

# El régimen legal de separación de bienes en la compilación del Derecho civil especial de Cataluña

FRANCISCO VIRGILI SORRIBES

Notario de Barcelona

En defecto de pacto —estatuye el artículo 7 de la Compilación— el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote si la hubiera.

Los tratadistas de Derecho civil Catalán, nos hablan como régimen legal, del sistema dotal: así Durán y Bas (1), afirma que en Cataluña es costumbre casarse bajo el régimen dotal: añadiendo: «rígese enteramente por las disposiciones del Derecho romano el sistema dotal que en Cataluña se sigue; y está tan enviscerado en las ideas jurídicas del pueblo catalán, que no es posible derogarlo ni modificarlo, sin lastimar profundamente aquellas ideas e introducir la perturbación en la sociedad doméstica con relación a los bienes de los cónyuges; y Borrel y Soler (2) sostiene que el sistema dotal romano es el más extendido en Cataluña, donde suele aplicarse combinado con los heredamientos.

Pero ello, no es absolutamente cierto: el régimen dotal, presuponen la dote: ésta, puede existir o no existir, y no imponiendo, ni tan sólo presumiendo el Derecho catalán como sistema subsidiario, ni el dotal ni cualquier otro, debe entenderse que permanecen separados los bienes de los cónyuges y que, por consiguiente, que el régimen legal es el de separación absoluta de bienes. Así lo mantiene Pella y Forgas (3), y así lo consagra el precitado artículo 7 de la Compilación.

El régimen de separación de bienes, es el más extendido en Cataluña y puede afirmarse que casi la totalidad de los matrimonios catalanes están sometidos al mismo: el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales está en franco y continuo descen-

---

(1) Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña.

(2) *Dret Civil Vigent a Catalunya*, tomo IV, pág. 160.

(3) *Derecho Civil de Cataluña*, tomo IV, pág. 130.

so (4), y en la mayoría de las pocas que se otorgan, se pacta la dote, el *alxorar*, el *esponsalicio* o *escreir*, el *tantundem*, el *caballatje*, los heredamientos, el usufructo viudal..., pero no un régimen especial económico matrimonial de bienes: es preciso situarse en el campo de Tarragona, para encontrar algunos capítulos en que se pacte el régimen de comunidad de *associacio de compres i millors*, regulada en el artículo 53 y siguientes de nuestra Compilación: en algunas comarcas de Tortosa, para encontrar el pacto de *agermanament* regulado en el artículo 58 y siguientes: en el Valle de Arán, para comprender la «convivenca» o «mitja guadanyeria», sintetizada en el artículo 60; y en pocos pueblos de las comarcas gerundenses para saber del pacto de igualdad de bienes y ganancias *matrimoni mig per mig*, al que se refiere el artículo 57 y que tanto recuerda el artículo 214 del Código civil suizo, que quizá entre todas las modalidades del régimen de separación de bienes, sea el más justo, al combinar la comunidad de administración con una comunidad de ganancias *mortis causa*.

En los tratados de Derecho civil catalán, ni se estudia el régimen de separación de bienes como institución jurídica independiente, ni se determinan sus efectos jurídicos. Es más: parte de la doctrina afirma que el régimen de separación de bienes, más que un régimen matrimonial implica la ausencia de todo régimen matrimonial, toda vez que las relaciones económicas entre los cónyuges, continúan como si no hubiera habido matrimonio.

(4) Por delegación de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Barcelona hicimos un resumen de una encuesta entre todos los Notarios de su territorio sobre disposiciones de última voluntad y capitulaciones matrimoniales, que publicó el Boletín Informativo de dicho Colegio (1956).

De tal resumen tomamos los siguientes datos estadísticos:

#### CAPITULOS MATRIMONIALES AUTORIZADOS EN CATALUÑA

	AÑOS			
	1925	1935	1945	1955
Barcelona (capital) ... ..	54	31	51	71
Barcelona (provincia) ... ..	460	317	335	248
Tarragona (capital) ... ..	19	21	8	9
Tarragona (provincia) ... ..	436	343	349	194
Gerona (capital) ... ..	84	87	70	41
Gerona (provincia) ... ..	259	197	165	117
Lérida (capital) ... ..	71	71	45	33
Lérida (provincia) ... ..	607	561	528	439
	1.990	1.628	1.551	1.152

Durante el año 1960 se autorizaron en toda Cataluña 910 capítulos matrimoniales y 22.604 testamentos.

Pero ello tampoco es absolutamente cierto: como afirma Raguin, por régimen matrimonial ha de entenderse el conjunto de soluciones sean cualesquiera que sean, dadas a la cuestión de los intereses económicos de dos personas casadas. Y es de toda evidencia, que no es la misma la situación jurídica de los patrimonios del hombre y de la mujer y su capacidad de obrar, antes de ser marido y esposa, que después de contraído matrimonio.

Veamos los efectos jurídicos que la celebración del matrimonio produce en dichos patrimonios y capacidad jurídica, cuando el marido está sometido a la legislación civil foral catalana y los esposos no pactan su régimen económico matrimonial de bienes.

## I.—PATRIMONIO DEL MARIDO

El marido, sigue teniendo el dominio, disfrute y libre administración y disposición de sus bienes propios, pudiendo enajenarlos, gravarlos y disponer libremente de ellos, sin traba de clase alguna y sin consentimiento ni intervención de su mujer.

No obstante, el matrimonio ha producido una consecuencia en el patrimonio del marido, al asignarle un fin concreto: levantar los gastos y cargas del matrimonio: a su patrimonio que antes del matrimonio era totalmente libre, la ley le asigna un fin, y lo adscribe a este fin.

Si la mujer aporta dote, los frutos y rentas de los bienes que la integran, tendrá el mismo destino que los que produzcan los bienes del marido, pero los frutos y rentas de sus bienes parafernales, los hará exclusivamente suyos la mujer, sin que los mismos tengan que contribuir a levantar las cargas del matrimonio. Solamente en el supuesto de que los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueren insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales (5).

## II.—PATRIMONIO DE LA MUJER

### A. BIENES PARAFERNALES:

Son parafernales —estatuye el artículo 49 de la Compilación, en términos similares a los del artículo 1.381 del Código civil—, todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote. En la duda, respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales.

En méritos de esta declaración legal y de la presunción *iuris tantum* que la complementa, todos los bienes aportados por la

(5) Artículo 50 de la Compilación.

mujer al matrimonio y los adquiridos por cualquier título durante el mismo, tienen la consideración jurídica de parafernales, al no ser que expresamente se les dé la condición jurídica de dotales.

Por otra parte: tienen también la consideración legal de bienes parafernales:

a) Los regalos hechos a la novia por los parientes de su futuro marido. (Artículo 58 de la Compilación.)

No vemos la necesidad de esta declaración, cuyo fundamento, según Faus y Condomines (6) se encuentra en un texto romano y en la opinión de Borrell y Soler.

b) Los vestidos y ropas de uso personal de la mujer aunque hayan sido adquiridos con dinero del marido; el anillo nupcial y caso de premoriencia del marido, el lecho conyugal. (Artículo 19 de la Compilación.)

Se basa esta declaración en la tradición.

c) Una de las joyas de mediano valor de propiedad del marido, de entre las que la mujer hubiera usado durante el matrimonio, si al disolverse el matrimonio no tuviera la mujer, además del anillo nupcial, la propiedad de ninguna joya por virtud de donación del marido, y siempre y cuando los bienes restantes del marido fueren suficientes para el pago de sus deudas. (Artículo 19, párrafo 2 de la Compilación.)

Tal vez con un exceso de respeto a las notas de folklore regional, proclama este párrafo segundo del artículo 19 de la Compilación la vigencia de la costumbre llamada la *joia mitjana*, regulando la institución muy poco afortunadamente.

Como afirman Faus-Condómines (7) es difícil la concordancia entre este precepto y el del último párrafo del artículo 20. En efecto: si conforme a éste —tomado del segundo párrafo del artículo 1.334 del Código civil, del que sólo se aparta por la supresión de lo del «regocijo familiar»— es válida la donación entre cónyuges de las liberalidades de uso y regalos módicos proporcionados a la condición económica y social del cónyuge, sobra la regulación de la *joia mitjana*, toda vez que no siendo de suponer la existencia en el patrimonio del marido de joyas de uso femenino, todas las usadas, por la mujer provenientes del marido, supondrán donación de éste, y como esta donación será válida, desde el momento de otorgarse, la joya será propiedad de la mujer.

Si no es en el supuesto de fideicomiso familiar, no comprendemos en nuestros días el supuesto de marido con las llaves del

---

(6) *Compilación del Derecho Civil de Cataluña*, pág. 57. Primeros comentarios sobre la Compilación formulados por los ilustres juristas don Ramón Faus Esteve, Decano del Colegio Notarial y don Francisco de A. Condómines Valls, ex Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, ambos Vocales-Ponentes muy cualificados de la Comisión de juristas para la redacción del Proyecto.

(7) *Obra citada*, pág. 58.

cofre de las joyas, que sólo en cuando en cuando deja lucir a su mujer, recogiénolas y volviéndolas a encerrar al regreso de la fiesta. Ello, por una parte, significa la negación del vínculo matrimonial y la exaltación de egoísmos superados.

Piénsese en el valor que hoy tienen las joyas de tradición familiar y en los pleitos y cuestiones a que dará lugar el dar base a los herederos del marido, a distinguir tres situaciones distintas entre las joyas de la mujer: las que son de ella por haberlas adquirido con bienes parafernales; las que son de ella por haberse las donado el marido y las que aun cuando usadas por ella, son del marido porque éste no se las había donado, sino tan sólo dejado o prestado en uso: distinción esta última, que es la única base de los dos preceptos que comentamos, y preceptos en que puede basarse esta finesta distinción.

En una palabra: antes de la promulgación de la Compilación, las joyas estaban sujetas al régimen general de las donaciones entre esposos, y en tal régimen tenía perfecta comprensión la institución de la *joia mitjana*: al promulgarse la Compilación y estatuir el artículo 20 a imitación del 1.334 del Código civil, que se exceptúa de la nulidad de las donaciones las liberalidades de uso y regalos módicos, queda sin sentido dicha institución y debió suprimirse, o al menos, si el propósito de conservar las notas de color de nuestro típico jurídico, no aconsejaba tal supresión, haberla complementado con la presunción —el derecho económico matrimonial es derecho de presunciones— de que las joyas usadas durante el matrimonio por la mujer, proceden de donación de su marido.

Así, pues, y resumiendo, conforme a la fórmula amplia y comprensiva del artículo 49 de la Compilación, tendrán la consideración jurídica de bienes parafernales:

1. Todos los bienes que la mujer posea al tiempo de celebrarse el matrimonio, y los que adquiriera después de celebrado por cualquier título, sin aportarlos en dote o darles el carácter de aumento de dote.

2. Los frutos, rentas y productos de dichos bienes.

3. Los productos de su trabajo, profesión, oficio, industria o comercio.

4. Los obtenidos por subrogación real de bienes parafernales.

5. Los determinados en el artículo 19 de la Compilación antes examinado.

Estos bienes parafernales pueden encontrarse en dos situaciones:

a) *Administrados por la mujer:*

En este supuesto, la mujer tendrá —como dice el artículo 43, 3 de la compilación— el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenar-

los, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos de la gestión y defensa que dichos bienes ocasionen.

