

La separación de hecho y la sociedad de gananciales

MANUEL de la CAMARA ALVAREZ
Doctor en Derecho
Notario

SUMARIO: I. *Algunas consideraciones generales sobre la separación de hecho.*—II. *La separación de hecho y el régimen económico conyugal.*—III. *Soluciones convencionales:* A. Los pactos de separación en general. B. Los pactos de separación y la sociedad de gananciales. a) Imposibilidad de disolver la sociedad legal por vía de convenio. b) Contenido habitual de los pactos de separación. a') Concesión de licencia concedida en términos generales. a") Bienes a los que se refiere. 1) Recuperación de los parafernales entregados. 2) Los parafernales dudosos. 1') El título equívoco.—Los parafernales confesados. 2') El título técnicamente dudoso.—Compras con precio aplazado y suscripción de acciones en virtud del derecho de suscripción preferente. 3) La inversión de dinero.—En particular, las compras. b') ¿Puede concederse la licencia con carácter irrevocable? c') Incidencia de la licencia sobre los bienes gananciales. b') Cláusulas referentes a la administración de los gananciales. a") Posible irrevocabilidad de estos convenios. b") Medios técnicos para transferir a la mujer todo o parte de la administración de los gananciales.—Especial referencia a la mujer casada comerciante. c') El consentimiento uxorio.—IV. *Incistencia de convenio:* A. Ambito de la incapacidad patrimonial de la mujer casada. a) Administración de los bienes parafernales. b) Adquisiciones a título gratuito. B. Medios de remediar la incapacidad. C. Ingerencia de la mujer separada de hecho en la administración o disposición de los gananciales. a) Remuneraciones dimanantes de contratos de trabajo celebrados por la mujer. b) Los frutos de los parafernales. c) Gestión administrativa de la mujer en los supuestos de abandono del marido. D. Valor jurídico de los actos realizados por la mujer sin licencia o consentimiento del marido. E. Situación jurídico-patrimonial del marido separado de hecho.—V. *Consideración final.*

I

ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SEPARACION DE HECHO

A la separación judicial de los cónyuges contraponen la doctrina y la práctica, la llamada separación de hecho. Existe separación de

hecho cuando ambos cónyuges convienen, o uno de ellos impone al otro, la cesación, temporal o definitiva, de la vida en común, con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir aquélla, en los dos casos sin intervención del órgano público a quien legalmente compete el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de las relaciones conyugales.

Quedan trazadas en el esbozo de definición que acabo de formular, las características esenciales de lo que comúnmente se entiende por separación de hecho. Se precisa, para que estemos en presencia de una tal separación, la concurrencia de cuatro circunstancias, o si se quiere, requisitos:

- Cesación, temporal o definitiva, de la vida común.
- Acuerdo de los cónyuges, o voluntad de uno de ellos dirigida a tal fin (supuestos típicos de expulsión o abandono).
- Propósito fundamental de extinguir o interrumpir la vida común, y realización puramente particular o privada de este propósito.

Conviene alguna aclaración respecto de estos dos últimos extremos.

Se dice que la separación de hecho exige el propósito fundamental de extinguir la vida en común, para dejar fuera de su contorno las situaciones en que aquélla se interrumpe, incluso voluntariamente, sin que el ánimo de los esposos sea precisamente extinguir la convivencia. Esta, o se rompe por causas ajenas a la voluntad de los cónyuges (prisión o destierro de uno de ellos por ejemplo), o se paraliza por voluntad de los mismos aunque no para alterar la normalidad de sus relaciones conyugales. Si el marido o la mujer, por ejemplo, y el supuesto es harto frecuente en nuestros tiempos, se alejan físicamente, porque uno de ellos marcha a trabajar en el extranjero, la convivencia se interrumpe voluntariamente, pero la interrupción de la vida en común no es el fin que se persigue con la separación; ésta es sólo un medio más que querido, tolerado o soportado, para la consecución de otros resultados.

La forma puramente particular o privada de llevar a cabo la separación, es la cuarta característica de la separación de hecho y su última diferencia con la separación judicial.

La separación judicial presupone un litigio entre los cónyuges especialmente orientado a determinar la culpabilidad de uno de ellos o de ambos, que zanja, en vía contenciosa, la decisión del órgano jurisdiccional competente (1).

Este es el único concepto válido de la separación judicial, para nuestro derecho y para la mayor parte de las legislaciones. En el

(1) Me refiero en el texto, claro es, a la separación personal, no a la simple separación judicial de bienes que puede tener también, en nuestro Derecho, en los casos de ausencia o interdicción de uno de los cónyuges (artículo 1.433 del C. c.). Es decir, que aludo a lo que antes de la reforma de 1958, llamaba el Código, impropia, divorcio.

derecho italiano, sin embargo, junto a la separación judicial que se acaba de definir (y que podríamos denominar contenciosa, o por culpa, se admite la allí llamada separación consensual fundada en el simple acuerdo de los cónyuges homologado por el Juez. Por tratarse de una institución que prácticamente se encuentra a caballo entre la separación judicial, tal como nosotros la concebimos, y la separación de hecho convencional, no está demás que exponamos algunas ideas fundamentales sobre las características esenciales y los efectos de este tipo especial de separación (2).

La separación consensual aparece en el Código (italiano) de 1865 y continúa en el vigente. Su permanencia después de cien años y un cambio de Código, es un dato elocuente a favor del instituto que nace contradiciendo el precedente del Código de Napoleón sobre la materia. Su punto de partida es el simple acuerdo o voluntad de los cónyuges de separarse, abstracción hecha de la existencia de causas que justifiquen esta determinación de los esposos. Las dudas que sobre este extremo se suscitaron por los primeros exégetas del Código de 1865 (3), han sido superadas totalmente después. La función del Juez se limita a tres puntos: intentar la reconciliación de los cónyuges, comprobar la existencia efectiva del acuerdo de separación, y controlar, finalmente, las condiciones estipuladas con potestad de rechazar el convenio si estima que aquéllas son contrarias a las exigencias del interés de la familia (4). Los efectos de la separación consensual —que en parte al menos dependen del contenido del convenio— son importantes, si bien difieren de los que produce la separación por culpa (5).

Me interesa destacar aquí, que uno de los efectos de la separación consensual es, precisamente, provocar la disolución de la comunidad conyugal de bienes.

Con la separación consensual el legislador italiano ha querido brindar a los cónyuges que desean separarse amistosamente un cauce para legalizar totalmente este propósito, evitándoles, por consiguien-

(2) Para MAROTTA, *La separazione consensuale dei coniugi*, 1961, págs. 7 y 8, la contraposición entre separación judicial y consensual, y hasta la misma terminología, no son totalmente exactas, pues ambas separaciones tienen naturaleza judicial, aunque la antítesis de una y otra, en cuanto a sus presupuestos, sea evidente. La exactitud de esta apreciación, puramente técnica, no obsta a la afirmación que se hace en el texto sobre la proximidad práctica de la separación consensual a la separación de hecho. Sin que sea lícito confundir ambas instituciones, la finalidad de la primera, es, principalmente, obviar los inconvenientes de la separación judicial propiamente dicha (o separación por culpa) cuando hay acuerdo entre los cónyuges, base y fundamento de esta clase de separaciones.

(3) Cfr. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, 2.^a edición, 1950, página 172.

(4) Según MAROTTA, *ob. cit.*, pág. 36, los poderes del tribunal se concretan a aceptar o rechazar la homologación del convenio. Lo que en ningún caso puede hacer es modificar o alterar las condiciones pactadas por los cónyuges.

(5) Así, por ejemplo, la separación consensual no hace perder a los cónyuges sus derechos sucesorios.

te, los inconvenientes de un proceso de separación propiamente dicho. Responde, pues, en esencia, a la misma finalidad que los convenios de separación, convenios a los que reviste de plena eficacia jurídica, siempre que se sometan al requisito, esencial, de la homologación judicial. La necesidad de la homologación (6) hace posible la existencia de convenios de separación que sólo den lugar a una situación de separación de hecho (si no se presentan a la homologación o ésta es rechazada), situación que también puede darse cuando la separación se deba a la actitud unilateral de uno de los consortes.

Naturalmente la inexistencia de un instituto similar a la separación consensual de la legislación italiana eleva, en los países que la desconocen, el número de separaciones de hecho. La vigencia de esta situación es tanto mayor cuanto más grande sea en cada país la intrasigencia legislativa en tema de disolución del matrimonio y separación de los cónyuges. Por esto en nuestra patria, y pese al buen tono moral que hasta ahora ha mantenido la familia española, el fenómeno, como sabemos muy bien los profesionales del Derecho, es, por desgracia, bastante frecuente. Estamos ante un caso de lo que podría llamarse patología matrimonial, cuya importancia excede con mucho de la atención que hasta la fecha le ha prestado nuestra doctrina.

En efecto, sólo contamos con un trabajo monográfico sobre la materia (7) y con alusiones, casi siempre muy esquemáticas, en las obras y tratados generales. Sin embargo, y a pesar de la parvedad de las reflexiones que ha suscitado el tema, el parecer de los autores sobre la separación de hecho es claro y rotundo. La separación de hecho —se dice—, es una situación esencialmente antijurídica de la que no pueden seguirse más efectos que los muy limitados y concretos, que en algunos casos le atribuye el Ordenamiento jurídico. Particularmente los pactos de separación son objeto de una malquerencia especial que la Jurisprudencia, como después veremos, comparte.

Más adelante habré de ocuparme con detalle de estos problemas, pero no quiero ocultar, desde ahora, mi inicial disconformidad con un criterio tan drástico, tan rígido, tan poco comprensivo. Aunque sea anticipar ideas, creo importante destacar, ya desde aquí, un dato que, para mí, resulta profundamente revelador. La separación judicial y la separación de hecho son situaciones que tienen un origen común y que, por lo general, obedecen a las mismas causas.

Toda separación presupone una desavenencia grave y duradera entre los esposos. Los matrimonios se separan porque la vida en común se les hace insoportable, lo cual depende, claro está, de las cir-

(6) Se entiende que es un requisito constitutivo, y así la jurisprudencia admite la revocabilidad del convenio antes de la homologación, cfr. GRASSETTI, *La separazione personale dei coniugi. Problemi di diritto sostanziale*, en estudios publicados por el Centro Nacional de Prevención y Defensa Social, 1965, página 8.

(7) Cfr. el notable estudio de FAUS, *La separación de hecho en el matrimonio*. Anales de la A. M. del N., tomo II, págs. 289 y sigs.

cunstancias objetivas y subjetivas que concurren en cada caso, y en buena parte también, de la capacidad de sacrificio de los esposos, de la mayor o menor solidez de sus resortes morales. Cuando la crisis llega y la resistencia de los cónyuges se agota, sobreviene la separación, que puede, o no, terminar en el Juzgado. A veces hay una fase previa en que marido y mujer viven separados de hecho y que más adelante evoluciona hacia la separación judicial.

Importa, pues, subrayar que, como he dicho, el origen de la separación judicial y de la separación de hecho, es el mismo. Si buceamos en los antecedentes y en la vida conyugal anterior a la separación de cualquier matrimonio separado de hecho, es casi seguro que tropezaremos con un motivo o causa legal de separación. Llama por tanto la atención, si las cosas se miran con espíritu objetivo y limpio de prejuicios, que la situación de los cónyuges separados sea, en principio, tan radicalmente diversa según que se hayan decidido o no a hacer valer ante los Tribunales su derecho a separarse.

¿Por qué unos cónyuges se separan judicialmente y otros se conforman con vivir particular o privadamente separados? Así como el diagnóstico de las razones determinantes de la infelicidad matrimonial, raíz de toda separación, y el estudio de sus posibles remedios, es tarea metajurídica que compete al sociólogo, al moralista, al psicólogo y hasta al psiquiatra, la contestación a la pregunta que acabo de formular, está en función de consideraciones de orden estrictamente jurídico.

Los motivos por los cuales los esposos que se separan rehuyen la intervención judicial, son de índole diversa, como ha puesto de relieve la doctrina (8). A mi modo de ver pueden resumirse en tres.

Existe, casi siempre, el fundado temor que todo proceso inspira, sobre todo cuando se trata de un proceso largo, complicado y costoso, como suele serlo el de separación. La idea de desvelar públicamente ante un Tribunal ciertas intimidades de la vida conyugal, a veces inconfesables, atenta al natural pudor que en toda persona de sensibilidad medianamente delicada ha de despertar semejante publicidad, y constituye, para muchos, una barrera que no se atreven a saltar. Finalmente juega también la convicción, o la intuición, de que el planteamiento judicial del conflicto existente entre el matrimonio hará imposible entre los cónyuges la esperanza de reconciliación, sin que, por otra parte, el calvario que representa generalmente el juicio tenga como contrapartida, al no admitirse el divorcio vincular, la perspectiva de una solución liberadora y definitiva. Los que por razones profesionales vivimos en contacto directo o indirecto con estas realidades sabemos muy bien que los cónyuges judicialmente separados no se reúnen jamás, y que, en cambio, no es del todo extraño que

(8) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, pág. 154, nota 23; AZZOLINA, *ob. cit.*, pág. 227; RICHARDOT, *Les pactes de separation amiable entre époux*, París, 1930, pág. XIII, etc.

parejas separadas de hecho vuelvan, después de algunos años, a la normalidad de su relación matrimonial.

