesa de venta, opción, concesión de un derecho de tanteo, etc., casos de los que nos ocuparemos después) sino también cuando la disposición deba realizarse en favor de un tercero que no sea parte en la relación jurídica inicial. De especial interés son, en este sentido, los casos en que dos o más personas crean entre sí una relación jurídica de comunidad o sociedad irregular (si la sociedad fuera regular la autonomía del patrimonio social excluiría la cuestión), cuyo desenvolvimiento futuro exige el otorgamiento de una serie de actos de disposición.

Pensemos, por ejemplo, en el caso, muy frecuente hoy, de comunidad o sociedad irregular entre constructores que adquieren pro-indiviso un solar para edificar sobre él una casa y dividirla por pisos, con fines especulativos o con el de adquirir la propia vivienda. La ejecución, en su totalidad, de la operación planeada, lleva consigo la realización ulterior de actos dispositivos (hipotecas, divisiones, ventas, etc.).

El consentimiento «uxoris» no es necesario para la simple compra del solar, pero sí para el otorgamiento de todos o gran parte de los futuros actos de enajenación o gravamen. El trastorno grave que puede producir en el desarrollo de la operación el que la mujer de uno de los partícipes se niegue a consentir alguno de estos negocios posteriores afecta no sólo al marido, sino a los demás interesados en la relación, que, nada tienen que ver con desavenencias conyugales ajenas. La creación de una sociedad regular, con personalidad jurídica, obvia este inconveniente. Pero no siempre será la sociedad el instrumento jurídico más adecuado para la consecución de los fines propuestos (especialmente si de lo que se trata es de autofinanciar la construcción de la vivienda propia), y, además, puede haber razones que no hagan aconsejable acudir a esta fórmula. A nuestro juicio, y en base a las razones antes expuestas, si la mujer ha prestado su consentimiento a la relación jurídica creada entre los constructores y a los eventuales actos dispositivos que presuponga el desenvolvimiento de aquella relación, tal consentimiento queda afectado por la irrevocabilidad de la relación fundamental consentida y la mujer no podrá oponerse a que los comuneros lleven a efecto los actos dispositivos proyectados.

Naturalmente la solución que apuntamos y que puede contribuir a eliminar algunos de los inconvenientes prácticos de la reforma, sin merma de los fines esenciales perseguidos por ella, sólo es posible admitiendo que el consentimiento de la mujer no *integra* el acto dispositivo que ha consentido. Dicho consentimiento como tantas veces hemos repetido no quiere significar que el poder de disposición sobre determinados bienes gananciales se haya atribuido conjuntamente a los dos cónyuges. En la relación jurídica fundamental de la que son consecuencia los actos dispo-

sitivos posteriores, sólo es parte el marido, en su calidad de jefe y representante legal de la sociedad de gananciales. La mujer se limita a consentir la creación de esta relación jurídica en cuanto la misma implique la realización ulterior de actos dispositivos. Pero una vez creada la relación con su consentimiento ya no puede retractarse ni ingerirse en su desarrollo. Le queda en todo caso la posibilidad de impugnar los actos que se hayan realizado en fraude de sus derechos.

Opinamos en conclusión que el consentimiento «uxoris» es generalmente revocable, pero puede devenir irrevocable en algunos casos.

Frente a terceros los efectos de la revocabilidad «ad nutum» quedan atenuados si la licencia uxoria consta en escritura pública. Según resulta del artículo 1.219 del Código civil la revocación de una escritura en que se haya concedido el consentimiento del nuevo artículo 1.413 no perjudicará a terceros mientras no se haya anotado al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud haya procedido el tercero.

III

El segundo párrafo del artículo 1.413. Medidas de aseguramiento para otros bienes.

El segundo párrafo del artículo 1.413 se ocupa de los actos de disposición del marido que se refieran a bienes no comprendidos en el primer párrafo del precepto. La ley no ha querido extender al patrimonio mobiliario (excepción hecha de la empresa mercantil) la exigencia de que el marido, para otorgar actos de disposición, obtenga el consentimiento de su mujer o pida autorización judicial. La Exposición de Motivos justifica este diverso tratamiento apoyándose en dos razones: por una parte teme que la obligada intervención de los dos cónyuges en los negocios dispositivos produzca perturbaciones en el tráfico si se extiende a los bienes muebles, por otra, considera que, como regla general, tienen más importancia para la familia—en virtud de factores no sólo económicos—los inmuebles y los negocios mercantiles, expresión de un medio de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica.