Como afirma Pothier, en los Derechos europeos anteriores al siglo xvi. la mujer sometida al régimen de separación de bienes, gozaba por influencia del Derecho romano de plena capacidad; pero las costumbres reformadas de París, Orleans y otras ciudades y la jurisprudencia a partir de dicho siglo, fueron restringiendo la capacidad de la mujer a los actos de simple administración: la razón de ello, según el mismo Pothier, estriba en que la incapacidad de la mujer, no es una consecuencia de los poderes y facultades del marido sobre la comunidad de bienes, sino un efecto de la potestad marital, totalmente independiente de dicho régimen o de cualquier otro régimen económico-matrimonial.

El Código civil francés de 1804, apartándose de la tradición romanista y acomodándose a la concepción napoleónica de considerar como un absurdo el principio de igualdad de sexos, ya que, según el Emperador, la mujer estaba destinada únicamente a procrear y guardar la casa, proclamó el principio de que la mujer estaba sometida a la potestad marital, siendo incapaz de comparecer en juicio y de contratar sin la autorización de su marido.

La mayoría de Códigos inspirados en el francés, incidieron en la misma posición y doctrina. Nuestro Código civil siguiendo la tradición castellana recogida en las Leyes de Toro, impuso a la mujer la autorización marital en términos absolutos.

En Cataluña, conforme a lo estatuido en la 22 de las Conmemoraciones de Pere Albert y conforme a la tradición del Derecho romano, era desconocida la autorización marital; los Archivos Notariales, son la mejor prueba de que hasta 1873, no aparece en las escrituras públicas otorgadas por mujer catalana disponiendo de sus bienes parafernales, la autorización marital.

Pedro Nolasco Vives (8), cita dos sentencias de 1858 y 1859, la primera, pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar y la segunda, por la Audiencia de Barcelona, en confirmación de aquélla, que confirman la doctrina de que la mujer puede contratar sobre sus bienes parafernales, sin licencia de su marido.

Pero el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de mayo de 1866, invocando el texto de Pere Albert (8), y otro de las Partidas, sienta la doctrina de que si bien el dominio y la administración de los bienes parafernales corresponden a la mujer, su ejercicio está limitado por la prohibición que impone la Ley 11, título I del Libro 10 de la Novísima Recopilación, de contratar sobre ellos sin

---

(8) Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña. Libro IV, Tít. 16, nota 1 (Vol. 1, pág. 303).

licencia de su marido. Y aun cuando la doctrina hizo notar que la precitada Ley es la 55 de las de Toro, y que, según las leyes y la doctrina del mismo Tribunal Supremo no era invocable en Cataluña, la jurisprudencia posterior incidió en la misma doctrina, invocando las Partidas, la Novísima Recopilación, la Ley de Matrimonio civil y, por último, el Código civil. Y si bien la jurisprudencia anterior al Código era poco estable y contradictoria, la posterior fué firme y constante, aplicando continuamente, a Cataluña los artículos 1.381 al 1.391 y 1.485 del Código civil, sobre la base de que siendo de aplicación los artículos 60 y 61, conforme al artículo 12, y siendo aquéllos una aplicación de éstos, son de aplicación los mismos.

En todos los proyectos de Apéndice al Código civil, se suprimía la autorización marital (9). No obstante, la Comisión de juristas para la redacción de la Compilación, no se atrevió a suprimirla, limitándose a estatuir en determinados supuestos, licencias maritales irrevocables, siguiendo —como dicen Faus y Condomi-

(9) *Artículo 92 del Proyecto DURÁN Y BAS :*

La mujer tiene la administración y disfrute de los bienes parafernales; puede disponer libremente de sus frutos y respecto a dichos bienes puede contestar y estar en juicio sin necesidad de licencia marital.

La Academia de Derecho resumió su criterio sobre el particular en estos términos: «Con respecto a los bienes parafernales la Academia de Derecho ha juzgado conveniente y lógico mantener no sólo el dominio sino la administración y libre disposición que a la mujer conceden las leyes 8 y 11 CODICIS, de pacto convent V, 14 y la costumbre 22 de las recopiladas por PÉREZ ALBERT, la jurisprudencia del Senado o antigua Audiencia de Cataluña, la práctica inmemorial y la doctrina unánime de los autores. En su mérito articulaba:

Artículo 128.—La mujer podrá, sin licencia de su marido, enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales y comparecer en juicio para litigar sobre ellos, sin necesidad de habilitación judicial. Queda en este sentido modificado el artículo 1.387 del Código civil.

*Artículo 161 del Proyecto ROMÁN TRÍAS :*

La mujer ejercerá, respecto de los bienes parafernales, las atribuciones que determinan los artículos 59 y 60 de este Apéndice, y podrá también, sin licencia de su marido, enajenar y gravar dichos bienes, pero no comprometerlos para necesidades ajenas.

*Artículo 1.746 del Proyecto PERMANYER :*

La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales, con todos los derechos inherentes al mismo, y en su virtud, salvo el caso de que tenga constituida sociedad de gananciales, podrá enajenarlos y celebrar toda clase de contratos acerca de ellos, sin necesidad del consentimiento del marido, y sin más limitaciones que las del artículo 70 y las impuestas a la mujer en general respecto del afianzamiento de obligaciones ajenas.

*Artículo 363 del Proyecto ALMEDA, TRÍAS Y DOMENECH :*

La mujer podrá, sin licencia de su marido, enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales y comparecer en juicio para litigar sobre ellos, sin necesidad de habilitación judicial. Queda en este sentido modificado el artículo 1.387 y sin vigor el 1.388 del Código civil.

nes (10)— algunos intentos de la práctica notarial de pactarla así en capitulaciones matrimoniales.

La Comisión General de Codificación, con mejor criterio y respeto absoluto de las tradiciones jurídicas catalanas fué más allá y redactó el párrafo tercero del artículo 49 de la Compilación en la forma expuesta, acabando así con la autorización marital en cuanto a las bienes parafernales.

De esta forma, nuestra legislación consagra la tradicional capacidad absoluta de la mujer casada en orden a sus bienes parafernales, como en su día la consagró la mayoría de las legislaciones modernas (11), abandonando el criterio contrario mantenido por la Codificación Napoleónica.

Ahora bien; esta supresión de la licencia marital, plantea al Notario un arduo problema a resolver, como previo a toda calificación jurídica de capacidad: el de determinar la regionalidad y legislación aplicable a la mujer casada compareciente: si la autorización marital no es necesaria a la mujer catalana cuando contrate sobre sus bienes parafernales, será necesario determinar si la mujer casada compareciente es catalana o mejor dicho si está sujeta a la legislación civil foral catalana, y si el objeto del contrato tiene la consideración legal de parafernál.

El primer problema, no es de fácil solución, dada la carencia de documento acreditativo de la regionalidad, el posible cambio de vecindad y el principio de que la mujer sigue la regionalidad del marido. En vista y como resultado de la información que la mujer compareciente concede al Notario, éste emitirá su juicio y en su mérito y si procede, la mujer declarará en el documento estar sometida a la legislación civil foral catalana.

El segundo problema, a primera vista, es de fácil solución, por la presunción de parafernales que tienen todos los bienes de la mujer (12): pero a poco que se piense en él, la cosa se va complicando, habida cuenta de que el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que parecía consagrado, se va requiebrando, sobre todo, desde la Convención de La Haya, de 1905 (13). Buena prueba de ello, son las encontradas opiniones de que nos dan cuenta Faus y Condomines (14) al plantearse en el seno de la Comisión y luego en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, la cuestión de la intangibilidad del régimen económico-matrimonial. Fueron tan encontradas las opiniones —nos dicen dichos autores— y se puso tal calor en la defensa de los dife-

---

(10) *Obra citada.*

(11) Alemania, Suiza, Italia, Inglaterra, Estados Unidos...

(12) Artículo 49, 2.º, de la Compilación.

(13) Artículo 5.º: Establece que si el contrato de capitulaciones ha sido celebrado después del matrimonio, se regirá por la Ley nacional del marido en el momento de celebrarlo, aunque fuese distinta la Ley a que se hallaba sujeto al contraer aquél.

(14) *Obra citada.*

rentes puntos de vista, que se prefirió dejar esta interesantísima cuestión a la libre discusión.

El principio de la intangibilidad del sistema económico-matrimonial tiene dos aspectos: prohíbe el cambio, tanto por pacto como por el hecho jurídico de quedar sometidos los cónyuges a una nueva legislación.

En el segundo supuesto, la Compilación estima que el cambio de regionalidad no modifica el régimen matrimonial. Esta es la opinión de nuestro Tribunal Supremo (15) y de la doctrina: su fundamento es obvio: evitar el fraude de ley y el perjuicio de terceros.

Pero en el primer supuesto, la contestación no es tan fácil: los argumentos que defienden uno y otro sistema son más complejos, y las legislaciones, haciéndose eco de estas discrepancias de apreciación lo resuelven en términos contradictorios. Y si para nuestro Código civil, el régimen económico matrimonial es intangible, una vez celebrado el matrimonio, no pudiendo otorgarse capitulaciones matrimoniales después de contraído; para nuestra Compilación, inspirada en el tradicional régimen jurídico catalán, es mutable, en términos generales, y las capitulaciones matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.

Pues bien; si en Cataluña puede cambiarse por pacto el régimen económico matrimonial, y las capitulaciones matrimoniales están basadas en el principio de la más absoluta libertad de contratación, caben supuestos de matrimonios que se rijan por sistema de sociedad de gananciales o por cualquiera de los sistemas de comunidad de bienes, vivos en nuestras comarcas y recogidos en la Compilación. Y siendo esto así, surge la duda y la pregunta: pactado cualquiera de esos regímenes, por ejemplo, la *associació de compres y millors* del campo tarraconense, la mujer catalana sometida a él, ¿podrá disponer de sus bienes parafernales sin autorización de su marido? Nuestra modesta opinión es negativa y damos fe de ella, en las escrituras que autorizamos desde la promulgación de la Compilación, en la que si la mujer obra sin licencia marital, consignamos su declaración, no sólo de estar sometida a la legislación civil foral catalana, sino también la de que su matrimonio se rige por el sistema de separación de bienes. No hacemos mención de la condición de parafernales de los bienes, con que contrata, por entender que si está sometida a tal régimen de separación, cobra total valor la presunción de parafernales.

Mas nuestra opinión es eso, una opinión que admite, claro está, otra opinión mejor fundada. Todo depende de la determinación de si la licencia marital es institución entroncada con el sistema matrimonial de bienes o es algo que atañe a la capacidad

---

(15) Sentencia de 19 de diciembre de 1932.

de obrar de la mujer casada. En el primer caso, la exención de licencia sólo tendrá lugar en régimen de separación de bienes; en el segundo, siempre que la mujer contrate sobre sus bienes parafernales.

A favor de nuestra posición, se pueden esgrimir buen número de argumentos:

Si en régimen de comunidad pactado, sea el de sociedad de gananciales, sea el de asociación a compras y mejoras o cualquier otro similar, los frutos de los parafernales son ganancias o compras o mejoras; y si en dichos regímenes, el marido es el administrador de la sociedad o de la asociación, ¿cómo puede la mujer, sin su licencia ni intervención, disponer de sus parafernales, cuando éstos constituyen fuente de ingresos para la comunidad?