La separación judicial, sin embargo, y pese a todos sus inconvenientes, no deja de brindar la considerable ventaja que presupone su plena regularidad jurídica y consecuentemente su cabal y completa eficacia. Es claro que por mucho que se quiera avanzar en el sentido de insuflar valor jurídico a la separación privada sus efectos no pueden ni deben colocarse, al menos sin previo control del órgano público competente, al mismo nivel que los que naturalmente se deducen de las sentencias dictadas, "causae cognitio", por los Tribunales. De aquí que la separación judicial sea ineludible cuando, quieran obtenerse, con plena seguridad, todos y cada uno de los efectos inherentes al estado legal de separado. Se comprende que el deseo de obtener esa seguridad, peculiar de la separación judicial, sea particularmente estimulante en los casos de separación unilateral (abandono o expulsión) e igualmente si entre los cónyuges no existe acuerdo, o no hay confianza en la lealtad recíproca, máxime si los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada.

Si por un momento abandonamos el puro rigor jurídico, y aprovechando el magnífico observatorio que nuestra atalaya profesional nos brinda, intentamos hacer un poco de disección en esta triste realidad humana que es la frustración de la vida matrimonial, comprobaremos que en el estado actual de nuestra sociedad hay, sobre todo, dos móviles, negativo el uno, positivo el otro, que inclinan alternativamente a los consortes mal avenidos, bien a la pura separación de hecho, bien a encarar, con todas sus consecuencias, el proceso de separación.

Se puede afirmar que allí donde el divorcio vincular está excluido, la separación de hecho es más frecuente. Los gastos, las molestias y trastornos, y hasta el escándalo que lleva aparejado el proceso judicial es precio que se paga por obtener la libertad. Pero cuando ésta no puede alcanzarse, los cónyuges que se separan son más remisos a poner en marcha el mecanismo procesal. Lo que no quiere decir, naturalmente, que el divorcio vincular deba ser admitido para evitar que los cónyuges se separen privada y particularmente (9).

(9) Desborda totalmente los límites propios de este ensayo el estudio crítico, siquiera sea somero, del divorcio vincular. Pero resulta difícil sustraerse a la tentación de escribir algunas palabras sobre tema tan sugestivo.

El divorcio vincular tendrá siempre apoyo en la natural repugnancia del hombre a ligarse irrevocablemente para toda la vida, especialmente en materia que, como la conyugal, afecta de manera importante a su felicidad terrena. De aquí que, con anterioridad al Cristianismo, ningún pueblo admitiera prácticamente la indisolubilidad del matrimonio, y que la Iglesia, a pesar de la extraordinaria influencia que desde el siglo IV conquistó sobre el poder civil, no pudiera imponer aquélla, al menos en el fuero externo, hasta el siglo IX (Cfr. el interesante estudio de RICHARDOT, *ob. cit.*, págs. 10 y sigs., sobre la cuestión). De aquí también, que la mayor parte de las legislaciones modernas, al emanciparse a

De otra parte, se observa que la existencia o inexistencia de hijos es factor que influye mucho sobre el ánimo de los matrimonios que se separan. Raro es en España que los matrimonios sin hijos, al romper su convivencia, incoen un proceso de separación. Si acuden a los Tribunales es para forzar (o intentar forzar) el camino de la nulidad matrimonial. Por el contrario, estadísticamente se podría comprobar que la mayor parte de las parejas que afrontan la separación judicial tienen hijos. También cuando hay hijos se pretende muchas veces, casi siempre sin suficiente base real, conseguir la nulidad. Pero nulidades (reales o fingidas) aparte, es lo cierto que el deseo de conservar los hijos constituye, casi siempre, el estímulo que lleva al

finales del siglo XVIII y principios del XIX de la influencia canónica, hayan resucitado, a partir del Código de Napoleón, el divorcio vincular, si bien entre ellas y sobre este punto existe una gran diversidad de matices.

A favor del divorcio vincular se arguye que cuando el matrimonio se hunde y los esposos se separan es preferible devolverles la libertad que mantener un vínculo inexistente de hecho, que sólo servirá, en la mayor parte de los supuestos, para que los cónyuges vivan en situación de adulterio casi permanente. Por este camino se justifica no sólo el divorcio vincular por culpa de uno de los cónyuges y mediando justa causa, sino igualmente, el llamado divorcio consensual. En contra, se ha dicho que el divorcio, y muy particularmente el divorcio consensual, compromete seriamente la estabilidad de la familia, por la cual el legislador ha de sentir un interés superior al que le inspire la situación personal de los consortes. Cuantas más sean las facilidades que se ofrezcan a los cónyuges para divorciarse, menor será el límite de su tolerancia recíproca. Marido y mujer necesitan siempre, si quieren llevar a buen puerto su matrimonio, además de cariño, una buena dosis de mutua comprensión, respeto y espíritu de transigencia. Ciertamente, la Ley no puede inyectar a los que se casan estas necesarias virtudes, pero lo que no debe hacer es contribuir indirectamente a debilitarlas. Salvo casos extremos, se dice, los esposos desgraciados se resignan más fácilmente con su infelicidad conyugal si saben que su problema no tiene remedio legal, puesto que la simple separación, sea legal o de hecho, no tiene nada de deseable. Frente a los hijos, se añade por último, la separación de los padres es un mal menos grave que el divorcio, argumento que siempre me ha parecido sumamente discutible.

No puede hurtarse, por otra parte, a la solución del problema, los casos graves y extremos en que el matrimonio fracasa por culpa exclusiva de uno de los cónyuges. Verdaderamente es muy duro negar a la persona que tuvo la desgracia de casarse con un indeseable toda posibilidad de rehacer su vida. Cabe aducir que el divorcio, aunque se piense sólo para casos muy graves y aunque se discipline con rigidez, es institución que se presta al abuso. El riesgo es cierto. Pero la observación de la realidad pone de relieve que en esta materia el clima moral que se respira en una sociedad, o en una determinada esfera social, es lo realmente decisivo. Cuando el ambiente es sano, el divorcio, aunque se admita, se practicará muy raramente. Por el contrario, en clima de inmoralidad, los matrimonios naufragan con facilidad haya o no haya divorcio, y en ausencia de éste, el abuso se polariza sobre el instituto de la nulidad.

Ahora bien, para los católicos, el matrimonio tiene, junto a su dimensión puramente humana, un aspecto sobrenatural y sacramental del que en ningún caso les es lícito prescindir. La Iglesia enseña que el matrimonio entre bautizados es, ante todo y sobre todo, un sacramento que torna indisoluble el vínculo que une a los casados mientras los dos vivan. Quien esto escribe ha sido educado en el respeto a las enseñanzas de la Iglesia Católica, y este respeto le obliga a posponer cualquier opinión o criterio personal al que dimana del supremo magisterio de aquélla.

proceso, sobre todo cuando la culpabilidad de uno de los cónyuges está bien definida.

Y con lo dicho quiero poner fin a estas sumarias reflexiones, de tono general, sobre la separación de hecho. El interés del tema (no hacía falta que yo lo destacara) es evidente. También lo es que la separación de hecho, cualesquiera que sean las medidas que se adopten para evitarla, existirá siempre. Y que los problemas que plantea exigen del jurista soluciones más estudiadas, y sobre todo más flexibles, que las ofrecidas hasta ahora. De uno de estos problemas, de carácter eminentemente económico, o patrimonial, voy a ocuparme en este trabajo.

II

LA SEPARACION DE HECHO Y EL REGIMEN ECONOMICO CONYUGAL

Sin duda los problemas económicos no son los únicos ni los más graves que se plantean a los cónyuges separados de hecho. Pero desde luego tales problemas existen, y, por supuesto, tienen indiscutible importancia.

En España, y más particularmente en las regiones de Derecho común, la separación de hecho incide desfavorablemente sobre la situación jurídico-patrimonial de los cónyuges en un doble sentido. Por una parte la mujer, que todavía sigue necesitando licencia de su marido para llevar a cabo actos jurídicos de alguna importancia, se encuentra, si el marido se niega a concedérsela, atada de pies y manos para desenvolverse en la vida y precisamente ante una coyuntura que generalmente le exigirá amplia libertad de movimientos. Por otra, el hecho cierto de que casi todos los matrimonios sujetos al Derecho común se rigen por el sistema de la sociedad legal de gananciales, suscita la importante cuestión de la subsistencia de un régimen de bienes totalmente inadecuado a la situación real en que se encuentran los esposos.

Está claro que el fundamento jurídico y ético de la sociedad de gananciales se encuentra en la vida común, normal entre los casados. Se trata, ante todo, de formar una masa de bienes con qué subvenir a las necesidades que esa vida en común determina, para después repartir entre los cónyuges un acervo patrimonial que se supone formado por la colaboración del marido y la mujer. La vida común justifica, igualmente, la atribución al marido del poder de gestión y administración del patrimonio ganancial y la necesidad de que ambos cónyuges intervengan para la realización de ciertos actos dispositivos, que se consideran de excepcional importancia (10). Por lo mismo,

(10) Por lo general, la sociedad de gananciales goza de buena prensa en la literatura jurídica. Se estima que es un régimen justo, que ampara y protege

cuando los esposos se separan y desaparece la comunidad de vida, faltan los presupuestos sobre los que teóricamente se asienta y fundamenta la sociedad de gananciales. De aquí que la Ley considere su disolución (art. 73-4 del C. c.), como efecto característico de la separación personal de los cónyuges (judicialmente declarada) (11).

Sin embargo, la simple separación de hecho no basta para operar la disolución de la sociedad legal de gananciales. Ni siquiera, como

merecidamente los intereses de la mujer, sin borrar, empero, la autonomía patrimonial de los cónyuges, ya que junto a la existencia de los bienes que integran la masa común se permite la del patrimonio privativo de cada consorte. Personalmente, me permito disentir, al menos parcialmente, de la larga serie de juicios favorables. La observación de la realidad convence que hay que descender al examen de los casos concretos para saber si el régimen ganancial está plenamente justificado, o si, por el contrario, entraña privilegio inmerecido para la mujer, o acaso para el marido.

Ciertamente, la colaboración de la mujer puede valorarse al mismo nivel que el trabajo del marido cuando la economía del matrimonio no alcanza cotas muy elevadas. Por el contrario, la desproporción entre la aportación del uno y la del otro me parece manifiesta cuando las actividades del varón se traducen en ingresos elevados. La mujer casada en España, si dispone de suficiente dinero, lleva su casa con toda holgura, consume en la gestión doméstica, sobre todo cuando los hijos pasan de la primera infancia, tan sólo una pequeña parte de su tiempo, y dicho sea sin molestias para nadie, gasta más que ahorra. Humorísticamente, y con relación a este tipo de matrimonios con marido "económicamente fuerte", me he atrevido a definir los gananciales como "lo que queda de lo que ha ganado el marido después de deducir lo gastado por la mujer". Sería yo manifiestamente injusto si, frente a este cuadro que acabo de ofrecer, no presentara también el pobre espectáculo que nos brinda el marido parásito, casado con mujer rica, que hace suya la mitad de los frutos, rentas e intereses que producen los bienes de aquélla. Parece esta remuneración excesiva para un marido cuya profesión consiste, exclusivamente, en ser administrador de los bienes de su mujer, más aún si la administración es mala y se desempeña en beneficio del que administra y en perjuicio de la administrada. De otra parte, es obvio que algunos aspectos de la reglamentación legal atinente a los gananciales debiera ser objeto de urgente y radical reforma. Es absurdo que muerta la mujer abintestato, si no hay hijos del matrimonio, la mitad de los gananciales, obtenidos generalmente gracias al esfuerzo del marido, haya de pasar a los herederos de la mujer.

(11) Como dice acertadamente LACRUZ BERDEJO, cit. pág. 633, a pesar de la aparente contradicción entre los artículos 73-4 y 1.433 del C. c., en el supuesto de separación personal de los consortes, el estatuto que gobierna los bienes de los cónyuges, a partir de la sentencia, es el de separación, sin perjuicio de que sea potestativo pedir o no la división de la masa ganancial existente hasta entonces. Sería absurdo, dice LACRUZ, que viviendo los cónyuges legalmente separados compartieran ambos las ganancias de cada uno, gobernara el marido la economía de la familia, etc. Además, y como entiende el mismo autor, cit. pág. 636, la facultad de administrar los bienes del matrimonio, cuando la separación judicial de bienes se haya decretado a instancia del marido, y a que se refiere el artículo 1.435 del C. c., debe entenderse limitada a los casos de interdicción civil o ausencia de la mujer. Cuando se trate de separación personal debe aplicarse el artículo 73-4 reformado, según el cual, como hemos visto, cada cónyuge, prescindiendo de quien sea el culpable, tiene el dominio y administración de los bienes que le correspondan. Se trata, pues, de una falta de concordancia debida a que al reformarse el artículo 73 en este punto se omitió adaptar a la reforma el artículo 1.435.

veremos después, es posible que los cónyuges, aunque se pongan de acuerdo sobre este extremo, la disuelvan. Se produce, pues, un fenómeno anómalo. Persiste la sociedad de gananciales a pesar de que las circunstancias en que se encuentran los esposos han cambiado radicalmente, de tal modo que aquella institución resulta ya completamente inapropiada para regir sus relaciones económicas.