Respecto del patrimonio mobiliario los intereses de la mujer se tutelan concediéndole el derecho de solicitar la intervención judicial cuando el marido venga efectuando actos dispositivos que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales. El Juez puede, entonces, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

Se requiere, pues, para que la mujer pueda obtener la intervención judicial, la concurrencia de dos requisitos. *Primero* que

el marido venga efectuando actos dispositivos. No basta pues, unos actos aislados, se requiere una conducta del marido, maliciosa o desordenada. Segundo que tales actos dispositivos permitan deducir, ante su posible repetición, un peligro grave para la sociedad de gananciales. No parece necesario ni que los actos dispositivos ya efectuados hayan producido un daño efectivo ni que estén inspirados en el propósito de perjudicar a la mujer. Un acto puede, contra toda lógica, resultar bien, lo que no quiere decir que su repetición no sea un desatino. La Ley no exige, para que puedan ordenarse las especiales medidas de aseguramiento a que se refiere, que el marido se proponga defraudar a su mujer. Basta, por último, con que la conducta desordenada del marido se refiera al patrimonio ganancial. Como dice CASTRO (101) puede darse el caso de un marido que ponga en peligro grave los gananciales y que sea un administrador modelo de los bienes propios.

¿Cuáles son las medidas de aseguramiento que puede ordenar el Juez? No lo dice la Ley por lo cual parece concederse un amplio margen al arbitrio judicial. A nuestro juicio lo más lógico será que el Juez imponga al marido, para realizar en el futuro nuevos actos de disposición sobre los bienes amenazados, la obligación de contar con la conformidad de su mujer o con autorización judicial especial. Esta es, sin duda, la garantía que el legislador prefiere, y si bien son atendibles las razones que le han impedido extender dicha garantía al patrimonio mobiliario, no es descaminado pensar que se acuda también a ella cuando excepcionalmente deban quedar limitadas las potestades dispositivas del marido sobre bienes que no sean inmuebles ni establecimientos mercantiles. El depósito en un establecimiento apropiado de valores, efectos públicos, y muebles preciosos, (parece clara la posibilidad de aplicar analógicamente lo que disponen los artículos 1.355, 1.359, 1.388 y 1.444) será complemento necesario para conseguir que las limitaciones acordadas tengan la debida efectividad.

El Juez no puede pasar de ordenar medidas de aseguramiento. No cabe que transfiera a la mujer la administración de la sociedad (sólo posible en los casos previstos por el artículo 1.441), ni tampoco puede, como dice CASTRO, (102) autorizar a la esposa para que haga lo que el marido se niega a hacer en beneficio de la sociedad.

Con todo y respecto de este último particular conviene llamar la atención sobre la posibilidad de que el marido disponga de derechos gananciales (por hipótesis, dados los supuestos que ahora contemplamos, no inmobiliarios) por vía de renuncia o de desistimiento de su ejercicio, perjudicando con ello gravemente

(101) Compendio citado, pág. 50, nota 1.

(102) Compendio citado, pág. 50.

los intereses de la mujer y de la sociedad conyugal. Imaginemos, por ejemplo, el caso de un marido que por negligencia, abandono o mala fe ni venda ni ejercite los derechos de suscripción preferente incorporados a acciones que tengan carácter ganancial. ¿Puede el Juez imponer medidas de aseguramiento para impedir la repetición de tales actos de disposición negativos? A nuestro juicio estas medidas no pueden en modo alguno implicar la obligación de disponer de otros bienes gananciales, pero quizá sí pueda decidir el Juez la enajenación para el futuro de los derechos de suscripción, si no los ejercita el marido en forma directa, para impedir el daño que se seguiría de lo que MESSINEO (103) ha llamado, con frase gráfica, «nihilismo económico» del accionista.

(Continuará.)

(103) Cfr. *Colación y reunión ficticia de acciones de sociedad*, «Revista de Derecho Privado», 1948, pág. 775.