Si la licencia marital es cuestión de capacidad de obrar de la mujer, ¿bastará que una mujer sometida al Derecho común y en cuyo matrimonio rija el sistema de gananciales, gane vecindad civil en Cataluña, para poder disponer libremente y sin licencia de sus bienes parafernales? ¿Y la mujer catalana, sometida al régimen de separación de bienes, bastará gane vecindad en cualquiera de las regiones de Derecho común, para no poder disponer de sus bienes parafernales sin licencia de su marido?

No debió la Compilación dejar en nebulosa materia tan trascendental, máxime existiendo el precedente de proyecto de Permanyer, que vió el problema y lo resolvió en su artículo 1.746 (16). Al menos, si hubiera incluido el artículo 49 dentro de un capítulo dedicado al régimen de separación de bienes, como hace la Compilación de Derecho civil especial de las islas Baleares, nos habría dado una base de interpretación, de la que por tal razón carecemos.

Pero fuere de ello lo que fuere, nos queda un último problema a resolver, de los que suscita la innovación de la supresión de la licencia marital: casi cien años ininterrumpidos de exigencia de la venia, produce el hecho incontrovertible de que siempre --salvo en casos patológicos-- comparecen en la Notaría a comprar, vender, hipotecar... la mujer, acompañada por su marido. Y como se preguntaba nuestro compañero Figa Faura, en una conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados en el cursillo organizado al promulgarse la Compilación: ¿qué hacemos los Notarios con estos maridos?

Nosotros hemos sustituido la fórmula tradicional «asistida de su marido» por la de «acompañada de su marido», y ponemos en boca de los dos, la declaración de regionalidad y la de que el matrimonio se rige por el sistema de separación de bienes.

La presencia del marido no la consideramos superflua; por el contrario, la consideramos más necesaria que antes de pro-

(16) Antes transcrito por nota.

mulgarse la Compilación, habida cuenta de la modificación últimamente sufrida por el artículo 1.413 de nuestro Código civil, ya que no debemos olvidar que si la mujer falta a la verdad y aunque catalana de nacimiento está sometida por matrimonio a la legislación común; o sin estarlo, los bienes objeto del contrato son gananciales, por regir este régimen en el matrimonio, incurrirá ciertamente en responsabilidad criminal por falsedad ante Notario, pero el acto será nulo y el adquirente, por tercero que sea, perderá su adquisición.

En cambio, de concurrir marido y mujer y hacer ambos la declaración de estar sometidos a la legislación civil foral catalana y regir en su matrimonio el régimen legal de separación de bienes ..... la tal mentira no tendría fundamento alguno.

b) *Administrados por el marido:*

Las facultades de la mujer son las mismas en cuanto al dominio y disposición de sus parafernales, pero distintas en cuanto a su administración.

«La mujer —estatuye el artículo 51 de la Compilación— podrá en todo momento conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales, y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque la entrega constare en escritura pública.»

«El marido que administre los bienes parafernales —continúa diciendo dicho artículo, en su párrafo segundo— deberá devolverlos cuando proceda o le fuese pedida la restitución, con los frutos existentes y aquellos con que se hubiera enriquecido. Todo pacto en contrario otorgado durante el matrimonio será nulo.»

La duda de si la prohibición de pacto contrario, que estatuye las últimas líneas del párrafo segundo del artículo 51, se refiere a lo estatuido en el mismo o es también extensiva a lo dispuesto en su párrafo primero, la desvenece la lectura del comentario de Faus Condomines (17) a dicho artículo; tan ilustres juristas y cualificados vocales ponentes de la Comisión, parecen opinar que la mujer puede revocar, restringir y condicionar en todo momento la administración de los parafernales conferida al marido.

Y no comprendemos el rigor de la Compilación, al prohibir el pacto en contra; ello choca con el principio de libertad de pacto que informa nuestras Capitulaciones; con el de poderlas celebrar y modificar después de celebrado el matrimonio; con el criterio del artículo 1.384 del Código civil y con la opinión de Fontanella, que niega esta amplísima facultad de la mujer, por aplicación de la *Lex Hæc lege*.

¿Por qué prohibir durante el matrimonio unos capítulos ma-

(17) *Obra citada.*

trimoniales con el pacto de que el marido administrará los bienes parafernales de su mujer sin poder revocar la administración, o bien la estipulación de que el marido aplicará libremente los frutos de los parafernales a levantar las cargas del matrimonio, sin que en ningún caso pueda pedir su restitución? No es tal, el régimen legal en Alemania (comunidad de Administración) y en Suiza (unión de bienes)?

Claro que el último párrafo del artículo que comentamos dispone que si los parafernales fueran entregados al marido, como aumento de dote, se equiparán a ésta y disfrutarán de sus mismos beneficios. Pero el régimen de los bienes dotales es muy distinto del de los parafernales, y en realidad, de verdad, no captamos el motivo de prohibición tan radical, que imposibilita la existencia de bienes de la mujer que participen del carácter en parte de dotales y en parte de parafernales. Aquella gradación del Código: bienes parafernales administrados por la mujer; bienes parafernales administrados por el marido, y bienes dotales, desaparece y no es posible en la Compilación, para la que sólo existen bienes parafernales y bienes dotales; la distinción entre parafernales administrados por la mujer y por el marido, carece de toda consistencia jurídica, dados los términos empleados por la Compilación al establecer la revocabilidad absoluta, en todo tiempo, sin pacto en contra, de esta administración. Y no obstante, la realidad del hecho vivido es ésta: si no de derecho, sí de hecho, en la mayoría de los matrimonios catalanes, tácitamente, sin pacto, como dimanante de las esencias mismas del matrimonio y de la familia, el marido administra los parafernales de su mujer, aplica sus frutos y rentas al levantamiento de las cargas del matrimonio, sin temer la revocación de la administración, ni la restitución de sus frutos; sólo en caso patológico de separación, se entera la mujer de que le asiste tal facultad, y aun en tales supuestos, su conciencia y su moral y la evidencia de lo lógico, le impide la reclamación, y en muchos casos —estamos viviendo uno— incluso la revocación de la administración, sobre todo cuando existen hijos del matrimonio a cargo del padre separado de hecho de su mujer.

### c) *Destino de sus frutos:*

¿Cuál es el destino de los frutos y rentas de los bienes parafernales? He aquí un problema de verdadera trascendencia jurídica y práctica.

En Derecho romano:

Los frutos de los parafernales son de la mujer, aun cuando haya entregado los bienes al marido (18).

También lo son, aunque el marido los administre (19).

(18) *Digesto*, 39-5-31, § 1.

(19) *Digesto*, 35-2-95.

El marido no puede imponer a la mujer ninguna obligación que grave la libre disposición de esos frutos (20).

Si se puede presumir que la voluntad de la mujer no es la de prohibir al marido que haga uso de los frutos, el marido tiene derecho a utilizarlos en beneficio del matrimonio (21).

Como nos dicen Faus y Condomines (22), los autores clásicos distinguían entre el caso de que la restitución debiera verificarse por muerte de la esposa o por revocar ésta la administración; o cuando ello tuviera lugar por fallecimiento del marido, sometiendo a trato distinto los frutos percibidos y consumidos y distinguiendo, en este último supuesto, si habían sido consumidos contra la voluntad de su esposa o con la aquiescencia de ella. Fontanella precisó que el marido no podía enriquecerse con la administración de los bienes parafernales, aun reconociendo las dificultades que la prueba de este hecho lleva aparejada.

El problema dio lugar a encontradas discusiones en el seno de la Academia de Jurisprudencia y a la publicación de los resultados de una encuesta a iniciativa de la Mancomunidad de Cataluña.

En los proyectos de Romani y Trias y Giro, y de Permanyer, se hablaba de la obligación de la mujer de contribuir al sostenimiento de los gastos familiares, en circunstancias expresamente determinadas, estableciendo las garantías necesarias para evitar que la aportación de la mujer fuera invertida indebidamente. Y se reconocía a la mujer el derecho a reintegrarse de la aportación hecha, en el caso de venir el marido a mejor fortuna.

Al decir de Borrell (23), los frutos de los parafernales entregados al marido son de la mujer, por lo que si ella no los consume acrecen al capital y los puede reclamar al disolverse el matrimonio; pero si la mujer consiente expresa o tácitamente que el marido los consuma, como si el marido los consume a ciencia y paciencia de la mujer, no se han de restituir, lo cual se aplica especialmente en el caso de que la mujer no haya aportado dote y el marido destine los frutos de los parafernales a sostener las cargas de la familia. No obstante —continúa— debería devolver aquello en que se hubiera enriquecido o hubiere aplicado a gastos particulares que no eran en provecho de la familia. El derecho de la mujer a los frutos de los parafernales —concluye— no la dispensa de la obligación de prestar alimentos al marido y a los hijos si lo necesitan.

La legislación comparada nos ofrece cuatro soluciones al problema, en régimen matrimonial de separación de bienes:

---

(20) *Código*, 5-14-8.

(21) *Código*, 5-14-11.

(22) *Obra citada*, pág. 87.

(23) *Obra citada*, pág. 340.

a) Los frutos de los parafernales concurren sólo y exclusivamente en forma subsidiaria, o sea a falta de bienes del marido y de frutos de la dote si la hay, el levantamiento de las cargas matrimoniales.

Es el sistema del Derecho anglosajón y musulmán.

b) Los frutos de los parafernales concurren al levantamiento de las cargas matrimoniales en forma accesoria y equitativa, a juicio de los Tribunales.

Es el sistema de los Códigos alemán y suizo.

c) Los frutos de los parafernales concurren a las cargas familiares con los frutos y rentas de los bienes del marido, en forma proporcional a sus respectivas fortunas.

Es el sistema del Código francés en caso de separación judicial de bienes; del Código civil italiano y del Código civil español, estatuido en el artículo 1.434, al decir que el marido y la mujer deberán atender recíprocamente a su sostenimiento durante la separación y al sostenimiento de los hijos, así como a la educación de éstos, todo en proporción de sus respectivos bienes.

d) Los frutos de los parafernales son de la mujer, pero deben de contribuir en la parte alícuota fijada por la Ley al levantamiento de las cargas del matrimonio.

Es el sistema francés en el supuesto de separación de bienes contractual; el Código civil fija en una tercera parte de las rentas y frutos de los parafernales la cuota con que la mujer debe contribuir a aquellas cargas matrimoniales y familiares.

Descartado este último sistema, muy criticado por los tratadistas franceses, por su arbitrariedad, al no tener en cuenta la cuantía del matrimonio del marido y el de la mujer, ni las cargas o necesidades familiares; de los otros tres tal vez el menos aceptable es el enunciado en primer lugar y que es el que consagra nuestra Compilación en su artículo 50, al estatuir que si los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueren insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales, cesando tal obligación cuando los cónyuges vivan separados y no haya hijos del matrimonio.

Cierto que la Compilación no hace más que recoger el sistema tradicional catalán, cuyas últimas raíces hay que encontrarlas en Derecho romano; pero igualmente cierto es que el estado de hecho contemplado por nuestros autores clásicos no es el mismo que el vivido por nuestros compiladores.

En Roma, como el marido estaba obligado a soportar las cargas del matrimonio, se consideraba siempre natural que la mujer aportara una dote para ayudar al sostenimiento de dichas cargas, y la aportación de la dote estaba tan arraigada en las costumbres, que se reputaba deshonroso el que la mujer se ca-

sase sin ella, hasta el punto de que el legislador proclamaba como de interés público que la mujer fuera dotada (24).