La supervivencia de la sociedad de gananciales, pese a la separación de hecho, lleva aparejadas, de aplicarse los efectos de su subsistencia con todo rigor, las siguientes consecuencias a todas luces inconvenientes: Se mantiene el régimen de comunicación de ganancias aunque al faltar la colaboración entre los cónyuges falla su justificación principal. La administración y disposición de los bienes comunes se complica grandemente. El marido, que antes de la reforma de 1958 quedaba poco afectado en este punto por la separación de hecho, tropieza ahora con la traba que representa la necesidad de obtener el consentimiento de su mujer, o autorización judicial, para disponer de inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales (12).

La posición de la mujer es, desde luego, mucho peor. En primer lugar y aun para regir sus propios bienes (al menos cuando quiera disponer de ellos) sigue sujeta a la autoridad marital y, por tanto, si no obtiene licencia del marido separado (o no consigue la autorización judicial supletoria que habrá de solicitar caso por caso), sólo podrá llevar a cabo actos impugnables. Además, si han quedado en su poder bienes gananciales, o los obtiene después de la separación, no podrá realizar respecto de los mismos acto alguno de administración ni de disposición, pues estas facultades siguen correspondiendo al marido, y, por si fuera poco, corre el riesgo de que éste los enajene o grave por su cuenta.

Como se ve el estatuto jurídico de la sociedad de gananciales, es totalmente incongruente con la situación en que se encuentran los cónyuges separados. Por ello hay que preguntarse si la separación de hecho, aunque sin fuerza bastante para provocar la disolución de la sociedad de gananciales, tiene empero virtualidad suficiente para modificar en algún aspecto sus efectos y consecuencias. El examen de esta cuestión constituye el objeto primordial del presente trabajo. De antemano quiero advertir que los resultados de esta investigación serán, al menos desde el punto de vista práctico, muy modestos. Con

(12) En la práctica, los maridos que "presienten" la separación y que obtuvieron en otro tiempo un consentimiento uxorio general, acuden a la fórmula, si aquél no les ha sido formalmente revocado, de aportar los inmuebles existentes a una sociedad fundada con el exclusivo objeto de evitar aquel entorpecedor requisito. Igualmente se acogen a las formas societarias para enmascarar adquisiciones posteriores a la separación y liberarlas de las limitaciones establecidas por el nuevo artículo 1.413. Que esto implica, o puede implicar, fraude para los derechos de la mujer es evidente. Pero la impugnación de tales actos no es fácil ni cómoda. Por eso el fraude tiene bastantes probabilidades de prevalecer.

todo, siempre, parece preferible el esfuerzo interpretativo dirigido a obtener alguna solución positiva que la cerrada actitud negativa que sólo es capaz de recordar a los cónyuges el hosco y viejo aforismo romano "dura lex sed lex". Pero es que, además, el estudio de la sociedad de gananciales desde el punto de vista de la separación de hecho, ofrece la oportunidad de profundizar en muchas de las cuestiones oscuras que se advierten en la regulación legal de aquella institución y que, naturalmente, adquieren mayor gravedad cuando faltan los presupuestos normales sobre los que descansa la vida conyugal.

III

SOLUCIONES CONVENCIONALES

A) LOS PACTOS DE SEPARACIÓN EN GENERAL

La separación enfrenta a los cónyuges que se separan con toda una serie de problemas que afectan a sus personas, a sus bienes y a las personas y los bienes de sus hijos. Cuando la separación tiene lugar judicialmente, la sentencia que pone fin al proceso, resuelve, en el orden jurídico, claro está, estos problemas. Si la separación se efectúa privadamente, los mismos cónyuges intentan, por sí mismos, llegar a estas soluciones mediante un convenio que celebran con dicho fin. A estos convenios les llama la doctrina "pactos de separación amistosa".

Diré, ante todo, que a mí esa denominación no me parece completamente adecuada, y aunque en general creo que a las cuestiones terminológicas no se les debe atribuir excesiva importancia, no dejó de reconocer que, a menudo, la imprecisión en el lenguaje es causa de confusión en las ideas y conceptos. Tal vez algo de esto suceda aquí.

Indiqué al comienzo de este trabajo que casi todas las separaciones de hecho están motivadas por circunstancias susceptibles de fundar la separación legal de los cónyuges de haberse hecho valer procesalmente. Estas circunstancias crean un clima de tensión o tirantez entre los esposos hasta que llega un momento en el cual el marido, la mujer, o ambos, se consideran incapaces de soportar la convivencia y se separan. Llamar a estas separaciones "separaciones amistosas" me parece un eufemismo, aunque los cónyuges, por las razones que sean, no quieran plantear judicialmente el conflicto y conserven la serenidad suficiente para solucionar (o intentar solucionar) por vía convencional las cuestiones que inevitablemente van a surgir como consecuencia de su nueva situación. No es lo mismo la separación amistosa que la solución amistosa de una separación. Tal vez la falta de atención sobre este matiz diferencial influye subcons-

cientemente sobre quienes niegan a la separación convencional todo valor jurídico (13).

Contra la validez de los pactos de separación amistosa (que prefiero llamar, por las razones que acabo de exponer, pactos de separación a secas) se esgrimen argumentos y consideraciones de diversa índole. Así se ha dicho: que son contrarios a la Ley, a las buenas costumbres y al orden público, que su causa es ilícita, que constituyen una transacción prohibida, y, finalmente, que van contra el principio de inmutabilidad del régimen económico-conyugal (14). Por mi parte estimo que para comprobar lo que hay de verdad en esta formidable y plural diatriba, y sobre todo para situar dentro de sus verdaderos límites el problema de la eficacia de estos pactos, resulta necesario, ante todo, distinguir entre aquellos motivos de invalidez que sólo afectan a determinados aspectos o cláusulas del convenio de separación y los que, por el contrario, se refieren a todo él, en su conjunto.

Así las cosas está claro que la incompatibilidad entre los pactos de separación y la prohibición de modificar el régimen de bienes del matrimonio, sólo es admisible si se dan dos circunstancias: primera, que el convenio de separación pretenda efectivamente llevar a cabo una modificación no permitida, y, segunda, que tal modificación esté prohibida por la Ley aplicable según el estatuto personal de los cónyuges (15).

Mayor gravedad tienen las otras causas de nulidad que se invocan. Afectan en su raíz y directamente al acuerdo de separación en sí mismo considerado y, consecuentemente, parece que la nulidad debe también trascender a los distintos actos estipulados para desarrollarlo

(13) En puridad sólo merece el nombre de separación amistosa la que se opera sin que medie una desavenencia grave entre los cónyuges, si lo que ocurre es que éstos se encuentran cansados de la vida en común y prefieren una existencia independiente. Estas separaciones frías y asépticas, más que inmorales amorales, son, hasta ahora, prácticamente desconocidas entre nosotros. No se compadecen bien ni con nuestra costumbre ni, sobre todo, con nuestro temperamento.

(14) Cfr. FAUS, cit., págs. 310 y sigs.; LACRUZ, cit., pág. 155; RICHARDOT, cit., págs. 315 y sigs. Casi todos estos argumentos, como después veremos, han sido tenidos en cuenta por nuestra Jurisprudencia.

(15) La Sentencia de 19 de diciembre de 1932 esgrime, entre otros, este motivo para declarar nulos los pactos de separación. En qué medida se había operado una modificación del régimen de bienes en el caso concreto contemplado por dicha Sentencia, es cosa que veremos después. También alude esta Sentencia a la prohibición que pesa sobre los cónyuges de celebrar contratos entre sí. Pero es indudable que los convenios de separación sólo incurrirán en este motivo de nulidad cuando, a través de los mismos, los cónyuges intenten llevar a cabo alguno de los contratos que no les es lícito celebrar. Porque no hay en nuestro Derecho positivo una regla general que prohíba a los cónyuges celebrar contratos entre sí. El Código civil sólo formula prohibiciones concretas, y lo que pretende con ellas, como ha subrayado acertadamente LACRUZ (cit., pág. 220), no es mantener la vieja teoría de la "unitas carnis", sino salvaguardar con normas específicas la independencia de los cónyuges, la prohibición de otorgarse donaciones y la de reformar el régimen económico del matrimonio.

aunque de suyo estos actos sean válidos por recaer sobre materias no sustraídas a la libre disponibilidad de los cónyuges. Una cosa es que la separación convencional sea ineficaz en la medida en que lo pactado escape a las facultades dispositivas de los esposos y otra que el acuerdo de separación sea "per se" un acto ilícito.

Imaginemos, por ejemplo, que un matrimonio catalán o aragonés, decide separarse privadamente. Si están casados bajo el régimen de gananciales, o bajo otro sistema de comunidad similar, y acuerdan sustituir dicho régimen por el de separación absoluta de bienes, pueden conseguir su propósito mediante una capitulación "post nupcias" otorgada al amparo de la potestad que en este orden de cosas les reconoce el Derecho civil especial de aquellas regiones. Ahora bien, en cuanto sostengamos que el acuerdo de separación es un acto ilícito porque contraviene la Ley, la moral, o el orden público, la validez de las capitulaciones matrimoniales estipuladas para atribuirle efectividad en el aspecto económico, queda gravemente comprometida. Podría invocarse, parece, con muchas probabilidades de éxito, la teoría de la causa ilícita, pues el fin perseguido por las partes al modificar el régimen económico conyugal sería facilitar la ejecución de un acto prohibido del que, en último término, forman parte integrante las capitulaciones matrimoniales, aunque formalmente no aludan a él de modo expreso. A la misma conclusión habría que llegar de entender que la separación convencional constituye una transacción, y como tal prohibida por el artículo 1.814 del Código civil, toda vez que la nulidad que dimana de este precepto determina lógicamente la invalidez de las recíprocas concesiones de las partes (16). En cambio, si sobre el acuerdo de separación no fulminamos tan severos anatemas, el régimen de separación de bienes estipulado por cónyuges aragoneses o catalanes que se separen, habrá nacido a la vida del Derecho adornado de todos los requisitos necesarios para declararlo jurídicamente viable. También en Derecho común la distinción que he formulado puede tener importancia práctica, aunque en el aspecto patrimonial (único al que este trabajo se refiere) las potestades dispositivas de los cónyuges estén mucho más limitadas que en las citadas regiones forales (17).

(16) Si el acuerdo de la separación es de suyo un acto esencialmente anti-jurídico, queda en entredicho, a mi juicio, la validez en Aragón, de las que ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU llama "escrituras de divorcio". Cfr. *Separata de la Revista de Derecho Notarial*, tomo XXXIII, pág. 13.

(17) La Sentencia, ya citada, de 19 de diciembre de 1932, proclama indiscriminadamente la nulidad de todos los actos incorporados al pacto de separación, o que sean consecuencia del mismo. Entre estos actos figuraba un poder conferido a la mujer para la administración de ciertos bienes que habían de quedar afectos al pago de la pensión alimenticia que se le había fijado.

En la nulidad del acuerdo básico de separación funda también la Jurisprudencia (SS. de 3 de noviembre de 1935, la ya citada de 19 de diciembre de 1932, y resoluciones de 30 de noviembre de 1917 y 1 de julio de 1943) la no exigibilidad de la pensión alimenticia pactada al otorgarse una separación convencional. FAUS (cit., pág. 345) censura este criterio, pues para él los alimentos no son de derecho estricto y las partes pueden contratar para aumentar, disminuir o remitir

Cumple, pues, que veamos en primer lugar hasta qué punto es cierto que la separación convencional se opone a la Ley, a la moral y al orden público (18). Parece conveniente aclarar, ante todo, que el concepto de orden público sólo desempeña una función técnica definida y precisa en el campo del Derecho internacional privado y por consiguiente a la hora de calificar, desde el punto de vista del Derecho interno, la licitud o ilicitud de una convención resulta innecesario y tal vez perturbador acudir a esa noción; pues, una de dos, o estaremos simplemente enfrentando el pacto con un principio de orden moral acogido por el Ordenamiento jurídico, inderogable por la voluntad de los particulares, o quizá, confundiendo aquel concepto (cuyo significado técnico, repito, pertenece al dominio de los conflictos de leyes) con el de interés público o interés social (19).

el deber de prestarlos. Yo no diría tanto, pero sí que el convenio de pagar una suma determinada en concepto de alimentos es "prima facie" vinculante y exigible aunque pueda después alegarse, pechando con la carga de la prueba, que la pensión señalada no guarda la proporción que exige el artículo 146 o que procede reducirla o aumentarla conforme prevé el artículo 147. La Jurisprudencia citada deja, además, expedita la opción del artículo 149. En este último punto hay que dar la razón, en principio, al Tribunal Supremo, pues, como indicaremos más adelante, el convenio de separación no elimina el deber jurídico de convivencia, sino que solamente suspende su aplicación en tanto ninguno de los cónyuges quiera poner fin a la separación. Con todo, cuando el ejercicio de este derecho no ha sido ni siquiera intentado por el demandado con anterioridad a la reclamación y hay base bastante para sostener que se trata de un simple subterfugio para no cumplir lo prometido, sería procedente negar la opción. El propio Tribunal Supremo ha entendido, bien que con relación a otras hipótesis, que el derecho concedido por el artículo 149 cede, a veces, ante circunstancias de orden moral que se opongan a la traslación del alimentista al domicilio del alimentante, y ha llegado incluso a reconocerlo así en el caso de cónyuges separados de hecho (S. de 21 de diciembre de 1953). Más adelante examinaremos con mayor detenimiento estos problemas.