En Cataluña ochocentista, la dote era algo consubstancial con el matrimonio, y las cartas dotalas integraban en buena parte los Manuales notariales.

Pero en nuestros días, la aportación de dote es algo desacostumbrado, y los documentos dotalas, casos raros en nuestros Protocolos.

Y siendo ello así, debió de darse buena solución al supuesto más corriente en la vida de nuestros tiempos; matrimonios en que la mujer no aporta dote; supuesto que no contempla el legislador en el artículo 50, que parece redactado bajo la base de la existencia de bienes dotalas.

La solución dada por la Compilación al problema del destino de los frutos de los bienes parafernales de la mujer, nos parece excelente en un régimen dotal, pero no en un régimen de separación absoluta de bienes, que es el consagrado por nuestra Compilación.

Si nuestro régimen de separación de bienes es injusto con la mujer de nuestros días, al no hacerle partícipe de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, cuando su trabajo, ahorro y orden en el hogar produce el ahorro de lo ganado por su marido, compeliéndola al trabajo en negocio propio o en la oficina, en donde la compensación de su trabajo será parafernala; la solución dada por la Compilación al destino de los frutos de los parafernales es injusta con el marido, al hacer pesar exclusivamente sobre él las cargas del matrimonio y de la familia, aun cuando su mujer tenga una posición desahogada; gasta ella sola en lujos buena parte del presupuesto familiar, o se consume éste, por su abandono de la economía doméstica y dedicación exclusiva a su empresa o trabajo.

Todo ello no se aviene con la naturaleza intrínseca del lazo matrimonial, ni con lo que es y representa la familia y el hogar. Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que la realidad de la vida se aparta de su traducción legal. En la familia normal catalana marido y mujer conservan la propiedad de los bienes aportados al matrimonio; hacen exclusivamente suyos los que adquieren durante el mismo a título lucrativo o por subrogación con otros que ya les pertenecían; las rentas de los bienes del marido y los frutos de su trabajo se unen a las rentas del trabajo y de los bienes propios de la mujer, para levantar con unos y con otros las cargas y necesidades, lujos y gastos de la familia; el sobrante, lo ahorrado, se invierte en utilidad de ambos cónyuges.

Sólo en casos patológicos, de separación de hecho o de de-

---

(24) PAULUS, *Digesto*, 23-3-2. «Reipublicae interest mulieres dotes salva habere propter quas nubere possunt.»

recho, se aplicará la legislación comentada. No negamos la aplicación a rajatabla del régimen legal tradicional catalán que consagra la Compilación, en alguna familia de abolengo, más bien de carácter rural que urbano, en el sentido de grandes terratenientes; pero ello constituirá siempre algo excepcional, que nos lleva a pensar que tal vez debió prestarse más atención al hecho económico-social de hoy; a la gran concentración urbana, que absorbe la mayoría de la población catalana, para quien muchas instituciones reguladas meticulosamente en nuestra Compilación, parecerán cosas de otros tiempos y latitudes.

Los Notarios, al cumplir nuestra misión de consejeros y asesores, comprobamos todos los días cómo el marido, entendiendo que el precio a invertir en la compra, ha sido ahorrado durante el matrimonio, procediendo de su esfuerzo, del de su mujer y de los frutos y rentas de los bienes y trabajos privativos de uno y otro, pide otorgar la adquisición a nombre de los dos; y como en el momento de ordenar su testamento, no olvida nunca la solución justa de hacer partícipe a la mujer de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Una vez más, la realidad de la vida se nos presenta más fuerte que el Derecho, y éste, evolucionando con un siglo de retraso.

## B. BIENES DOTALES

Para el artículo 49 de la Compilación, son dotales los bienes que la mujer aporta al matrimonio en tal concepto, para contribuir a levantar las cargas del matrimonio. Todos los bienes de la mujer son parafernales, al no ser que tengan la consideración de dotales. Esta condición especial la da el que constituye la dote o la misma mujer, al transformar por su voluntad sus parafernales, en todo o en parte, en bienes dotales.

No vamos a entrar en el estudio de la dote como institución de bienes; la dote es una creación pura de Derecho romano y su configuración, estrictamente romanista, es idéntica en nuestro Código civil y en el Derecho Foral Catalán (25).

La Compilación regula las especialidades de este Derecho; la opción dotal (arts. 32 y 33); la tenuta (arts. 38, 39 y 40); los legados dotales (art. 28); los efectos de la tradicional clasificación foral de dote libre, dote gravada y dote muerta (art. 30); la pérdida de la dote constituida con bienes propios del marido o de su padre, por la mujer que incurra en algunas de las causas de indignidad para suceder a su marido, recogiendo así el *Usatje Mariti uxores* (art. 34); la autodotación de la fiduciaria, conforme a la *Autentica Resquae* (art. 187).

---

(25) Ver en *Manual de Derecho Civil Catalán*, de FIGA FARRA, una perfecta y sistematizada exposición del Derecho vigente en Cataluña sobre el particular, después de la promulgación de la Compilación.

Como única innovación —y muy poco afortunada a nuestro modesto entender— cabe señalar la de determinar la cuantía de la dote obligatoria; el artículo 27 de la Compilación, toma del artículo 1.341 del Código civil, la cuantía mínima de la dote obligatoria y la fija en la mitad de la legítima individual presunta.

En Cataluña —como en Derecho romano— la cuantía de la dote, no estaba determinada; su límite máximo era que no incurriera en inoficiosidad; su límite mínimo, ninguno. En caso de cuestión, el arbitrio judicial resolvía conforme a la costumbre del lugar, la condición de la dotada, la posición del dotante y la dignidad del marido.

La dote en Cataluña como en el resto de España, es institución en plena decadencia. Basta para comprobarlo efectuar el examen propuesto por Faus Condomines (26) de las notas jurisprudenciales escasísimas, obrantes en las Leyes civiles de Medina-Marañón, o mejor y como expresión del derecho en la normalidad, el de las estadísticas de los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre las hipotecas legales constituídas anualmente en España (27).

Ahora bien; si la dote en régimen de Derecho común, ha devenido institución insípida y sin finalidad práctica de trascendencia, toda vez que los frutos de los bienes de la mujer, sean parafernales sean dotales, tienen la consideración jurídica de gananciales, y están destinados a levantar las cargas de la familia; en Cataluña y en régimen legal de separación de bienes, tiene verdadera trascendencia, ya que significa la aportación de la mujer a dichos gastos de la familia.

Pues bien; el Código civil que no tiene porqué fomentar la dote, reconoce como mínimo, la mitad de una parte alícuota igual al número de hijos, de la tercera parte del patrimonio del padre; y la Compilación, que tiene motivos más que fundados para fomentar la dote cuando no, recordando el texto citado de Paulus en el Digesto, y reconociendo la solución desgraciada dada al destino de los frutos de los parafernales, reduce ese mínimo dada la diferencia en materia legítima entre Derecho común y Derecho catalán— a la mitad de una parte alícuota igual al número de hijos, de la cuarta parte del patrimonio paterno. Traducido a cifras, quere ello decir, que suponiendo un patrimonio paterno de un millón de pesetas y de cuatro el número de hijos;

---

(26) *Obra citada*, pág. 72.

(27) Según testimonio de Pelayo HORE, *La Presunción Muciana* («Revista General de Legislación y Jurisprudencia», junio 1961) «en el año 1959 se celebraron en Barcelona 11.862 matrimonios.—Entre los 50 Notarios de Barcelona autorizaron en el mismo año 81 capitulaciones matrimoniales. Como el instrumento adecuado para la constitución de la dote es la capitulación matrimonial, suponiendo que en las 81 capitulaciones se constituyese dote, resulta que de las 11.862 barcelonesas que se casaron en 1951, 81 tendrán dote y 11.781 no tendrán».

la hija castellana tendrá derecho a una dote de 41.666,66 pesetas y la catalana a una dote de 31.250 pesetas.

Y como y a mayor abundamiento, será en lo sucesivo aplicable a Cataluña, el artículo 1.341 del Código civil, que prohíbe la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote y manda que los Tribunales en acto de jurisdicción voluntaria, hagan la regulación sin más investigaciones que la declaración de los mismos padres y la de ciertos parientes de la hija, careciendo, por tanto, en lo sucesivo el Juez del amplio arbitrio judicial que en esta materia le reconocía la doctrina foral ya examinada; la conclusión será que la dote obligatoria, devendrá aún más de lo que ya ha de devenido, a ser un bello cuento de las abuelitas para regocijo de las jóvenes de hoy.

De no estar ya muerta la institución de la dote obligatoria, no dudaríamos en afirmar que la Compilación con su artículo 27 y la libre entrada del artículo 1.341 del Código civil, le ha dado el golpe de muerte.

### III.—BIENES ADQUIRIDOS POR MARIDO Y MUJER DURANTE EL MATRIMONIO

#### A. DEL OTRO CÓNYUGE

##### a) *Título lucrativo.*

Como hemos resumido en otro trabajo (28) y como es sabido, desde los primeros textos del Derecho romano, la donación fue considerada como un negocio jurídico antieconómico que no merecía el favor del Derecho; desde la Ley Cincia *de donis et moneribus*, del año 204 antes de Jesucristo, hasta el sistema de la insinuación judicial del Derecho Justiniano, el instituto de la donación es reglamentado bajo este principio.

Durante los primeros tiempos de Roma, la manus, hacía que todos los bienes de la mujer pertenecieran al marido; ello imposibilitaba toda donación; pero cuando la mujer no había caído *in manus*, la donación entre cónyuges se hacía posible y la precitada Ley Cincia la abonó, al considerar a los consortes como *personae exceptae* de su prohibición de las donaciones excesivas.

Pero en el Derecho clásico, fueron prohibidas las donaciones entre cónyuges; el divorcio y con él la más absoluta relajación de las costumbres, fueron poniendo de manifiesto los inconvenientes e injusticias de tales donaciones. Ya no se veía en el matrimonio un lazo sagrado, sino una especulación; el cónyuge más fuerte y menos escrupuloso, explotaba el cariño o la debili-

(28) «La Presunción Muciana y los bienes adquiridos durante el matrimonio por mujer catalana». Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona (1949) y publicada por dicho Colegio en volumen titulado «Propiedad y Matrimonio» (1956).

dad del otro, para despojarle de sus bienes; muchas veces, la amenaza de divorcio era el vehículo más fácil para llegar a su fin de obtener liberalidades de su consorte. Hasta tal punto llegó el abuso, que sin ley especial, se impuso la costumbre con toda su autoridad, y con la anuencia de los juriconsultos se prohibieron las donaciones entre cónyuges.

Más tarde, tal estado de derecho obtuvo su consagración en el Digesto; la Ley 1 del Título I Libro 24 de dicho cuerpo legal (Ulpiano, Comentarios a Sabino, Libro XXXII) reza así: «Está admitida entre nosotros por la costumbre, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer. Pero se admitió esto para que recíprocamente no se despojasen por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones, sino haciéndolas respecto de sí, con dispéndiosa facilidad».

Ahora bien, como nos dice el mismo Ulpiano (Comentarios a Sabino), el Emperador Antonio Augusto, antes de la muerte de su padre el Divino Severo, en una Oración pronunciada en el Senado, siendo Cónsules Fulvio Emiliano y Numinio Albino, aconsejó que se moderase un poco el rigor del Derecho, con estas palabras: «es lícito ciertamente que se arrepianta el que donó, pero es duro y avaro que el heredero la quite, acaso contra la última voluntad del que hubiera hecho la donación».