Por lo que respecta a los hijos estimo que sin decisión judicial (ya recaiga en pleito de separación o se trate de resolución del Tribunal Tutelar de Menores) no cabe que el padre quede privado de la patria potestad en beneficio de la madre. La renuncia del marido, padre de los hijos comunes, sería desde luego nula. Cuando está en juego el interés de la prole no cabe disposición sobre facultades que no son propiamente derechos subjetivos, sino potestades que se confieren por razones tuitivas de protección, defensa y amparo. Pero no es ilícito, a mi juicio, que el padre delegue en la madre, durante la separación de hecho, el ejercicio de todas o algunas de las facultades inherentes a la patria potestad, que aquélla comparte según la opinión casi unánime de la doctrina. La delegación (revocable) es válida y debe aceptarse como buena por todos los que tengan que relacionarse con la madre para cuestiones concernientes a los hijos.

(18) La Jurisprudencia española fundamenta en el artículo 56 del C. c., y en los principios que gobiernan la moral del matrimonio, la nulidad de los pactos de separación. Así, las SS. de 3 de noviembre de 1905, de 24 de enero de 1898 y de 19 de diciembre de 1932. Las SS. de 2 de diciembre de 1915 y 26 de enero de 1916 y la Resolución de 1 de julio de 1943, se refieren, además, al orden público.

(19) En este sentido, STOLFI, cit. por FAUS, pág. 311. Los preceptos de orden público en sentido estricto son aquellos que se oponen a que se aplique la Ley extranjera, aunque esta aplicación venga reclamada por la norma de conflicto propia. Esta excepción, a la entrada en juego de la solución preconizada por la Ley extranjera, tiene lugar cuando la misma choca con lo que disponen

Ciertamente los principios éticos y sociales sobre los que se funda la vida conyugal, reclaman que los cónyuges vivan juntos, pues su convivencia es presupuesto necesario para el cabal cumplimiento de los fines del matrimonio. Por esta razón, la Ley, al establecer los deberes fundamentales de los esposos, les impone la obligación de vivir juntos (art. 56 del C. c.). Parece, pues, evidente que el convenio por el cual los cónyuges acuerdan vivir separados, conculca esa norma de derecho positivo y los fundamentos en que se apoya. No seré yo quien niegue, ciertamente, la necesidad de proclamar y defender ese deber conyugal que, como principio programático de la organización familiar, puede y debe ser afirmado por el derecho positivo, pero conviene saber hasta qué punto es lícito o conveniente imponer a los cónyuges una convivencia que ninguno de los dos quiere, y sobre todo puntualizar en qué medida sanciona la Ley el incumplimiento de la obligación que establece.

Para resolver este problema, y de paso el que directamente nos ocupa, conviene que tengamos en cuenta estas tres consideraciones:

— Primera: La obligación de convivir, necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones conyugales, no es, sin embargo, una exigencia indisolublemente ligada al estado matrimonial, a diferencia de lo que sucede con el deber de fidelidad. La Ley no permite en ningún caso y bajo ningún concepto que se pueda faltar a la fide-

determinadas normas imperativas de la legislación del foro, por cuanto que dichas normas responden a principios fundamentales de orden moral o social acogidas por un ordenamiento jurídico determinado o a criterios esenciales de política legislativa en punto a la defensa del bien común. Ahora bien, que las normas de orden público, así definidas, sean naturalmente imperativas para los propios súbditos del país de que se trate, no significa que todas las normas imperativas contenidas en un derecho positivo determinado sean también de orden público propiamente dicho. Desde el punto de vista del Derecho interno tan imperativa es la norma que señala la legítima de los hijos como la que prohíbe el divorcio, y, sin embargo, la primera sólo se impone como obligatoria en las sucesiones de españoles, mientras que ningún tribunal español podrá conceder la ruptura del vínculo a un matrimonio extranjero. (Cfr. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado I*, pág. 367). Esta distinción ha dado lugar a que sea frecuente contraoponer por los tratadistas el orden público internacional al orden público interno. En mi opinión, esta terminología no es totalmente acertada, por cuanto que la razón por la cual una norma imperativa debe ser tratada como norma de orden público interno o de orden público externo no puede ser la misma, pues si lo fuera, la distinción carecería de razón de ser, y todas las normas imperativas deberían tener ese doble carácter. A mi modo de ver, las llamadas normas de orden público interno imponen una determinada prohibición por cuanto que el legislador considera más justo o más conveniente limitar en un determinado sentido la libertad de la persona, pero sin que la solución prohibitiva tenga como supuesto que la permisiva es contraria a los principios básicos del Ordenamiento jurídico y en que se asienta su trasfondo moral o social. Por eso parece más claro llamar a las normas de orden público interno normas imperativas simplemente. El artículo 56 del C. c., al decir que los esposos están obligados a vivir juntos, es, en principio, una norma imperativa. Cuál sea el alcance y los límites de esa imperatividad y la eficacia de un acuerdo dirigido tan sólo a suspender la convivencia, es el problema que trato de resolver en el texto.

lidad prometida, pero en cambio prevé una serie de supuestos en que le es dado a uno de los cónyuges exigir e imponer al otro la separación (art. 106 del C. c.). Esto demuestra que el deber de convivencia que pesa sobre los cónyuges no tiene carácter absoluto y evidencia, asimismo, que la separación de los cónyuges, no obstante, subsistir el vínculo, no es necesariamente una situación ilegal e in-moral; pues si lo fuera la separación judicial sería igualmente inadmisibles y el Ordenamiento jurídico pecaría de incongruente y absurdo al permitirla y disciplinarla.

Es cierto que la concurrencia de una causa legal de separación no otorga a los cónyuges la potestad de modificar por sí y ante sí el estatuto conyugal. Los esposos, para obtener la modificación (no la eliminación) de la relación que les une y las demás consecuencias peculiares del estado legal de separados, necesitan hacer valer su derecho ante los Tribunales y conseguir una sentencia que dé lugar a la separación; sentencia que tendrá, pues, efectos constitutivos. Pero esto no significa que el derecho del cónyuge inocente a alcanzar la separación, no sea en sí independiente y distinto de la sentencia, la cual tiene en ese derecho su necesario presupuesto.

Nótese que la Ley exige el proceso para que uno de los cónyuges pueda imponer al otro la cesación de la vida en común e igualmente liga a la sentencia la producción de determinados efectos que miran a las relaciones de los esposos entre sí y a las que interceden entre estos y sus hijos. Por tanto de aquí no se sigue que sea antijurídico el acuerdo de suspender la convivencia, siempre que no se pretenda atribuir a ese acuerdo la eficacia reservada a la sentencia. El matiz antijurídico desaparece totalmente, creo yo, si en el caso concreto concurre alguna causa legal de separación (20). Sería un contrasentido considerar ilícita la separación convenida por quienes hubieran podido separarse judicialmente de haberlo querido. Es más, a veces es lícito que el cónyuge inocente rompa la convivencia unilateralmente y por su propia autoridad. Respecto del matrimonio canónico, que es el contraído por la inmensa mayoría de los españoles, el canon 1.130 del Codex autoriza la separación por autoridad propia y con carácter perpetuo, en caso de adulterio, siempre que se den las circunstancias previstas por el canon 1.129. El canon 1.131 permite, aunque con carácter temporal, la separación "autoritate propria", si media cualquier otra causa de separación y existe peligro en demorarla. Estos preceptos, que tienen el rango de normas jurídicas vigentes en España en virtud de la remisión ordenada por el artículo 75 del C. c., establecen el derecho del cónyuge inocente a imponer al otro la separación. Se objeta que estas separaciones sólo actúan en el fuero interno o de conciencia (21), pero esta afirmación no

(20) Esto acontece, como ya he dicho, en casi todas las separaciones de hecho. Recuérdese, por otra parte, la elasticidad de alguna de estas causas, por ejemplo: las servicias canónicas.

(21) LACRUZ, cit., pág. 156, y Res. de 27 de marzo de 1954.

deja de constituir, a mi juicio, una petición de principio. Ciertamente, no se podrán obtener en la esfera civil los efectos que la Ley liga exclusivamente a la sentencia de separación; pero esto no quiere decir que las separaciones "autoritate propria", permitidas por el Codex, carezcan de trascendencia en el fuero externo. No cabe pensar en el delito de abandono de familia por parte del cónyuge que se separa. Su derecho a reclamar alimentos no debiera quedar sujeto a la opción que establece el artículo 147 del C. c., y, por último, parece evidente que el convenio por el cual el cónyuge culpable acepte la separación y se regule ésta, será lícito, aunque sólo pueda surtir efectos dentro de ciertos límites.

— Segunda: Moral y socialmente es más dañosa que la separación privada la convivencia no querida por ninguno de los cónyuges y soportada exclusivamente por temor al proceso. "Sería una ingenuidad creer —ha escrito un maestro del Derecho— que "rei publicae interest", a cualquier precio, la convivencia entre marido y mujer; hay situaciones que reclaman, incluso en interés público, y sobre todo en el de la prole, que, no obstante la indisolubilidad del vínculo, cese la cohabitación. El acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde. "Rei publicae interest" no sólo que cesen los litigios en la casa donde se educan los hijos, sino también que no trasciendan, si ello es posible, a los Tribunales. El mismo proceso contencioso de separación es un escándalo que dentro de lo posible debe ser evitado" (22). Por mi parte, y sin desconocer lo mucho que hay de verdad en las frases que acabo de transcribir, quiero hacer constar que no tengo la pretensión de equiparar los efectos de un acuerdo privado de separación a los de una sentencia firme. Estimo que hay ciertos aspectos en la separación —especialmente los que conciernen a la representación, custodia, y educación de los hijos— que los cónyuges no pueden regular por su cuenta de modo irreversible. Pero hechas estas necesarias salvedades, me urge aclarar que yo no veo un especial interés de la comunidad en que se mantenga contra la voluntad de los esposos la convivencia de un matrimonio desavenido, ni la moral ni el orden público se oponen a que los cónyuges, ante el hecho consumado de su separación, disciplinen privadamente, y sin intervención judicial, todo lo referente a sus intereses patrimoniales y económicos (23).

(22) CARNELUTTI, *Separazione per accordo tra coniugi. Revista de diritto processuale civile*, 1936, II, pág. 153. CARNELUTTI justifica con estas palabras la separación consensual del Derecho italiano a que me he referido anteriormente. Recuérdese que este tipo de separación, aunque ajeno a toda idea de proceso, requiere la aprobación judicial, y ésta puede ser denegada si las condiciones estipuladas, especialmente en lo que concierne al cuidado y educación de la prole, se consideran contrarias al interés de la familia. Cfr. AZZOLINA cit., pág. 201.

(23) La postura de la Iglesia es cada vez más tolerante respecto de las separaciones consensuales. La Sagrada Rota Romana el 5 de julio de 1910 (cit. por Honorio y Belarmino ALONSO, *La separación matrimonial*, pág. 44), nos dice que "los teólogos actuales, algunas veces, se apartaron del rigor de

— Tercera: El deber de convivencia es incoercible por vía directa. En el medioevo, con entroque en la doctrina de los canonistas, se concedía al cónyuge que quería hacer valer frente al otro su derecho a la convivencia una acción real petitoria (se trataba de una reivindicatoria especial “*ex iure divino*”) y otra posesoria (aplicación de la “*actio spoliarum*”), que venía a asegurar de modo aún más enérgico esta especie de servidumbre recíproca que grava a ambos esposos (24). A nuestro sentido actual de la libertad y dignidad de la persona, repugna, claro está, que la mujer (o el marido) puedan ser reintegrados al hogar conyugal y mantenidos en él violentamente y por la fuerza, aunque ésta sea empleada por los ejecutores de la justicia. Nuestra Jurisprudencia se ha mostrado partidaria, bien que incidentalmente, de los procedimientos expeditivos y directos (25), pero la doctrina entiende, con razón, que es impracticable el estado de secuestro personal permanente a que tendría que ser reducido el cónyuge que obstinadamente no quiere cohabitar, secuestro que incluso podría convertirse en el delito de detención ilegal (26). Por estas razones sólo de modo indirecto pueden ser compelidos los cónyuges a cumplir el deber de cohabitación. El Ordenamiento jurídico dispone sanciones penales (delito de abandono de familia) y civiles (el abandono es causa legal de separación) (27) que constituyen una coacción mediata o de segundo grado. Pero, y esto es especialmente significativo para nosotros, esas sanciones sólo se establecen si es uno de los cónyuges quien rompe unilateralmente la convivencia. Ninguna medida se adopta cuando ambos cónyuges deciden, de común acuerdo, vivir separados; hipótesis ésta en que la coacción indirecta sería aún más necesaria por cuanto que es absolutamente imposible mantener por la fuerza la vida común de una pareja que

antigua jurisprudencia enseñando ser lícito a los cónyuges por cualquier causa legítima separarse, rompiendo por algún tiempo su cohabitación, no perpetuamente; cautamente, sin embargo, y siempre que no exista peligro de incontinencia”.