La oración del Emperador sobre la confirmación de las donaciones, se refiere a todas; no solamente —sigue el texto de Ulpiano— a las cosas que a nombre de la mujer se compraron por el marido, sino a todas las donaciones hechas entre marido y mujer, para que de derecho se hagan las cosas de aquel a quien fueron donadas... para lo cual opino que habrá de haber lugar de este modo, como si por testamento haya sido confirmado lo que se donó.

En su virtud, y a propuesta de Antonio Augusto, se dulcificó el Derecho en este particular, rigiendo el Senadoconsulto de Caracalla, que revalida con efectos retroactivos las donaciones entre cónyuges, si el donante hubiera muerto sin haberlas revocado.

La donación entre cónyuges era, pues, válida, pero revocable hasta el fallecimiento del donante: fallecido éste, sus herederos no pueden revocarla, al no ser que *appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem*. El donante, tiene el derecho de reivindicar la cosa donada, sin que el donatario pueda prevalecerse de la usucapión, pues su posesión carece de justa causa. Si la cosa ha sido consumida, el donante tendrá una *condictio*. Si la mujer premuere al marido, queda revocada sin más la donación.

El Código civil, en su artículo 1.334 proclama la nulidad de toda donación entre cónyuges durante el matrimonio.

Para Mucius Scaevola, Manresa, Sánchez Román, Castán..., la donación entre cónyuges está prohibida por el artículo precitado; por tal precepto —afirma Mucius— la donación entre cónyuges son nulas *per se* y para siempre, sin posibilidad de ser

purificadas, ni por el transcurso del tiempo, ni por la acción de una voluntad encaminada a lavarlas de la mancha original de nulidad.

Se trata —afirma Castán refiriéndose a Manresa— de una nulidad de pleno derecho o inexistencia y, por tanto, dichas donaciones, no son susceptibles de confirmación.

Nuestro querido compañero Vallet de Goytisolo, en un magistral Dictamen publicado en este ANUARIO DE DERECHO CIVIL (29), con su maestría reconocida, inicia una interpretación novísima y verdaderamente genial de este artículo 1.334 del Código; interpretación que más tarde defiende a fondo con la riqueza de citas y argumentos a que nos tiene acostumbrados; en su monografía «La donación *mortis causa* en el Derecho civil español» (30) y en su estudio publicado en este mismo ANUARIO (31) y titulado «Donación, condición y conversión jurídica material».

Para Vallet la tal donación entre cónyuges, vale como donación *mortis causa*. El artículo 1.334, no dice que entre cónyuges sea nula toda donación otorgada durante el matrimonio, como, en cambio, dispone el artículo 1.335 respecto a las donaciones otorgadas a favor de los hijos que el otro cónyuge pudiera tener de anterior matrimonio; o a las personas de quien el consorte del esposo donante fuera presunto heredero. Se limita a decir que será nula toda donación entre los cónyuges *durante* el matrimonio. Por ello —afirma remarcando la palabra *durante*— es ciertamente la interpretación más lógica, considerar que si el cónyuge donante muere sin haber modificado su disposición, desaparece el obstáculo legal que había hecho nula la donación hasta aquel momento, es decir, *durante el matrimonio*.

Pues bien; el proyecto de la Comisión de juristas, siguiendo el sistema del Código civil francés, la opinión de la mayoría de los tratadistas de Derecho catalán (32) y la interpretación de Vallet al Código civil, establecía que las donaciones y liberalidades entre cónyuges son siempre revocables a voluntad del donante.

La Comisión de Justicia de las Cortes —según Faus y Con-

(29) Tomo II, 1949, pág. 654.

(30) Madrid, Editorial Reus, 1950.

(31) Tomo V, 1952.

(32) BORRÉL, «La prohibición de hacerse donaciones los cónyuges no produce su nulidad, aunque lo afirme así la jurisprudencia, sino que las hace rescindible a voluntad del donante». *Obra citada*, pág. 369, Volumen III.

BROCA: «Las donaciones entre cónyuges no son nulas, empero su eficacia depende de que el donante no las revoque por actos intervivos o de última voluntad». *Derecho Civil Catalán*, pág. 485.

PELLA: «Por aplicación no sólo del Derecho romano, sino del Capítulo VIII de las Decretales *De donationibus inter virum et uxorem* sostiene la ineficacia de tales donaciones, que adquirirán validez después de la muerte del donante si fué voluntad de éste el confirmarlás (*obitu confirmetur*)». *Derecho Civil de Cataluña*. IX, pág. 180.

domines (33)— de acuerdo con las enmiendas presentadas, restableció el criterio riguroso de la *Lex Cincia*, Senadoconsulto Caracalla y Decretales, proclamando en el artículo 20 de la Compilación, que las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio serán nulas; pero si el cónyuge donante fallece sin haberse arrepentido de ellas o sin revocarlas, quedarán retroactivamente convalidadas.

La solución legal, poco defendible desde el punto de vista doctrinal, al dar lugar a un acto radicalmente nulo, susceptible de convalidación, en contra del principio *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*, produce en el campo práctico la consecuencia de que la donación entre cónyuges no produce la transmisión de la propiedad al cónyuge donatario, y, por tanto, ha dejado de ser inscribible en el Registro de la Propiedad.

A este criterio, responde la regulación de los efectos de la donación que expone el artículo 22 de la Compilación; hasta que en su caso queda convalidada la donación, el cónyuge donatario no será acreedor de lo prometido por el donante y tampoco adquirirá la propiedad de la cosa donada. Si ésta le hubiese sido entregada, obtendrá el donatario la simple posesión de la misma; pero si el cónyuge donante le sobrevive o se arrepiente de la donación o la revoca, él o sus herederos podrán reivindicarla. Si la cosa donada no fuere susceptible de reivindicación o consistiere en dinero que posteriormente haya sido invertido, el cónyuge donante o sus herederos sólo podrán reclamar del donatario, que abone la cantidad en que al tiempo de la reclamación resultare enriquecido con la donación, sin que pueda esta cantidad rebasar el importe de lo donado.

#### b) A título oneroso:

El derecho anterior al Código civil, la jurisprudencia y la doctrina con rara unanimidad, basándose en el anticuado prejuicio de la unidad de persona y en la necesidad de la licencia marital, entendían que eran nulos los contratos celebrados entre marido y mujer.

Después de la promulgación del Código civil, y siguiendo la orientación de la doctrina, nuestro Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 21 de febrero de 1900 que ni por precepto terminante de la Ley, ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que con el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando ésta su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de la familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y

(33) *Obra citada.*

teniendo en cuenta las prohibiciones concretas establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que aquellos pactos o conciertos que entre sí realicen, mientras no afecten al régimen de la sociedad, ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses, o tiendan a eludir alguna ley prohibitiva, son perfectamente válidos, tanto más, cuanto que facilitan el funcionamiento de la sociedad expresada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, declaró aplicables a Cataluña y derogatorias del Derecho romano, las disposiciones del Código civil sobre capacidad de los cónyuges para contratar y especialmente su artículo 1.458 (34).

Pues bien; todas o casi todas las prohibiciones del Código de contratos entre cónyuges, están basadas en el temor a que mediante ellos se encubrieran verdaderas donaciones o en la esencia misma del régimen legal castellano de sociedad de gananciales, inspirándose en esta última razón, la excepción contenida en el artículo 1.458 del Código civil.

Siendo en Cataluña el régimen legal matrimonial el de separación de bienes, no existía obstáculo insuperable para admitir el contrato de compra-venta, la permuta y la transacción entre cónyuges; no obstante, si para autorizarlo bastaba al Notario la declaración de los cónyuges de estar sujetos al régimen de separación de bienes, para conseguir la inscripción se exigía en el Registro de la Propiedad que la existencia de tal régimen se acreditara fehacientemente. El obstáculo era fácilmente franqueable, mediante la autorización de escritura previa de capítulos matrimoniales, de contenido totalmente insustancial, en la que los cónyuges declaraban ser catalanes, haber contraído matrimonio con tal regionalidad y estar sometidos, por tanto, al régimen legal de separación de bienes.

El artículo 11 de la Compilación, acaba con estos artificios, al estatuir que en régimen de separación de bienes, serán válidos los actos y contratos que durante el matrimonio celebren entre sí los cónyuges a título oneroso.

Pero, si desde este punto de vista, facilita la contratación entre cónyuges, al concluir, sentando como presunción *inuris tantum*, que en caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados, hace devenir de muy escaso valor práctico la admisión de la contratación entre cónyuges.

No negamos la buena voluntad del legislador al sentar la presunción, para con ello evitar continuos fraudes. Pero esa prueba del carácter oneroso, resulta en la mayoría de los casos casi diabólica, dado que a nuestro juicio no bastará para destruir la

---

(34) Resoluciones de 28 de noviembre y 6 de diciembre de 1898; 23 de octubre de 1899; 26 de abril de 1901 y 14 de noviembre de 1906.

presunción, la fe notarial de que el precio ha sido pagado en el acto, y siendo ello así, ¿cómo destruirla?.

Por otra parte, no debemos olvidar, de que en el supuesto de que sea la mujer la adquirente, entrara en juego por interferencia, la presunción muciana que recoge el artículo 23 de la Compilación, llegando con ello, al siguiente resultado: si la mujer puede justificar el carácter oneroso de su adquisición, pero no que el precio proceda de sus bienes privativos, el dicho precio constituirá donación de su marido; y si la mujer no puede justificar el carácter oneroso de su adquisición, el acto, como donación prohibida por el artículo 20, será nulo.

Vemos, pues, que la Compilación, a trueque de consagrar como principio general la contratación entre cónyuges, que como hemos dicho se admitía en Cataluña, al establecer la presunción *iuris tantum* de que tales contratos son a título lucrativo, en lugar de dejar la cuestión al libre juego de las acciones subrogatoria, de simulación y pauliana, ha dejado mucho más carentes de sentido práctico estos contratos.

Con todo, quien quiera donar a su cónyuge un inmueble, será asesorado de que ni el Notario autorizará la escritura, ni el Registrador la inscribirá, por estatuir la Compilación la nulidad de dicho acto al no ser que se otorgue en capitulaciones matrimoniales; pero que puede obviar tales obstáculos llegando al mismo fin, dando al acto el nombre de compraventa y haciendo constar la mediación de un precio ilusorio.

## B. DE EXTRAÑO A TÍTULO ONEROSO

En Derecho romano, las adquisiciones constantes matrimonio, pertenecía exclusivamente al consorte con cuyo efectivo se realizaban.

Ahora bien; ante la enorme dificultad de determinar en muchas ocasiones, si el dinero con el que se realizaba la adquisición, pertenecía al marido o a la mujer, la Ley 51, Libro XXIV, Título, I del Digesto (de ella nos da fé Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio*, Libro V), proclamó la llamada presunción muciana (35): en caso de discusión o controversia, y a falta de prueba,

(35) El más eminente de los veteres —así llamaban los clásicos a los antiguos juriconsultos— es QUINTO MUCIO SCAEVOLA, el joven *pontifex maximus*. Hacia el año 100, antes de Jesucristo, escribe su extensa y famosa obras en 18 libros, sobre *ius civile*, en la que por primera vez se expone sistemáticamente el Derecho privado. Su nombre perdura en dos instituciones: Presunción y caución muciana.