Opinión similar, casi con idénticas palabras, fue sustentada por el ilustre cardenal GASPARRI, que desempeñó un papel fundamental en la redacción del Codex. Por otra parte, la Santa Sede—según subraya RICHARDOT, cit., pág. 107, a través de los acuerdos de Letrán concluidos con Italia, y al remitir (art. 29 del Concordato) a los tribunales civiles el conocimiento de las causas de separación, acepta la separación consensual prevista por el artículo 158 del Código civil de 1865. Y como remarca dicho autor, los magistrados laicos no tendrán ni el medio ni el derecho de tomar en consideración, para rehusar la homologación, el “*periculum incontinentiae*”, en el cual los juristas eclesiásticos veían la única circunstancia que podía oponerse al reconocimiento de la separación por mutuo consentimiento.

(24) RICHARDOT, cit., pág. 56.

(25) La Sentencia de 25 de octubre de 1925 parece reconocer el derecho del marido (¿por qué no de la mujer?) a reintegrar a la esposa “*manu militari*” al hogar conyugal, y la de 31 de marzo de 1964 admite, a tal fin, la posibilidad de impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa.

(26) Cfr. por todos, LACRUZ, cit., pág. 170.

(27) En el orden civil se señala también la pérdida del derecho a los alimentos por parte del cónyuge que se separa de hecho sin causa justificada. Cfr. S. de 17 de noviembre de 1916.

se niega a convivir. Tampoco existe una disposición similar al artículo 307 del Código civil francés, según el cual "la separación de cuerpos no tendrá lugar por el consentimiento mutuo de los esposos" (28). La postura, pues, de nuestro Código, frente a los acuerdos privados de separación, es de un relativo angosticismo. Ciertamente, no autoriza tales acuerdos, pero tampoco los prohíbe expresamente. Al faltar una norma prohibitiva concreta, la aplicación del artículo 4.º del Código civil habrá de hacerse teniendo en cuenta el desarrollo normativo del artículo 56 en este punto. En consecuencia, el acuerdo de separación sólo será nulo cuando pretenda eliminar el deber recíproco de cohabitación (29). Es decir, siempre que los cónyuges traten de atribuir al pacto los mismos efectos y consecuencias que los derivados de una sentencia de separación, y, por tanto, de eliminar el derecho, que pese al convenio, cada uno conserva, de pedir el restablecimiento de la vida en común.

Se dirá que para andar este camino no hacían falta tantas alforjas, pues en realidad lo que los cónyuges quieren es sustituir la separación judicial por la separación privada, y saber si esto es posible, es lo que se discute cuando se defiende o se ataca la validez de la segunda. Para replicar a esta objeción quiero ante todo destacar que no he pretendido en ningún momento defender la validez absoluta e incondicionada de los pactos de separación, ni siquiera con el pensamiento puesto en el Derecho constituyente. Soy el primero en reconocer que no se puede hacer a los cónyuges señores omnímodos de su propio destino; entre otras razones, porque no es sólo su destino el que está en juego. A lo que trato de oponerme es a la nulidad, también incondicionada e indiscriminada, que se predica de los pactos de separación, por cuanto que de esta nulidad se derivan unas consecuencias, *tal vez no previstas por quienes la afirman*, que me parecen injustas. La eficacia limitada que propugno no satisfará seguramente a los cónyuges que quieran eludir el proceso, pero, al menos, les garantiza la firmeza de lo que lícitamente pueden convenir.

A mi juicio, pues, y con las salvedades expuestas, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia, no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral. Ciertamente, la conducta inmoral de uno de los dos esposos habrá sido muchas veces la razón determinante de que la convivencia haya devenido intolerable, pero esto no significa que el acuerdo dirigido a suspender aquélla sea también un acto inmoral, entre otras cosas, porque no elimina la posible aplicación de las sanciones civiles o penales que quepa imponer al cónyuge que se haya hecho acreedor a ellas a consecuencia de su comportamiento anterior a la separación. La inmoralidad radicará, en su caso, en ese comportamiento, no en la separación misma.

(28) ILDA DI MARINO, *la separation de fait des époux*, 1957, pág. 6, entiende que ante norma tan concluyente es inútil discutir la validez de los convenios de separación, tema que debe quedar remitido al derecho constituyente.

(29) Lo que no es frecuente. Por lo general los pactos de separación sólo se refieren al acuerdo de suspender la vida en común.

Esta, al realizarse de común acuerdo, elimina una situación, la de convivencia no querida por ninguna de las dos partes, que, de prolongarse, degeneraría lógicamente en un escándalo permanente con desenlace en el Juzgado. La separación convencional en cuanto se dirije a evitar ese desastroso resultado, no puede ciertamente considerarse inmoral ni por tanto es causa viciosa o ilícita de los actos (en sí mismos válidos) estipulados para articularla. Ni siquiera, aunque sea el cónyuge culpable de las desavenencias conyugales, quien desee la separación privada que el otro acepta resignadamente en evitación de mayores males. En la medida en que la separación convencional efectivamente tiene por fin conjurarlos, no puede reputarse ilícita ni siquiera en ese caso extremo. La experiencia pone de relieve que, en esas hipótesis, es casi siempre el esposo responsable de la separación quien pretende escudarse en la nulidad del convenio para no cumplir lo que prometió. La teórica ilicitud de la separación privada se pone así al servicio de una inmoralidad real y efectiva y convierte en víctima precisamente al cónyuge inocente (30).

Pero si deseamos salvar la eficacia, la modesta eficacia que he atribuido a los pactos de separación, y de esta forma evitar que todo lo convenido entre los cónyuges se venga abajo, como castillo de naipes, debemos esquivar todavía un último obstáculo. Como he recordado anteriormente, la separación convencional se equipara a la transacción.

A primera vista, justo es confesarlo, sorprende y alarma un tanto el parecido. La transacción es, según el artículo 1.809 del Código civil, aquel contrato por el cual las partes "dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que ya había comenzado". Esta definición descubre los dos elementos típicos o característicos de toda transacción: un elemento objetivo, las recíprocas concesiones de las partes, y un elemento subjetivo, la finalidad de evitar o cortar un pleito. A los ojos de cualquier observador que no profundice grandemente en la cuestión, estos dos elementos están patentes en todas o casi todas las separaciones convencionales. Estas se articulan por el fundado temor que inspira el proceso judicial de separación, y para eludirlo, y contienen, por lo general,

(30) Naturalmente si el consentimiento del cónyuge a quien llamamos inocente ha sido arrancado violentamente o con intimidación, ello vicia de nulidad el acuerdo de separación y los actos complementarios otorgados para su ejecución. Con relación a la causa ilícita, tal vez pueda invocarse, en tema de pactos de separación, cuando ambos cónyuges persiguen en común darse recíprocamente facilidades para que cada uno "haga la guerra por su cuenta". Sería un caso de móvil ilícito compartido e incorporado por ello al acuerdo, lo que constituye la llamada "causa subjetiva" o "causa concreta". (Cfr. FEDERICO DE CASTRO, *Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, tomo X, *El negocio jurídico*, págs. 226 y sigs). Parece, empero, que de ser así habría que poner en juego el artículo 1.306, del C. c. en virtud del cual ninguno de los cónyuges podría invocar los actos firmes e irrevocables, estipulados para dar eficacia al convenio, que fueran de suyo objetivamente válidos.

mutuas concesiones. El encaje y adecuación entre el supuesto de hecho sujeto a diagnóstico y la hipótesis abstracta prevista por el texto legal se realiza, "prima facie", suavemente y sin esfuerzo.

Ahora bien, si los pactos de separación son una transacción, estarán incursos en la prohibición que formula el artículo 1.814 del Código civil, que no permite que se transijan las cuestiones matrimoniales. El problema es grave, pues la Jurisprudencia ha establecido (31) que si las recíprocas concesiones de las partes consisten, como pueden consistir, en la realización de negocios jurídicos diferentes, éstos, si bien conservan su fisonomía propia, se enlazan con la transacción de que son efecto y deben correr, por consiguiente, la suerte de aquélla. De nuevo el problema de la licitud o ilicitud del pacto de separación se proyecta sobre la eficacia de los actos que se hayan estipulado para su ejecución. Tiene, pues, suma importancia para nuestro tema, saber si la separación convencional entraña o no una verdadera transacción.

A mi juicio la respuesta a esta interrogante debe ser negativa. La semejanza, la sospechosa semejanza, entre la transacción y los pactos de separación es mucho más aparente que real. Para comprender y justificar esta afirmación, es necesario ahondar un poco en el verdadero significado y alcance de la transacción propiamente dicha.

La verdadera finalidad de la transacción —y este perfil del instituto va a darnos toda la clave del problema— consiste no tanto en apartarse de un pleito, ya entablado o por entablar, sino en hacerlo jurídicamente inviable. Las partes, al transigir, zanja definitivamente la cuestión polémica pendiente entre ellas, como si hubiera sido fallada y sentenciada por el proceso que la transacción aborta o yugula. De aquí que la transacción haya sido llamada "equivalente jurisdiccional" (32), y que sus efectos puedan parangonarse, en cierta medida, con los de una sentencia firme. La eficacia típica de la transacción sólo puede comprenderse si se la contempla y examina desde este ángulo, pero no equiparándola a un contrato oneroso cualquiera. Nuestro Código civil es plenamente consciente de la función específica que está llamada a cumplir la transacción y así nos dice, en el artículo 1.816, que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada. No es procedente desarrollar aquí con detalle todas las consecuencias que se desprenden de este principio. A los fines que ahora me propongo, me basta con destacar esta: Si una de las partes pretende plantear procesalmente la cuestión que ha sido resuelta por la transacción, el demandado podrá oponer a la pretensión del demandante la "exceptio litis per transactionem finitae", que corta definitivamente el proceso al igual que la excepción perentoria de cosa juzgada (33). Congruentemente con su finalidad específica el contenido

(31) SS. de 16 de abril de 1904 y de 8 de marzo de 1933.

(32) Cfr. CARNELUTTI, *Sistema del Derecho procesal civil*, traducción española, tomo I, págs. 183 y sigs.

(33) Este efecto característico de la transacción no tiene explicación satisfactoria si se prescinde de la naturaleza específica que dicha institución tiene tal

negocial típico de la transacción ha de consistir necesariamente, al menos en parte, en una renuncia a la pretensión propia o en un reconocimiento de la pretensión ajena. La renuncia o el reconocimiento pueden tener carácter total o parcial, y pueden realizarse por ambas partes o sólo por una de ellas, a cambio, en este segundo caso, de una prestación diferente a cargo de la otra (34). Pero en todo caso, la transacción, para que verdaderamente lo sea, tiene que comportar renuncia o reconocimiento. La renuncia que aquí interesa es la renuncia a la pretensión que se traduce en la renuncia al derecho discutido, y que frente a las demás renunciaciones del derecho material se tipifica por referirse a un derecho dudoso o al menos controvertido. A su vez, de las dos especies fundamentales en que se divide el reconocimiento, reconocimiento en el sentido de declaración de ciencia y reconocimiento en el sentido de declaración de voluntad, el que puede ir implícito en la transacción pertenece al segundo tipo y dentro de él se caracteriza porque su finalidad es fijar los términos de una relación jurídica incierta o insegura en su estado o alcance. El reconocimiento o la renuncia hechos con fines de *fijación jurídica*, no se hacen "para" transferir el derecho reconocido o renunciado a la otra parte, sino "aunque" uno u otro comporten efectivamente la transferencia. Dicho en otras palabras, el reconocimiento o la renuncia que se descubren en toda transacción (lo mismo sucede si se otorgan aisladamente con el valor de equivalente jurisdiccional) no se hacen con la finalidad de modificar la situación jurídico-material preexistente, pero se acepta eventualmente, por el que renuncia o el que reconoce, la posibilidad de que efectivamente tal modificación se produzca (35).

como ha quedado abocetada en el texto. La teoría dominante entre los autores franceses, según la cual la posibilidad de oponer una excepción similar a la "rei judicatae" obedece únicamente al efecto obligatorio que va unido a la transacción como a otro contrato cualquiera (se supone que el que ha transigido se ha obligado a no entablar la acción correspondiente), es totalmente insuficiente para explicar por qué la transacción trunca el proceso. El incumplimiento de la supuesta obligación de no ejercitar la acción que compete al demandante podrá únicamente fundar, al ser incumplida, una indemnización de daños y perjuicios.