Dicho texto del *Digesto* dice así: «Dice QUINTO MUCIO que cuando vino a controversia de dónde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es más verdadero y más honesto, que lo que no se demuestre de dónde lo tenga se considere que fué a poder de ella, de su marido o de quien bajo la potestad de él estuviere». Pero parece que QUINTO MUCIO aprobó esto para evitar, respecto de la mujer una torpe ganancia.

Con este texto nace a la vida del Derecho la *Presunción Muciana*.

se presume que el dinero era del marido y que, por consiguiente, que si la cosa se adquirió por la mujer, lo fué por donación de su marido.

La legislación (36), la jurisprudencia (37) y la doctrina (38), en este punto siempre contextes, proclamaron la vigencia en Cataluña, de la Presunción Muciana.

En Derecho histórico castellano, tuvo vigencia hasta que fué abolida por la costumbre. En ella se inspiró el artículo 1.407 del Código civil, que reproduce la Ley 203 de Estilo y la 4, Título I, Libro X de la Novísima Recopilación (40).

La Presunción Muciana, ya en su formulación romana —a favor del marido—, ya en su formulación más moderna —a favor de la sociedad de gananciales—, rige necesariamente en todos los sistemas de bienes del matrimonio, aun cuando es evidente que alcanza su mayor virtualidad en el régimen de separación de bienes.

Y es que ambas presunciones, la foral romana y la de derecho común, responden a la misma finalidad y tienen idéntica naturaleza jurídica; sea cualquiera que sea el sistema matrimonial de bienes, siempre existirán situaciones difusas, bienes de procedencia ignorada, que harán necesaria una presunción de pertenencia impuesta por el legislador. Tal vez la única excepción en Derecho comparado la constituya el Derecho anglosajón con la curiosa institución de propiedad separada y propiedad sin facultades de anticipación (*without power of anticipation*).

Pues bien: admitida desde siempre en Derecho catalán la vigencia de la Presunción Muciana, Roca Sastre, en sus *Instituciones de Derecho hipotecario* (41), ofreció una genial interpretación del texto romano que podemos resumir así:

Primero. El referido texto de Pomponio establece ciertamente una presunción *iuris tantum* de propiedad de las cosas que poseía la mujer, ya que reputaba que se las entregó su marido, pero esto cuando la mujer pretendía simplemente que eran suyas, sin de-

(36) Ley 51, Libro 24, Título 1 del *Digesto*, vigente en Cataluña: Libro V, rúbrica 1, Costumbre 8 del Código de las Costumbres de Tortosa; Costumbre III de la rúbrica IV del mismo Libro V de dicho Código: *Consuetudines et usantie*, de aplicación en la Diócesis de Gerona.

(37) Tribunal Supremo: Sentencia 19 de mayo de 1903.—Dirección General de los Registros y del Notariado: Resoluciones de 5 de julio de 1894, 17 de septiembre de 1895, 20 de mayo de 1896, 31 de marzo de 1900, 16 de enero de 1901, 1 de noviembre de 1906, 23 de abril de 1929...

(38) BROCA: *Instituciones de Derecho Civil de Cataluña*, I, 847. BORRILL: *Obra citada*, IV, 355. DURÁN Y BAS, CORBELLA, MARGART...

(40) En nuestra conferencia en la Academia Matritense del Notariado sobre *Proyección de la Presunción Muciana en Derecho Común*, en ningún momento afirmamos que la Presunción rígera en Derecho común, como parece nos atribuye BROSETA PONT, en un trabajo publicado en «Revista de Derecho Mercantil» (octubre-diciembre 1960) sobre *La Presunción Muciana y el derecho de quiebras*. Basta reflexionar un instante sobre el título de nuestra conferencia para convencerse de ello.

(41) Tomo III, págs. 196 y sigs.

mostrar la existencia de un título adquisitivo en cuya virtud las hizo suyas. Pero cuando, por el contrario, la mujer alegaba tal título adquisitivo, por ejemplo, una compraventa con tradición, entonces ya no podía actuar la Presunción Muciana respecto de la cosa adquirida.

Segundo. En tal caso, actuaba respecto al precio con el que se compró la cosa. En caso de compra por la esposa, lo comprado queda en propiedad de ésta, y el dinero, se presume que era del marido, el cual se lo dió a ella; viéndose aquí una donación de marido a mujer, será, como tal donación, esencialmente revocable. Al actuar respecto al dinero la Presunción Muciana, surgirá una donación que como tal podrán atacar fácilmente, por la acción pauliana, los acreedores, y en caso de revocar el marido esta donación de dinero, éste tendrá un crédito dinerario contra su mujer, crédito que dichos acreedores podrán embargar.

En una palabra, la mujer será propietaria de la cosa; el marido tendrá un crédito contra su mujer si revoca la donación que de este precio presume el texto de Quinto Mucius.

Nosotros, muy modestamente, pero con un buen número de razones tomadas de los mismos textos romanos; de la esencia de la institución de la subrogación real; de la doctrina de los romanistas, civilistas nacionales y extranjeros y de los autores regnicolas; de una interpretación gramatical, lógica y sistemática del texto del Digesto, y de la única justificación de una práctica notarial, intentamos demostrar en la ya citada conferencia dada en el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona, que esta interpretación no era admisible en el campo del derecho vigente, aun cuanto sí en el del derecho constituyente, en el que no dudáramos en suscribirla, reconociendo que la tesis de Roca Sastre estaba más acorde con nuestros tiempos sus necesidades jurídico-patrimoniales y con la realidad y dignidad de la mujer catalana en el siglo que nos ha tocado vivir.

Por ello terminábamos nuestra conferencia en estos términos:

Tal es, pues, el régimen jurídico que por vigencia de la Presunción Muciana impera en el antiguo Principado.

Ello no quiere decir que sea justo y responda a la realidad de la mujer casada catalana en el siglo en que vivimos. La mujer —dijo Simmel— es, mientras que el hombre va siendo; lo subjetivo —dice la condesa de Campo Alange, en su obra recientemente publicada, *La secreta guerra de los sexos*— es femenino; objetivo, lo masculino. Y Fernández Flores, hace pocos meses, desde la tribuna de la Academia de Doctores de este Distrito Universatario, nos habló de la superioridad de la mujer en la especie.

Uno de los trabajos más terribles —ha dicho tan ilustre académico, más en serio que en broma— que pesan sobre la Humanidad es el de una verdadera mujer de su casa con recursos económicos modestos. Muy poco de lo que hace hoy persiste

mañana. Cada día trae cavilaciones y plantea problemas desesperadamente iguales a los del anterior, cuando no son más graves. Los habitaciones arregladas y limpias la víspera han de ser vuelta a limpiar y arreglar; la comida ha de ser hecha ahora y después y mañana y en todas las jornadas. Apenas está hecho todo ya queda deshecho. Sísifo es el ejemplo de esta clase de labor, y también las famosas cuadras mitológicas que al fin consiguió limpiar definitivamente, nada menos que Hércules, en uno de sus famosos trabajos.

Ante éstas y otras muchas consideraciones, más bien a esgrimir por sociólogos que por juristas, se impone la conclusión de que tal régimen jurídico no responde a lo que la mujer es y representa en el hogar en la adquisición y, sobre todo, en la economía y conservación de patrimonio familiar; si su reforma se impone, la Comisión de juristas para la Compilación del Derecho Foral de Cataluña tiene la palabra al contestar el epígrafe «Presunciones de donación», de las normas circuladas por la Presidencia a las subcomisiones: la desiderata, a que invita, no será ciertamente el régimen jurídico actual.

Pero mientras tanto no creemos posible, con arreglo a la legislación vigente, otra interpretación de nuestro régimen jurídico económico familiar, que la por nosotros defendida.

Con todo, no negamos la posibilidad de otro camino viable que nos lleve al mismo resultado, reconociendo, como reconocemos, que, como muy bien ha dicho Edmundo Husserl, la ley reina y la jurisprudencia gobierna.

Pues bien: bajo la fe de dos ilustres y queridos compañeros, nuestro Decano Faus Esteve (42), Vocal ponente cualificadísimo de la Comisión de Juristas para la redacción del Proyecto de Compilación del Derecho civil catalán, y Pelayo Hore, Notario de Madrid y Vocal no menos cualificado de la Comisión de Codificación (43), podemos decir:

Que el artículo 38 del Proyecto de la Comisión de Juristas, apartándose bastante del artículo 99 del Proyecto de 1930 (44), decía: «Los bienes de la mujer, incluso el dinero y demás bienes invertidos en la adquisición de otros, se presumirá que le

(42) *Obra citada*, pág. 63.

(43) *La Presunción Muciana*. Amenísimo artículo publicado en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Junio 1961.

(44) En este proyecto, basado en el formulado antes de la promulgación del Código civil, por el eminente juriconsulto don MANUEL DURÁN Y BAS, y revisado y completado en 1930 por la Comisión integrada por tan ilustres juristas como los señores MALUQUER Y VILADOR, DE ABADAL, HURTADO, BORRELL, MASPONS Y ANGLASSELL, MARTÍ MIRALLES Y ANGÜERA DE SOJO, recogiénose el Derecho vivo en Cataluña se proclama la *Presunción Muciana* en estos términos: «Artículo 99.—Los bienes adquiridos por la mujer durante su matrimonio, se presumen donados por el marido, al no ser que los mismos o su precio tengan otra procedencia. La mujer deberá probar esta procedencia siempre que sea impugnada judicialmente.

previenen de donación de su marido, si no justifica de quién los adquirió. Esta donación se rige por los artículos precedentes.»

Que el artículo 29 del Proyecto de la Comisión de Codificación decía así: «Los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio, incluso el dinero y demás bienes invertidos en la adquisición de otros, se presumirá que lo han sido por donación de su marido, si no justifica de quién los adquirió. Esta presunción tan solo podrá ser invocada por los legitimarios y los acreedores del marido; estos últimos en la medida necesaria para el cobro de sus créditos.»

No prosperó, pues en la Comisión de Codificación el texto propuesto por la Comisión de juristas catalanes: entendió aquella que la Presunción Muciana debía configurarse como una institución contra el fraude (45) y limitó sus efectos a los acreedores y a los legitimarios.

Pero tal criterio de la Comisión de Codificación tampoco tuvo mejor fortuna en la Comisión de las Cortes, que, restableciendo en principio el texto del proyecto, admitió en absoluto la tesis de Roca Sastre, redactando el artículo 23 en los siguientes términos en los que fué aprobada la Compilación: «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiera verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por su marido. A estas donaciones les serán aplicables los artículos 20 y demás comprendidos en este capítulo.»

Vemos, pues, y con gran satisfacción, consagrada legislativamente la tesis de Roca Sastre. Pero con todo, es tan grande la fuerza de la tradición, tan evidente la misma realidad de la vida y de tanta consistencia los argumentos que basaban la tesis contraria, que no creemos terminada la polémica, ni en la doctrina ni en el campo judicial.

Dos juristas tan insígnis en la Comisión de juristas redactora del proyecto como Faus y Condomines, en su glosa al artículo 23 (46), después de afirmar paladinamente que la Presunción Muciana no actúa nunca sobre la cosa, sino sólo sobre el precio, «que es en definitiva lo que decían las fuentes romanas» (?), afirman que con esta nueva redacción no se perjudican los derechos

(45) PELAYO HORE, en su trabajo precitado, buscando fundamentos a la presunción muciana rechaza dos de los del texto romano «es más honesto» (tesis de SCAEVOLA) y enriquecimiento a expensas del caudal del marido (tesis de POMONIO), pero nada nos dice del tercer fundamento; también de SCAEVOLA, «es más verdadero». Y buscando también base a la prohibición de donación entre cónyuges nos habla de tres miedos: miedo al miedo, miedo al amor y miedo al fraude; descartados en nuestros tiempos los dos primeros, queda como única fundamentación el miedo al fraude.