(34) Cuando la renuncia o el reconocimiento se producen por ambas partes tiene lugar lo que SANAHUJA (*Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de transacción y principales cuestiones que plantea*, en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 233), llama transacción pura. Es el caso, por ejemplo, de dos personas que litigan sobre la propiedad de una cosa y transigen la cuestión dividiéndola por mitad. Pero puede suceder que la renuncia o el reconocimiento se presente sólo del lado de uno de los litigantes (transacción compleja en la terminología de SANAHUJA), y entonces será necesario, para que haya transacción propiamente dicha y no solamente una renuncia o reconocimiento unilaterales (que son figuras jurídicas autónomas aunque constituyan todo el meollo de la transacción), que la parte que reconoce o que renuncia reciba una contrapartida de la otra. Supongamos que, en el ejemplo antes propuesto, se zanja la cuestión adjudicando la cosa por entero a uno de los contendientes a cambio de una cantidad de dinero que pagará el adjudicatario.

(35) Cfr. VON TUHR, *Teoría General del Derecho Civil Alemán*, traducción española de Tito Rava, tomo III, vol. 1, pág. 286. La exposición que hago en el

Me he permitido esta digresión, tal vez fatigosa, sobre la naturaleza jurídica del negocio transaccional, porque me ha parecido que sólo iluminando perfectamente el contorno de esta figura jurídica, podremos decidir con seguridad cuándo la separación convencional guarda en su seno una verdadera transacción. Ahora, disipadas, según creo, las brumas que a veces difuminan su verdadero perfil, estamos en condiciones de afirmar que la inmensa mayoría de los pactos de separación no encubren transacción alguna. Evidentemente, los cónyuges que de común acuerdo se separan lo hacen porque temen el proceso de separación y porque creen que el pacto que sellan contribuirán a evitarlo. Pero una cosa es temer el pleito y procurar eludirlo, y otra muy diferente excluir (o tratar de excluir) jurídicamente su posibilidad. Alcanzar este último resultado constituye la médula misma de la transacción. Pero en la separación convencional no se tiene, por lo general, tan elevada pretensión. Para satisfacerla sería preciso que los cónyuges (al menos el que se cree inocente) renunciaran a su derecho eventual de reclamar judicialmente la separación, y esto no sucede casi nunca. Los cónyuges no transigen (es decir, no renuncian a aquel derecho), unas veces porque saben que la transacción, en sentido técnico o estricto, sería ineficaz. Otras, simplemente, porque no quieren que el pacto se convierta en un "statu-quo" definitivo y prefieren que su suerte dependa, y con ella la posibilidad del proceso, de la conducta recíproca y muy particularmente de la forma, más o menos escrupulosa, en que se cumpla lo convenido. Es posible, claro está, que un pacto de separación contenga todos los elementos necesarios para estimar la existencia de una transacción auténtica, y en ese caso estaremos, por supuesto, ante un negocio nulo por infracción terminante del art. 1.814. Pero esto, vuelvo a insistir, sucede rarísimas veces. Generalmente los pactos de separación se limitan a indicar que los cónyuges han resuelto de común acuerdo vivir separados, y a continuación establecen las bases y condiciones con arreglo a las cuales se desenvolverá cada uno en el futuro (36).

Con estas reflexiones en torno a la posible interferencia de la transacción sobre la separación convencional, doy por terminado el turno que me he arriesgado a consumir a favor de los tan vilipendiados pactos de separación. No pretendo, naturalmente, haber dicho

texto sitúa la transacción en un lugar intermedio entre las dos clásicas teorías, traslativa y declarativa, que tratan de explicar su naturaleza.

(36) En el supuesto contemplado por la Sentencia de 19 de diciembre de 1932, erróneamente calificado de transacción, más por la Sala de Instancia que por el propio Tribunal Supremo, que se muestra un tanto vacilante al aceptar la calificación, se decía solamente que los cónyuges "convenían en cesar en la vida en común". Esta u otras fórmulas similares, igualmente sucintas, son las que encabezan de ordinario los convenios de separación cuyo desarrollo se proyecta exclusivamente sobre los pactos y estipulaciones complementarias, referentes por ejemplo, al pago de pensiones alimenticias, a la situación de los hijos, al domicilio de la mujer o a la administración de los bienes. Por ninguna parte aparecen, como se ve, los requisitos constitutivos de la transacción.

la última palabra sobre tema tan polémico y acerca del cual se han vertido tan doctos pareceres. Me he limitado a presentar las cosas tal como yo las veo. Siempre me he resistido a mirar la separación convencional, como algo vitando que un jurista honesto tiene la obligación de rechazar. Pienso que la convivencia, y sobre todo esa convivencia cordial que nace de la mutua comprensión, no es algo que pueda imponerse coactivamente. El legislador tiene que aceptar de antemano el fracaso posible de la unión conyugal. Ante el espectáculo de una vida conyugal rota yo creo que lo más caritativo, lo más humano, y hasta lo más cristiano, es permitir a los cónyuges que callada y discretamente se separen. No se comprende qué beneficios puede reportar a los interesados o a la sociedad la resonancia generalmente escandalosa del proceso de separación. Ya que el Derecho es de suyo importante para curar el mal en su raíz, no parece que sea demasiado pedirle que consienta salvar las formas, las buenas formas, si los cónyuges, separados en el fondo de sus vidas, aún desean conservarlas.

B) LOS PACTOS DE SEPARACIÓN Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

a) *Imposibilidad de disolver la sociedad legal por vía de acuerdo*

Lo dicho hasta aquí deja expedito el camino y franca la entrada al tema que es objeto central de este trabajo, a saber la repercusión, o posible repercusión, de la separación de hecho sobre la sociedad de gananciales, problema que por el momento tendremos que considerar solamente bajo uno de sus aspectos. Se trata ahora de saber si los cónyuges, al separarse convencionalmente, pueden, de algún modo, acomodar el régimen ganancial a la nueva situación que su propio acuerdo sobre la conveniencia o necesidad de separarse va a depararles. Supuesto que el pacto de separación, según me he esforzado en demostrar, no es de suyo ilícito, no podrá encontrarse en esa ilicitud (al menos cuando la ilicitud no exista), motivo bastante para privar de eficacia los acuerdos que se refieran directamente al sistema económico del matrimonio. Los obstáculos se alzan en otra dirección. Concretamente en torno a la posibilidad o prohibición (y límites, en su caso, de esta última) de modificar el régimen patrimonial conyugal, problema que en sí es distinto de la validez o nulidad de los pactos de separación, y que se resuelve con independencia del origen o causa a que obedezca la modificación pretendida.

Indudablemente lo mejor que se puede hacer con la sociedad de gananciales, cuando la vida matrimonial ha fracasado y los esposos deciden separarse, es disolverla. Ya puse de relieve anteriormente, hasta qué punto un régimen patrimonial que tiene su fundamento en la colaboración, nacida de la convivencia entre los esposos, resulta incongruente con la separación de hecho. Esto no quiere decir, empero, que los cónyuges que se separan, aun convencionalmente, deseen siempre disolver y liquidar la sociedad de gananciales. El marido,

por lo general, no digiere fácilmente que deba entregar a su mujer la mitad del patrimonio común, sobre todo si el caudal repartible se ha acumulado merced a su trabajo. La liquidación de los gananciales, en tales casos, le parece un hecho insólito y le viene muy bien ampararse en las dificultades legales con que tropieza la disolución para excusar el reparto. Es más, a veces los maridos aceptan la separación convencional como solución puente o provisional con objeto de ganar tiempo, y escamotear todo lo que sea posible, ante el temor de que la separación llegue a producirse judicialmente y con ella la necesidad, entonces ya ineludible, de liquidar y repartir el patrimonio común (37).

Pero supongamos que las cosas no suceden así. Que el marido es razonable (de grado o por fuerza), y que se decide la disolución de la sociedad de gananciales para sustituir este régimen por el de separación absoluta de bienes. ¿Es ello posible?

Allí donde se permite el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio, y, por lo tanto, se admite la reforma del sistema económico conyugal en cualquier tiempo, la separación convencional encuentra un cauce adecuado para desplegar sus normales efectos en el ámbito patrimonial y económico. Así sucede en Aragón y Cataluña, y por lo tanto, los cónyuges catalanes o aragoneses que se separan de común acuerdo pueden reemplazar la sociedad de gananciales, si están casados bajo este régimen, o el especial tipo de comunidad que rija su matrimonio, por el sistema de separación.

El criterio del Código civil es opuesto, desde luego, a la disolución anticipada de la sociedad de gananciales fundada en el simple acuerdo de los cónyuges. Así lo ha entendido reiteradamente la Jurisprudencia y lo acepta la doctrina aunque disienta, en parte, sobre el acierto de la solución legal. Los preceptos en que ésta se funda han parecido siempre totalmente decisivos, en términos tales, que se ha estimado inviable todo intento de interpretación contraria. Efectivamente: de una parte el Código civil determina cuáles con las causas de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.417), de otra, sólo autoriza las capitulaciones matrimoniales que se celebren

(37) Esta consideración es probablemente la causa de que la Ley (art. 68, regla 4.ª, párrafo 6, del C. c.) establezca que entablada la demanda de separación y acordadas las medidas provisionales, sea necesaria la licencia judicial para todos los actos que excedan de la simple o mera administración de los gananciales. La precaución, a mi juicio, después de modificado el artículo 1.413 del C. c., es tal vez excesiva. Pero la norma demuestra hasta qué punto el régimen de gananciales es inadmisibles cuando se rompe la convivencia. Como consecuencia de lo dispuesto por el precepto citado, el patrimonio común queda prácticamente bloqueado durante todo el largo período de tiempo que generalmente consume el proceso de separación, lo cual puede aparejar graves o irreparables daños económicos. Por esto, cuando los cónyuges se separan (judicial o extrajudicialmente), si están de acuerdo en disolver la sociedad de gananciales, lo conveniente es permitirles llevar a cabo este propósito, sin necesidad de exigirles que incoen el proceso de separación, o si lo inician, sin obligarles a esperar a que aquél concluya.

antes de contraer matrimonio (capitulaciones que serían necesarias para establecer el sistema de separación en lugar del de gananciales), únicamente admite la modificación de los capítulos antes del matrimonio (arts. 1.319 y 1.320), y finalmente, dispone que la separación de bienes no tendrá lugar, a falta de disposición expresa en capitulaciones matrimoniales, y salvo lo previsto por el artículo 50, sino en virtud de providencia judicial. Indudablemente todo este conjunto de normas revelan un criterio hostil a la modificación del sistema económico conyugal, criterio que, por supuesto, excluye la sustitución convencional de la sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes (38).

(38) Los preceptos citados, y el unánime parecer contrario, tanto doctrinal como jurisprudencial, no asustaron sin embargo a Ignacio NART, quien, haciendo gala de su fecundo ingenio, sostuvo la posibilidad de llegar a la disolución por convenio extrajudicial de la sociedad de gananciales en caso de adulterio (reconocido) de uno de los dos cónyuges. Puede verse su argumentación en extenso leyendo el trabajo que publicó en la Revista de Derecho Privado (tomo 35, páginas 38 y sigs. sobre *El régimen matrimonial de separación de bienes*). La idea central que inspira su tesis es la procedencia de reconocer efectos civiles plenos, con trascendencia, por tanto, para disolver la sociedad de gananciales, al que llama divorcio (hoy separación) menos pleno, que el Código de derecho canónico permite por propia autoridad del cónyuge inocente en caso de adulterio del otro. Prescindiendo de otras consideraciones, yo estimo que el problema de los efectos civiles que pueda surtir esta separación por autoridad propia de uno de los cónyuges (que el Codex admite no sólo en caso de adulterio, como hemos visto) es algo que depende, en definitiva, del Derecho secular o civil. En la medida en que éste no exija requisitos especiales para la producción de tales efectos, bien está que los mismos se admitan, habida cuenta, entre otras cosas, de lo que disponen los artículos 75, 80 y 82 del C. c. Pero acontezca en nuestro tema que la sustitución del régimen de gananciales por el de separación requiere, según nuestro Ordenamiento Jurídico, uno de estos dos elementos: Capitulaciones matrimoniales en que aquel régimen de separación se pacte, o providencia judicial (art. 1.432 del C. c.). Si no media providencia judicial, sólo las capitulaciones matrimoniales son constitutivamente aptas para establecer el régimen de separaciones, ya que éste—aunque a veces se ha sostenido lo contrario—es, efectivamente, un sistema económico conyugal, todo lo elemental y esquemático que se quiera, pero, a la postre, sistema. (Cfr. LACRUZ, cit., pág. 622). La disolución convencional de la sociedad de gananciales lleva consigo, por exigencia conceptual, el cambio de aquel régimen por otro, que normalmente será el de separación, el cual se implanta en lugar del anterior fenecido, y esto último, implantación de un régimen económico matrimonial, es lo que constituye el contenido típico y característico de las capitulaciones matrimoniales, o, como dice el Código, del "contrato de bienes con ocasión de matrimonio". Y ya sabemos que las capitulaciones no pueden otorgarse después de contraído aquél. La disolución de la sociedad de gananciales, y su sustitución por el sistema de separación, requiere, pues, providencia judicial. Donde acaso pudiera tener razón NART es cuando nos dice que esta providencia judicial (ordenando la disolución de la sociedad de gananciales) podría (o debería) dictarse en presencia de una separación consumada por propia autoridad del cónyuge inocente, y demostrada por medio de un acta de notoriedad. No obstante cabe preguntarse en qué medida un acta de notoriedad puede erigirse en prueba del adulterio, y, sobre todo, hasta qué punto podría arbitrarse un procedimiento para pedir la ejecución judicial de la separación privada (que, por supuesto, tendría que quedar yugulado tan pronto como hubiese oposición), siendo así que los artículos 82 y 1.433 del C. c. sólo prevén el que se funda en sentencia o resolución dictada por los tribunales competentes (el.

La inmutabilidad del régimen económico conyugal obedece a razones sobradamente conocidas y que no guardan relación, como ya apunté, con el problema de la validez o invalidez de los pactos de separación propiamente dichos. Antes bien, como ya se ha puesto de relieve, la inmutabilidad del régimen económico existente en el matrimonio se convierte en argumento contra la licitud de aquellos pactos. Es decir, la modificación del sistema económico conyugal no se prohíbe porque tal modificación presuponga, de ser posible, un estímulo que favorezca estas separaciones convencionales, sino que se temen las posibles modificaciones que, directa o indirectamente, impliquen tales separaciones sobre el régimen de bienes que rija el matrimonio. Por eso cuando los pactos de separación contienen cláusulas que de cerca o de lejos rozan el principio de inmutabilidad, éste se hace valer como motivo, de suyo suficiente, para proclamar la ineficacia. Conviene, pues, dedicar alguna atención a las razones que justifican aquél principio, no con el fin de eludir las consecuencias que rigurosamente se siguen del mismo, empeño por supuesto imposible, sino para puntualizar en qué medida tales razones justifican la aplicación extensiva, y en ocasiones exorbitante, que de él se hace.

En síntesis, estas razones se reducen a tres: la posible influencia del cónyuge más fuerte sobre el más débil, que aquél pueda aprovechar para cambiar el régimen conyugal en beneficio propio, el carácter excepcional que, según se dice, tiene el contrato matrimonial de bienes, y la necesidad de tutelar debidamente los intereses de terceros. Fundadamente entiende buena parte de la doctrina moderna, que esta motivación no puede estimarse suficiente (39).

Ciertamente la intimidad conyugal es caldo de cultivo propicio para que germinen influencias patológicas, sobre todo si la personalidad de los cónyuges acusa fuerte desequilibrio. El riesgo, empero, ha disminuido mucho en estos tiempos al adquirir la mujer (presunta víctima) mayor independencia y elevar su condición en todos los órdenes. El loable deseo de salvaguardar la libertad de ambos cónyuges, tal vez recomiende la adopción de medidas precautorias (por ejemplo, la aprobación judicial de las capitulaciones "post nupcias"), pero no es suficiente razón para privar a los esposos del derecho a introducir en la organización económica de su matrimonio aquellos cambios que las circunstancias aconsejen. Finalmente, la temida influencia de un cónyuge sobre otro parece poco probable en las hipótesis de separación convencional. No es previsible que después de desavenencias graves, y en trance de romper la vida común, todavía

eclesiástico cuando se trate de matrimonios canónicos). Lo que, en todo caso, parece imposible, por las razones que han quedado apuntadas, es que la disolución de la sociedad de gananciales se realice extrajudicialmente, aunque comparezca en la escritura el cónyuge adúltero a reconocer su culpa. La Dirección General de los Registros, en Resolución de 27 de marzo de 1954, ha declarado la improcedencia de esta solución.

(39) Cfr. GIMÉNEZ ARNAU, cit., pág. 4 y sigs.; LACRUZ, cit., pág. 298, nota,

conservar un cónyuge el poder de sugestión que acaso anteriormente tuvo fascinado al otro.

Vayamos con el segundo argumento. Se dice que las capitulaciones matrimoniales son un contrato especialísimo al que, por tanto, no pueden ser aplicadas las reglas y principios comunes a todos los contratos. No negaré yo la especialidad o tipicidad de las capitulaciones ni su fisonomía contractual peculiar. Pero se hace necesario conocer cuál sea esa especialidad para dictaminar si en la misma se encuentra justificación suficiente para negar lo que respecto de todos los demás contratos se admite, es decir, su posible novación por voluntad de los contratantes. A mi juicio, toda la especialidad de las capitulaciones matrimoniales dimana o proviene de su particular objeto. Se trata, mediante ellas, de establecer el estatuto jurídico con arreglo al cual habrá de desenvolverse en lo económico un matrimonio determinado. Es, por tanto, el contrato que nos ocupa un negocio jurídico destinado a regular una relación previsiblemente de tracto largo. ¿Aconseja esta circunstancias defender la irreformabilidad de lo pactado? Para mí, la solución debe ser justamente la opuesta. Precisamente porque nos enfrentamos con un negocio jurídico cuya finalidad es reglamentar una relación duradera, hay que admitir, de un lado, que los cónyuges no sepan prever anticipadamente y con acierto cuál sea el sistema que mejor ha de convenir a su matrimonio, y, de otro, que el discurrir de la vida imponga la necesidad de modificar unas estructuras que al principio fueron útiles para disciplinar la común y recíproca economía de los cónyuges, pero que con el transcurso del tiempo han quedado superadas.

Hay algo más. Las capitulaciones matrimoniales posteriores al matrimonio se otorgan no sólo para alterar lo convenido en capitulaciones anteriores, sino también para sustituir por otro distinto el régimen legal supletorio. Como es bien sabido, el Código civil impone a los que se casan el sistema de la sociedad legal de gananciales, salvo que los cónyuges hayan estipulado antes de casarse otro régimen diferente. Parece que en este supuesto es todavía más conveniente respetar la posibilidad de reemplazar un régimen que muchas veces los novios no conocen, o del que tienen solamente ideas confusas. Estimo errónea la afirmación, que a veces deslizan los autores, cuando dicen que la sociedad de gananciales es una especie de capitulación matrimonial tácita. Esto es inexacto. La vigencia de la sociedad no depende de que los futuros esposos la hayan efectivamente querido. Tampoco puede decirse que la Ley presume esta voluntad. Por el contrario, ni siquiera la voluntad negativa o contraria al régimen legal basta para excluir su aplicación si no se ha manifestado en la forma expresa y solemne que se exige para la validez de las capitulaciones.

Y nos quedan los terceros. El interés de los terceros en este punto se polariza en dos direcciones distintas. Por un lado, tenemos los terceros que se disponen a contratar con una persona casada. Por otro, los que ya contrataron con ella. Los terceros que van a contratar

con una persona casada necesitan conocer cuál es el régimen de bienes por el cual se rige su matrimonio, para poder determinar las facultades de administración y de disposición que dicha persona ostenta sobre los bienes que vayan a ser objeto del acto jurídico proyectado, o para saber a qué atenerse respecto del patrimonio o patrimonios que responderán de las obligaciones dimanantes de aquel acto. Si durante el matrimonio son posibles los cambios de régimen, esta posibilidad, se dice, será causa de incertidumbre en la contratación con personas casadas, ya que los terceros se exponen, por información errónea o maliciosa, a contratar con quien carece de facultades o a calcular equivocadamente la solvencia del presunto deudor. Hay que admitir que este riesgo es cierto pero a condición de añadir inmediatamente dos cosas, primera que el remedio (descubierto hace tiempo) consiste en someter los capítulos a un adecuado régimen de publicidad (formal y material), y segunda, que la cuestión se plantea igualmente respecto de las posibles capitulaciones matrimoniales "ante nupcias". Efectivamente el Código civil permite que, antes de casarse, los cónyuges otorguen capitulaciones matrimoniales que no requieren más formalidad que la puramente escrituraria. Imaginemos que una pareja se ha casado bajo el régimen de separación de bienes porque así lo ha estipulado en contrato matrimonial anterior al matrimonio. Los terceros que contraten con el marido pueden ser inducidos a error si aquél les afirma o les deja creer que su matrimonio se rige por el sistema ganancial. El problema, que el Código civil no resuelve, pues en ninguna parte establece la presunción favorable al régimen legal, se ha ido solucionando colateralmente primero, y más directamente después, a través del Registro de la Propiedad y el Mercantil (que sólo pueden ofrecer remedios fragmentarios) y, por último, merced a la nueva ley del Registro Civil. Pero está claro que en la misma medida en que estas normas zanjen la cuestión en orden a la sustitución previa del sistema legal, por otro diferente, pueden igualmente servir para evitar que los cambios de sistema posteriores a la celebración del matrimonio perjudiquen a terceros de buena fe (40).

Pasemos ahora a ocuparnos de los terceros que han contratado con los cónyuges antes de que se haya producido el cambio de régimen patrimonial. ¿De qué modo puede el cambio perjudicar a estos terceros? El problema se refiere concretamente a los acreedores y puede plantearse tanto si se pasa de un régimen de separación a uno de comunidad, como viceversa. A nosotros nos interesa particularmente este segundo tipo de supuestos, y en especial el referido a una comunidad ganancial que desaparece y cede el paso a un régimen de separación de bienes. Evidentemente, la división del acervo común, sin previa liquidación del pasivo ganancial, crea, de cara a los acreedores consorciales, una situación delicada que reclama soluciones

(40) Cfr. sobre el problema de la publicidad de los regímenes conyugales, LA-CRUZ BERDEJO, cit., págs. 259 y sigs.

concretas. Pero fácilmente se advierte que el problema puede suscitarse en cualquier caso de disolución de la sociedad de gananciales, y por consiguiente, ni su planteamiento, ni naturalmente su solución, dependen de cuál sea la causa a que obedezca la disolución de la comunidad. Tanto en el caso de disolución por muerte como en el de separación judicial, se hace necesario saber cuál es la posición del cónyuge no deudor frente a los acreedores consorciales y si éstos tienen un derecho preferente sobre los que se pueden llamar acreedores particulares de cada consorte (41). Estas importantes cuestiones no se soslayan reduciendo el número de causas de disolución, sino que deben resolverse ineludiblemente, y, una vez resueltas, la solución será válida en todos los supuestos de disolución, ya se trate de disolución por muerte, de disolución por separación judicial o de disolución por simple convenio si se admitiese. Se involucran innecesariamente cosas distintas cuando para justificar el criterio opuesto a la disolución paccionada de la sociedad legal de gananciales, se invoca el eventual perjuicio que con ello puede causarse a los acreedores de la sociedad.

No parece, por tanto, que el principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal tenga sólido fundamento. La poca consistencia teórica de los argumentos que se esgrimen para defenderlo se corrobora, en el terreno de los hechos, con las enseñanzas que suministra la práctica allí donde se admite la modificación convencional del régimen matrimonial de bienes. La posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales post nupcias, permitida en Aragón y Cataluña, no ha causado, que sepamos, daño alguno, ni ha contribuido, en dichas regiones, a relajar la solidez de los vínculos conyugales o familiares. Y, en cambio, ha rendido y rinde buenos servicios al permitir resolver en lo económico, y sin escándalo, situaciones delicadas o espinosas que en otro caso habrían concluido en el Juzgado sin beneficio para nadie.

Sin embargo, en el Derecho común, y en tanto el Código civil no se modifique en este punto, es imposible que los cónyuges, aunque lo deseen, disuelvan particular y privadamente la sociedad de gananciales. No se puede, pues, ofrecer a los cónyuges que se separan de hecho la solución que, en el orden de los intereses económicos, resultaría congruente con su nueva circunstancia. No cabe brindarles una fórmula que les otorgue, sin perjuicio de dejar a salvo las obligaciones dimanante de relaciones ya creadas, una autonomía patrimonial completa. Para ello sería preciso reemplazar el sistema de gananciales por el de separación de bienes, lo cual, como ya he dicho, es inviable. Pero ya que la sociedad de gananciales ha de seguir interponiéndose ineludiblemente entre los esposos separados, es obligado examinar en qué medida puede aquella adaptarse a la nueva situación por la que atraviesa el matrimonio.

(41) Cfr. sobre estos temas, LACRUZ, cit., págs. 270 y sigs.

b) *Contenido habitual de los pactos de separación*

Las aspiraciones de los cónyuges que se separan de hecho son, naturalmente, distintas según se trate del marido o de la mujer. La mujer desea liberarse, al menos en lo patrimonial, de las ataduras que le impone su sometimiento a la autoridad marital. Quiere tener la posibilidad de moverse jurídicamente con plena soltura, es decir, sin necesidad de recabar a cada paso la licencia del marido. Quiere tener libertad para administrar sus propios bienes, y en su caso para disponer de ellos, y, por supuesto, recuperar la administración de los que perteneciéndole confió a su esposo cuando el matrimonio discurría por derroteros normales. El marido, por su parte, aun dispuesto a conceder a su mujer esta independencia, debe precaverse de las posibles salpicaduras que podría arrojar sobre sus bienes, o sobre los gananciales, una gestión poco afortunada de la mujer. Querrá también liberarse de la enojosa traba introducida por la última reforma del Código civil, al exigir el consentimiento uxorio para la disposición de inmuebles o de establecimientos mercantiles. Finalmente sucede también, a veces, que los cónyuges que se separan se proponen disolver, ya que no de "iure" (porque no pueden), al menos de "facto", el patrimonio común, repartiendo entre ellos los bienes gananciales acumulados hasta entonces, con régimen de administración separada, para los que queden en poder de cada cual y los que adquieran en el futuro, aunque teórica y legalmente estas adquisiciones, posteriores a la separación, tengan carácter ganancial. Y aspiran, por último, a que todo lo que en este sentido acuerden o convengan sea firme e irrevocable, al menos mientras subsista la separación de hecho.