(46) *Obra citada.*

de acreedores y legitimarios, pues si el acto ha sido simulado o fraudulento, si no se trata de bienes *adquiridos* por la mujer, sino de bienes *puestos* a nombre de la mujer, serán de aplicación las normas generales que la Ley y la jurisprudencia han previsto y aplicado para tales casos.

Lo primero que cabe objetar es lo quebradizo de la distinción entre bienes *adquiridos* por la mujer y bienes *puestos* a nombre de la mujer: es la distinción del texto de la Ley 50 del Digesto, «pero si la mujer no había comprado el esclavo, sino que recibió del marido el dinero para comprarlo...»

Por otra parte, pensemos un momento en la esencia misma de toda presunción: el legislador se sirve de ella como medio de hallar solución al caso concreto: al valorar lo que presumiblemente es justo, y a falta de un fundamento en absoluto convincente, utilizará el resultado que obtenga como sucedáneo. La mujer durante el matrimonio adquiere determinados bienes: conforme a los principios clásicos en materia de prueba y a viejos aforismos, sería el actor —en nuestro caso el marido, sus legitimarios o sus acreedores— los que tendrían que justificar para perseguir dichos bienes, que los adquirió la mujer por donación que le otorgó su marido. Sin embargo, se establece por el ordenamiento jurídico una presunción en el sentido de que es la mujer la que debe probar que los bienes adquiridos son privativamente suyos, que tienen la consideración legal de dotales o de parafernales, que no le previenen de donación de su marido. ¿Por qué razón? Porque se supone que todo lo que adquiere la mujer durante su matrimonio le previene de su marido. ¿Y por qué se supone esto? Porque es lo natural, lo lógico, la solución que nos dicta nuestro subconsciente. Para evitar que el juez pudiera no tener en cuenta tales circunstancias es precisamente por lo que el legislador establece toda presunción.

Pues bien: en los términos en que la Presunción Muciana es proclamada por la Compilación, esta realidad de la vida, de la que el legislador hace dimanar la presunción, se recoge sólo a medias. Se presume que el precio con el que la mujer adquirió el bien le fué donado por su marido. Pero ello puede no bastar a la satisfacción de los intereses del marido, de los legitimarios y de los acreedores de éste; lo que costó o consta que costó diez resulta que vale mil. Y entonces el perjudicado, aunque no esté protegido por la Presunción Muciana, ejercerá sus acciones de impugnación por simulación. La mujer —afirmará— no compró el bien, sino que recibió del marido el dinero para comprarlo, o, lo que es lo mismo, el marido puso la finca a nombre de su mujer. ¿Pruebas?: La mujer en el acto de la compra no tenía efectivo para realizarla. Y entonces, aun sin Presunción Muciana, la mujer se verá compelida a justificar la preexistencia en su patrimonio, con la antelación necesaria que la misma naturaleza de las cosas impone, del dinero invertido en la compra.

No faltará quien piense que para que la presunción cumpla su fin de traducir lo más verosímil, falta, a renglón seguido del párrafo primero del artículo 23 de la Compilación, la coletilla que encierran estas o parecidas palabras: «siempre y cuando justifique racionalmente su preexistencia en su patrimonio».

Desde otro punto de vista y en contra del parecer de los repetidos Faus y Condomines (47) creemos sigue teniendo gran interés el problema del valor que deba darse a la confesión por el marido de que el dinero con el que su mujer adquiere procede de sus bienes parafernales, no comprendiendo la relación que esta cuestión pueda tener con la supresión de la licencia marital, toda vez que, con o sin ella, el marido —del que es difícil prescindir por las razones antes expuestas— puede hacer esta declaración, y el valor atribuible a la misma queda latente pidiendo una solución.

Hemos sostenido (48), y seguimos sosteniendo, que si el marido confiesa que el dinero básico de la adquisición es parafernial, tal confesión, pura, simple y escueta, sin el aditamento de prueba de clase alguna, ningún efecto jurídico puede producir, ni tan siquiera el de obligar al marido y a sus herederos: opinamos, y seguimos opinando, que civilmente la tal confesión carece de todo valor jurídico y la cláusula notarial que la refleja es totalmente inoperante, vacua y sin sentido jurídico (49).

Es evidente que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 da valor pleno a la confesión extrajudicial del marido y encierra gran peligro para la seguridad del tráfico.

Cierto que se contempla en la sentencia un caso especialísimo de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por separación de los cónyuges; cierto también que se puntualiza en sus considerandos que la Sala apelada, «haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 1.239 del Código civil —al estatuir que la confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba— da valor a la confesión extrajudicial realizada por el marido en la escritura de autos, en el sentido de haberse adquirido los bienes en cuestión con dinero de la mujer y que también remarca que esta apreciación no se ataca por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea por error de derecho en la apreciación de la prueba, por cuya razón desestima el recurso de casación en

---

(47) *Obra citada.*

(48) *La Presunción Muciana y una práctica notarial.* «La Notaría». Publicación del I. Colegio Notarial de Barcelona. *Proyección de la Presunción Muciana en Derecho común.* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de diciembre de 1955 (Instituto Editorial Reus, 1959).

(49) Aun cuando la cláusula no fuera una rutina, sino una costumbre, como quiere PELAYO HORR, siempre sería *contra legem*.

este punto. Igualmente cierto es que el juzgador apoya su fallo no sólo en la confesión del marido hecha en la escritura de compra, sino que también en una conjetura basada en el hecho de que en la escritura figura la mujer como adquirente de los bienes, siendo asistida por el marido para completar su personalidad, cuando lo lógico sería que si las fincas se adquirieron por el marido para la sociedad conyugal, y con dinero perteneciente a ésta hubiera figurado en ella éste como comprador, ya que es el representante legal de dicha sociedad.

Todo ello es cierto, pero también lo es que, descartado este último argumento por su manifiesta inconsistencia, la sentencia da valor pleno a la confesión extrajudicial del marido hecha ante el Notario autorizante de la compra. Por ello debemos insistir en el peligro que tal doctrina encierra. Es más, vemos en ella una brecha abierta en el fortín que para terceros representa la Presunción y no dudamos en afirmar que de generalizarse y consolidarse tal doctrina podría acabar con ella la virtualidad y efectividad práctica del artículo 1.407 de nuestro Código civil y del artículo 23 de nuestra Compilación.

No vamos a repetir todos y cada uno de los argumentos sentados en anteriores estudios sobre el problema. Sólo diremos que si la tesis por nosotros defendida en el trabajo «La Presunción Muciana y una práctica notarial» mereció ser aceptada por Roca Sastre, quien concluye afirmando que la confesión del marido no hace prueba contra su autor, pues ella implicaría designio de eludir el cumplimiento de las leyes, ya que serviría para convertir prácticamente en irrevocable una donación que la Ley quiere de todos modos que sea revocable: la misma tesis, defendida ciertamente con mayor acopio de argumentos en nuestra conferencia dada en la Academia Matritense del Notariado en el año 1955, mereció asimismo el honor de ser sustentada por nuestra Dirección en su resolución de 11 de marzo de 1957, en la que recogiendo de aquéllos los capitales, de que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes y, por tanto, cuando versa sobre materias sustraídas por ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, puesto que de no ser así se podría conseguir mediante la prueba de la confesión, lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal: una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código civil; y de que el principio de derecho que prohíbe ir válidamente contra los actos propios se refiere a los lícitos y carece de aplicación cuando se trata de actos contrarios a la Ley, sienta la doctrina de que tal confesión hecha por el marido en el título adquisitivo de la finca, conforme reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es suficiente por sí sola para destruir la presunción del artículo 1.407 del Código civil ante el peligro de que por la sola vo-

luntad de uno de los cónyuges, queden alterados los derechos que en la sociedad conyugal les corresponden o los que se atribuirán a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio.

Basta sustituir las citas de los artículos 1.334 y 1.407 del Código civil por la de los artículos 20 y 23 de la Compilación para llegar a los mismos resultados en Derecho catalán.

Pero hoy hay más: el artículo 23 de la Compilación tiene su pequeña historia. ¿Por qué si el texto propuesto por la Comisión de Códigos hablaba de que la presunción sólo podría ser invocada por los legitimarios y los acreedores del marido, el texto del artículo que hoy es ley silencia toda excepción? ¿No hubiera sido más lógico que, consciente de la importancia de la cuestión, hubiere excepcionado la invocación del marido en caso de haber mediado su confesión?

No escapa ello a Pelayo Hore cuando afirma, refiriéndose a la sentencia de 2 de febrero de 1951, que aunque sea dudoso que después de la Compilación pueda sustentarse la misma opinión, se inclina a la afirmativa. En efecto es dudoso, más que dudoso, y el problema no tiene la fácil solución que inicia, consistente en que el marido otorgue carta de pago diciendo que la mujer le había reintegrado el precio; lógicamente —afirma— no podría ya el marido volver a revocar de nuevo la donación y exigir de su mujer el reembolso del precio por segunda vez. ¿Y por qué no? —nos preguntamos—. ¿Por qué a una segunda o tercera confesión no le hemos de dar el mismo alcance jurídico que a la primera? Si la mujer no justifica la procedencia del dinero entregado al marido en pago del que se presupone le donó éste para la adquisición, ese dinero con el que creyó solventar su deuda se presume que fué donación. Mientras no justique lo contrario le propondrá de él.

Otra cuestión del máximo interés que puede suscitar el artículo 23 de la Compilación la constituye su compaginación con el artículo 20 de la misma Compilación. «El aparentemente inofensivo artículo 23 —dice Pelayo Hore— al combinarse con el no menos inofensivo artículo 20 producen una mezcla altamente explosiva». Centrando la cuestión tan brillante jurista, en el establecimiento mercantil propiedad de la mujer y en la cuenta corriente abierta por ésta en cualquier Banco, obtiene los siguientes resultados: el negocio mercantil, si la mujer no puede —como ocurrirá en muchos casos— presentar título de compra, será del marido, porque habrá que presumir que se lo donó el marido, cuya donación es nula (art. 20); por consiguiente, el negocio será del marido y no de la mujer, sin necesidad de revocación marital, y nulos serán cuantos actos lleve a cabo la mujer como supuesta propietaria del negocio. En cuanto a la cuenta corriente de la mujer, el dinero en ella ingresado es dinero que a la mujer le donó su marido y esa donación es nula. «La conclusión —afirma— es sorprendente, pues-

to que consiste en que cuando la mujer intentara retirar alguna suma de su cuenta corriente, el Banco obrará prudentemente si se niega a pagarle, ya que el saldo *prima facie* no es de la mujer, sino del marido, aunque éste no haya hecho uso de su facultad de revocar. Si el Banco paga y el marido después revoca, el Banco podrá verse obligado a reponer el saldo de la cuenta, pues por raro que parezca es lo que resulta de combinar los artículos 20, 22 y 23 de la Compilación.»

A nuestro juicio, el párrafo segundo del artículo 49 y los términos en que está redactada la disposición final primera de nuestra Compilación evitan estas absurdas consecuencias.

Dice dicho párrafo del artículo 49 que en la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales. Y siendo más lógico por su carácter más general dar preferencia a esta presunción que a la del artículo 23, resultará que aquel negocio mercantil y aquel saldo de cuenta corriente a que alude Pelayo Hore deberán presumirse bienes parafernales y que, por lo tanto, sobre ellos tendrá la mujer absolutos poderes de administración y disposición.

Por otra parte, la primera de las disposiciones finales de la Compilación, si bien en el proyecto del Gobierno tenía carácter derogatorio de todo el derecho anterior, por la opinión general de los juristas catalanes que querían su radical supresión, se aprobó con carácter meramente sustitutivo, pero nunca derogatorio, permitiendo con ello que en la Exposición de Motivos de la misma ley se pueda afirmar que al surgir problemas de interpretación, de integración o de lagunas que deban colmarse, tenga la importancia lógica que es inexcusable, la consulta de la vieja ley, de la doctrina y de la jurisprudencia que supla aquellos defectos.

Pues bien, siendo, ello así, al intérprete del artículo 23 no se le puede olvidar el texto del Digesto al que debe su origen, y si consulta tal texto observará en seguida que comienza con las clásica palabras *de quum in controversiam venit*; sólo cuando surgía la controversia nacía la Presunción Muciana.

De ello claramente se derivan estas conclusiones: todos los bienes de la mujer, y con ellos aquella cuenta corriente y negocio mercantil, se presumen bienes parafernales, conforme al artículo 49 de la Compilación; sólo cuando surge controversia, o sea cuando el marido revoca su presunta donación, cobra vida la Presunción Muciana y entra en la lid el artículo 23 que la consagra.

Claro es que con todo no vemos ninguna razón que justifique la mutilación que el artículo 23 representa en este punto del texto de Pomponio, mutilación que autoriza a Pelayo Hore a afirmar que la Compilación no espera a que haya controversia, sino que la presunción la establece desde el primer momento.

Sin esfuerzo dialéctico alguno llegamos a la conclusión de que

la materia es de lo más complicado y confuso que pueda imaginarse, prestándose a disquisiciones sin fin. El criterio de nuestra Compilación es justo al suavizar en bien de la mujer la rigidez de su formulación romana; plagiando a Pelayo Hore, y con su mismo grafismo, podemos decir que Roca Sastre ha elaborado su teoría consagrada en la Compilación, sobre el alcance de la institución, con el mismo cariño e idéntica precaución con que un domador recorta las uñas y lima los colmillos de una pantera.

La Presunción Muciana, institución discutida, como afirma el preámbulo a la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares, ha sido suprimida en este derecho, proclamando el artículo 3 de su Compilación que pertenecerán por mitad y proindiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno.

El supuesto de derecho en ambas legislaciones forales es el mismo: régimen absoluto de separación de bienes. El tiempo nos dirá cuál de las dos compilaciones estuvo más acertada al resolver el problema crucial de su conservación o su supresión.

Para Pelayo Hore, la Presunción Muciana es injusta, terminando tan querido compañero su artículo precitado con este bonito simil: «La carretera que de Barcelona conduce a Tarragona es la antigua vía Augusta; cerca ya de Tarragona se encuentra atravesada por el Arco de Bará, levantado a la memoria de Lucio Licinio Sura, general que fué de nuestro compatriota el gran Trajano. Triste es reconocerlo, pero es lo cierto que bajo el arco que pasaron orgullosas las Legiones, no cabe el vulgar camión de una empresa de transportes. No ha habido otro remedio que desviar la carretera a derecha e izquierda del arco, que así ha quedado impracticable, protegido por un bordillo y algunas plantas decorativas. Mas como está en una recta, produce el efecto óptico, especialmente de noche, de que la carretera sigue, como hasta hace pocos años, pasando bajo el arco, y ello expone al conductor de un vehículo a saltar sobre el bordillo, perder la dirección y estrellarse contra reliquias tan venerables. Y a que las ruínas romanas cuanto están en medio de un camino son peligrosas.»

He pasado infinitas veces por el Arco de Bará y es rigurosamente cierto tal efecto óptico, pero con todo doy fe que en tan bello paraje no campeó ninguno de los abrumadores postes indicadores de muertos y heridos, que gracias a Dios han sido retirados de nuestras carreteras. Y lo que seguramente no sabe nuestro querido compañero, es que durante nuestra guerra, dada la consigna de destrucción de puentes, los nativos de Torre d'en Bará, hoy Torredembarra, tuvieron que evitar que una brigada roja volara con dinamita tan preciado monumento.

Las instituciones jurídicas consagradas por los siglos están tan arraigadas en la conciencia del pueblo, como cimentado en

la Via Augusta, hoy kilómetro tal de la carretera Valencia-Barcelona, el majestuoso Arco de Bará, para admiración de propios y extraños, y cuyas doradas piedras a pesar de sus siglos hacen germinar la semilla y nacer la vida en forma de inoportunas higueras que, en cuando en cuando, pretenden desarrollarse en sus alturas, y que es difícil y costoso exterminar.

Nuestra Compilación no se ha atrevido a suprimir la Presunción Muciana; como con el Arco de Bará, ha desviado el camino. La prudencia será siempre buen lema del legislador, porque ya que al mismo tiempo que en perpetua evolución, el Derecho como ciencia moral, debe ser exageradamente prudente en la evolución misma.

#### IV.—CAPACIDAD OBLIGACIONAL DE LA MUJER

La Auténtica «*Si qua mulier*», reproduciendo el capítulo VIII de la novela 134 de Justiniano, a su vez recogida en la Ley 22 del Código «*Ad senatusconsultum Vallicianum*»; y que sobrevivió en la Ley 61 de Toro y derogó el Código civil, prohibía a las mujeres casadas, garantizar ni con su persona ni con sus bienes las deudas de su marido, al no ser que el dinero por éste recibido se invirtiese en utilidad de la mujer.

La doctrina, no se puso de acuerdo sobre si era o no renunciabile el beneficio; algunos tratadistas (50) sostenían que la práctica autorizaba la renuncia, aunque no fuera corroborada con juramento; otros (51) afirmaban que tal práctica era contra *legen*.

Nuestra Dirección General, rechazó la renunciabilidad del privilegio, alegando que la auténtica *Si qua mulier*, declara nula y sin valor ni efecto alguno, la fianza de la mujer casada en favor de su marido, y que las leyes que oponen a su infracción la sanción civil de la nulidad, son por propia índole prohibitivas y por ende irrenunciables (52).

El capítulo II del *Recognoverunt Proceres* (53) dispone que si la mujer se obliga juntamente con su marido, no puede ser demandada sino una vez hecha excusión de los bienes de éste, y nada más que por la mitad de la deuda.

Y el Código de las Costumbres de Tortosa (54) estatuye que la mujer que se obliga con su marido, responde de la totalidad de la deuda, pero solamente después de hecha excusión en los bienes del marido.

Hasta aquí, la doctrina aplicable antes de la Compilación; ésta,

(50) COMES, GIBERT, BROCA AMELL, CORBELLÀ.

(51) DURÁN Y BAS, TRÍAS, BORRELL.

(52) Resoluciones de 26 de abril de 1894, 18 de marzo de 1896, 18 de marzo de 1897...

(53) Aplicable a Barcelona, Villafranca del Panadés y su Veguería.

(54) Costumbre 1, párrafos 1 y 2, rúbrica 7, II.-IV.

recoge la Auténtica, en el párrafo primero del artículo 322, al estatuir que será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma, y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión. Y en su párrafo segundo, acoge asimismo, generalizándola a todo el territorio catalán, la doctrina del *Recognoverum Proceres*, al decretar que cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, ésta, aunque participen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple.

Concluye el artículo, declarando en su párrafo tercero, la validez de las hipotecas constituídas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada. Ello obedece a una enseñanza de la práctica que no podía pasar desapercibida a los juristas notarios que formaban parte de la Comisión redactora del proyecto; cuando marido y mujer, dueños proindiviso de una finca la hipotecaban, no había más solución —dada la interpretación, a nuestro juicio, equivocada, dada en muchos Registros al artículo 217 del Reglamento Hipotecario— que constituir dos hipotecas: una, por el marido sobre su mitad, y otra, por la mujer, sobre la suya. Pero esto, que constituía el mal menor, por temor a lo que ocurriría en el supuesto de ejecución aislada (55), no era aceptado por algunas instituciones oficiales de crédito, que exigían una fórmula aún más absurda, pero más simple; que recibiera el préstamo la mujer y que el marido hipotecara su mitad de finca a la solvencia de tal préstamo. De ello resultaba —como dicen muy bien Faus y Condomines (56)—, que el beneficio de la mujer se convertía en perjuicio: en lugar de responder de la mitad, respondía con responsabilidad personal ilimitada de la totalidad del préstamo. A evitar tan odioso resultado, responde la muy acertada disposición legal.

No habla la Compilación del régimen especial de Tortosa, y a pesar de que los citados juristas (57) parecen opinar en contrario, creemos que dados los términos del artículo 2 de la misma Compilación, ha quedado derogada la especialidad tortosina.

El problema doctrinal de si la auténtica era o no renunciable, ha dejado de serlo dados los términos imperativos de la disposición, y a mayor abundamiento el que permita la renuncia de los beneficios del Senadoconsulto Valeyano en el artículo 321 y silencie la posibilidad de ella en el artículo 322.

Ahora bien, dados los términos del artículo 322 de la Compi-

---

(55) Ver nuestro trabajo *Ejercicio de la acción hipotecaria cuando el crédito pertenece a varios acreedores mancomunadamente* («La Notaría», publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 1948).

(56) *Obra citada*, pág. 347.

(57) *Obra citada*, pág. 348.

lación y de los artículos 126 del Código de Comercio, en cuanto a las sociedades regulares colectivas; 13 de la Ley de 17 de julio de 1951, en cuanto a las anónimas y 9 de la Ley de 17 de julio de 1953, respecto a las de responsabilidad limitada; ¿podrá la mujer casada catalana intervenir conjuntamente con su marido y otras personas, en la fundación de estas sociedades?

Planteamos el problema, porque los tantas veces repetidos primeros comentaristas de la *Compilación Faus y Condomines*, nos sumen en una nebulosa, que precisa aclaración; en su comentario al artículo 11 parecen opinar negativamente y en su glosa el artículo 322, afirmativamente.

A nuestro juicio, creemos que la contestación afirmativa se impone, pero no porque el artículo 322 no pueda llegar a interferir la vida mercantil de la mujer casada, ya que la mujer casada que funda una sociedad mercantil, no es por ello solo comerciante; ni tampoco por la norma de excepción contenida a favor de la mujer que ejerciera el comercio en el artículo 321 que recoge el *Senadoconsulto Valeyano*, toda vez que si por una parte y como queda apuntado, no es la misma la capacidad para tal ejercicio que la exigible para otorgar el contrato de sociedad y la mujer casada que funda ésta, muy bien puede no ser comerciante; por otra, no cabe posible analogía entre los dos supuestos de capacidad de la mujer en general y capacidad de la mujer casada en particular; sino simplemente porque como declaro, la Dirección de los Registros y del Notariado en su resolución de 20 de junio de 1952, la capacidad en los contratos mercantiles, se rige por el Código de comercio y, en su defecto, por el Código civil, como único derecho supletorio, y ni en uno ni en otro se encuentra la prohibición.