Pasemos ahora a considerar hasta qué punto estos propósitos pueden realizarse, para lo cual es necesario estudiar con la debida separación los diversos instrumentos técnicos mediante los cuales es posible alcanzar, al menos en parte, los resultados queridos por los cónyuges, siquiera mientras ambos respeten, de común acuerdo, lo convenido.

a') *Concesión de licencia marital concebida en términos generales*

Para dotar a la mujer que se separa de plena independencia jurídica, en la esfera patrimonial, basta con que el marido otorgue a favor de su esposa licencia general que la autorice para realizar todos aquellos actos jurídicos para los cuales necesitaría su autorización. La posibilidad de otorgar licencias maritales de carácter general estaba prevista expresamente por la Ley 56 de Toro, y aunque el Código civil nada dice al respecto, la fuerza de aquel precedente histórico y el haber suprimido el artículo 62 del Proyecto de 1851 el requisito de la especialidad, exigido por el Código francés, impone la solución permisiva. Así lo admiten la doctrina (casi sin excepción), la Jurisprudencia (bien que incidentalmente) y la práctica. Con la

licencia, y siempre que ésta sea lo suficientemente amplia y expresiva, la mujer podrá, por sí misma, celebrar toda clase de actos y contratos, obligarse en general, y, finalmente, y en resumen, regir con libertad su propio patrimonio. Se suscitan, sin embargo, varios e importantes problemas, de los que es necesario tratar aquí con el debido detenimiento.

a") *Bienes a los que se refiere*

1) Recuperación de los parafernales entregados.

La licencia general habilita a la mujer para administrar y enajenar sus bienes privativos. Ningún problema suscitará la licencia respecto de los bienes que adquiriera después de la separación de hecho, siempre que la licencia subsista y esté clara la naturaleza privativa de aquellos, cuestiones éstas de las que después nos ocuparemos. Pero si la mujer tiene patrimonio propio, adquirido antes de la separación, y su administración ha sido hasta entonces ostentada por el marido, la posibilidad de ejercitar sobre dicho patrimonio la licencia concedida exige que las potestades administrativas del marido desaparezcan para el futuro. ¿Es esto posible?

Los bienes privativos de la esposa, como es bien sabido, pueden ser de dos clases, parafernales o dotales inestimados (42). A su vez, los bienes parafernales pueden encontrarse en tres situaciones: administración retenida por la mujer, en gestión administrativa confiada al marido, o entregados a éste bajo fe de Notario.

Lo corriente actualmente, en los territorios de derecho común, es que los bienes de la mujer sean parafernales. Tampoco suele practicarse la entrega notarial de los parafernales al marido, aunque sí sucede, a menudo, que sea éste quien de hecho los administre, unas veces con el consentimiento tácito de la mujer y otras en virtud de mandato (y poder) expresos. Conviene puntualizar que esta última situación, y aunque el poder para administrar se haya conferido en escritura pública, constituye, a mi juicio, un supuesto distinto del previsto por el artículo 1.384 del Código civil. La conexión de este precepto con el artículo 1.391, que regula los casos en que puede ser exigida la devolución de los parafernales entregados, equiparando éstos, a efectos de su restitución, a los bienes dotales inestimados, demuestra que la entrega de los parafernales bajo fe de Notario constituye al marido en administrador permanente de los mismos, administración, que ostenta en su calidad o condición de jefe de la sociedad conyugal y no con el carácter de simple mandatario o apoderado de su esposa. De aquí que ésta, y así lo confirma el artículo 1.391 ya citado, no pueda recuperar a su arbitrio la administración.

(42) Los bienes integrantes de la dote estimada pasan a ser propiedad del marido, quien sólo es deudor de la estimación.

de los llamados "parafernales entregados" (43). Pero precisamente por los graves e importantes efectos que surte la entrega formal de los parafernales bajo fe de Notario, no cabe confundir esa entrega con el simple otorgamiento de un poder al marido para que administre aquellos bienes. La entrega requiere una declaración en tal sentido, la recepción o aceptación del marido, y la determinación de los bienes cuya administración se transfiere, requisito este último necesario, parece, para que pueda entenderse efectuada la entrega aunque sea en forma "ficta" o instrumental. No puede presumirse en la mujer que solamente concede a su esposo un poder general de administración, e incluso de disposición, la voluntad de despojarse ella misma de la facultad de administrar, que es cabalmente la consecuencia que se sigue de la entrega bajo fe de Notario, a que se refiere el artículo 1.384, y que constituye a los parafernales en situación no idéntica, pero sí bastante similar, a la de los bienes dotales inestimados. A mi juicio, la doctrina no matiza suficientemente esta distinción cuando se refiere tan sólo a la administración de los parafernales encomendada tácitamente al marido, siendo así que, en mi opinión, es perfectamente posible que la administración se confíe expresamente al esposo, sin que esta administración implique entrega de los parafernales, en el sentido estricto y riguroso que la expresión tiene en el artículo 1.384.

Por consiguiente, los bienes parafernales adquiridos por la mujer, antes de separarse de hecho, y salvo que los hubiere entregado al marido bajo fe de Notario, continúan en su administración. Las facultades del marido como mandatario expreso o tácito de su mujer, quedan revocadas a consecuencia del convenio de separación (44), y la mujer, merced a la licencia concedida, podrá en lo sucesivo no sólo administrar, sino también disponer de sus parafernales sin la "auctoritas interpositio" del marido.

(43) En este sentido, LACRUZ, ob. cit., pág. 443, que no admite más salvedad que la mujer se haya reservado en la escritura de entrega la facultad de pedir la restitución. Esta posibilidad que, como acabo de decir, admite LACRUZ, me parece tal vez un poco incongruente con lo que el propio autor sustenta en materia de restitución de la dote y con la rígida interpretación que mantiene sobre la imposibilidad de modificar el régimen económico conyugal. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 1939, tomo II, vol. I, pág. 347, distingue según que la entrega se haya hecho en capitulaciones matrimoniales, caso en el cual la restitución no podrá reclamarse, o se haya verificado posteriormente y fuera de aquéllas. En este último supuesto parece admitir la posibilidad de revocar libremente la administración confiada al marido. A mi modo de ver, la entrega bajo fe de Notario impide a la mujer exigir la restitución de sus parafernales, salvo que concurra alguna de las causas en virtud de las que procede la restitución de la dote inestimada. La solución me parece excesivamente rígida, pero así parece resultar ineludiblemente del artículo 1.391. Cosa distinta es, como digo en el texto, que el marido acceda voluntariamente a restituir a su mujer la administración de los parafernales entregados.

(44) Si medió poder notarial deberá éste ser revocado en igual forma en evitación de contratiempos.

Supongamos ahora que, al tiempo de separarse los cónyuges, existen bienes dotales inestimados o parafernales entregados bajo fe de Notario. No es probable, como he dicho, que actualmente se dé este caso, pero su posibilidad es indiscutible. La mujer, si el marido no accede a ello, no puede exigir, fundándose en la simple separación de hecho, la devolución de aquellos bienes. Empero, en trance de separación convencional, es posible que el marido consienta en devolver a su mujer, anticipadamente, sus bienes parafernales (entregados) o sus bienes dotales inestimados. Pero ¿es válida esta devolución prematura? ¿Cuál sería el valor jurídico de esa restitución anticipada?

De entender que la restitución convencional de la dote inestimada es válida, los bienes dotales inestimados quedarían convertidos en parafernales, perdiendo el marido la administración y el usufructo que sobre ellos ostentaba. La devolución convencional de los parafernales entregados, supuesta igualmente su validez, convertiría aquellos en parafernales ordinarios, con pérdida por parte del marido de su facultad de administrarlos, que volvería otra vez a la mujer. Y aunque posteriormente fuera revocada la licencia concedida simultáneamente a la restitución, ello no privaría ya a la mujer de su calidad de administradora (tanto de los parafernales propiamente dichos como de los dotales convertidos, merced a la devolución, en bienes de esta clase), aunque no pudiera, sin contar con su esposo, realizar actos de disposición sobre los mismos. Por el contrario, de estimar que la devolución anticipada y convencional es nula, el marido podría, en cualquier tiempo, reclamar los bienes que indebidamente restituyó a su mujer y recuperar así la administración de la dote inestimada o de los parafernales, que sólo de "facto" quedó interrumpida durante el tiempo en que los bienes estuvieron en poder de la mujer.

La posibilidad de una devolución anticipada y convencional de la dote inestimada y de los parafernales entregados (que es pensable aunque los esposos no se separen) no es cuestión que la doctrina trate con detenimiento y precisión. Respecto de la dote, el sentir de la doctrina (más tácito que expreso) es negativo. Con relación a los parafernales entregados, se involucra en la solución el concepto, un tanto equívoco, que se tiene de ellos (45).

A mi entender, las dificultades que se oponen a la validez de la devolución convencional, constante el matrimonio, no son las mismas para la dote inestimada que para los parafernales entregados (46).

(45) Así, para los que sostienen que la entrega de los parafernales, y salvo que la misma se haya estipulado en capitulaciones matrimoniales, es libremente revocable por la mujer, no puede suscitar problemas la devolución convencional y anticipada, que, por supuesto, debe reputarse válida.

(46) La *Compilación del Derecho civil vigente en Cataluña* admite que la administración de los parafernales entregada al marido, en cualquier forma, expresa o tácita, puede ser libremente revocada por la mujer. Por consiguiente, es indudable que la administración puede devolverse a la mujer en virtud de mutuo acuerdo. Por el contrario, el artículo 30 considera nulo el pacto en que se estipule que la devolución de la dote tenga lugar durante el matrimonio.

La restitución de la dote inestimada durante el matrimonio tropieza con los siguientes obstáculos: la regla o principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal posiblemente conculcado por la devolución anticipada de la dote; la prohibición de donaciones entre cónyuges que igualmente podría considerarse infringida, y, por último, el cambio en orden al grado de responsabilidad que, con respecto a las cargas del matrimonio, experimentarían los bienes y sus frutos, al transformarse, en gracia a la restitución, de dotales en parafernales (47). Dejaré para después el examen del primer obstáculo o inconveniente, porque el mismo también se opone a la restitución de los parafernales entregados, y examinaré los otros dos que sólo se alzan frente a la devolución por convenio de los bienes dotales inestimados.

En dicha restitución, como he dicho, puede verse una liberalidad prohibida al perder el marido en beneficio de la esposa el usufructo que le corresponde sobre los bienes dotales, usufructo que la mujer sólo tiene derecho a consolidar con la nuda propiedad cuando concorra alguna causa legal de devolución de la dote. Este argumento me parece casi incontrovertible si los cónyuges se hallan casados bajo el régimen de separación de bienes (en su variedad dotal), pero no lo veo tan claro cuando el sistema que rige el matrimonio es la sociedad de gananciales. En este último caso, los frutos de los bienes de la mujer, sean estos bienes dotales o parafernales, son a su vez gananciales, por lo que la restitución anticipada de la dote y la consiguiente conversión de los bienes dotales en parafernales no presupone un empobrecimiento del marido que se corresponda con un correlativo enriquecimiento de la mujer. En cambio, es indudable que la transformación de los bienes dotales en parafernales altera el régimen de responsabilidad de los mismos bienes y de sus frutos en orden a las cargas del matrimonio. Recordemos que los frutos, en los bienes dotales, responden, en todo caso y en absoluto, de las obligaciones personales del marido, mientras que los frutos de los parafernales sólo responden de dichas obligaciones si se prueba que fueron contraídas en provecho de la familia (artículo 1.386 del C. c.) y que los mismos bienes parafernales sólo responden de los gastos diarios y usuales de la familia en defecto de los bienes propios del marido, de los gananciales y de los dotales (artículo 1.385). No parece que esta modificación en orden a la responsabilidad de los bienes de la mujer, modificación que afecta a terceros, pueda ser establecida, sin más, por vía de acuerdo entre marido y mujer. Esta consideración me inclina a negar que el marido pueda restituir a su mujer, constante el matrimonio, la dote inestimada, de no mediar ninguna de las causas previstas por el artículo 1.365 del C. c.

(47) Estos mismos argumentos se aplican "*mutatis mutandi*" para negar que la mujer puede constituir dote después de celebrado el matrimonio, hipótesis en que la transformación es a la inversa, o sea, los parafernales se convierten en dotales. Cfr. LACRUZ, ob. cit., pág. 335.

A la devolución de los parafernales entregados bajo fe de Notario durante el matrimonio y en virtud de simple acuerdo entre los cónyuges, no se oponen las mismas dificultades que a la restitución, en análogas circunstancias, de la dote inestimada. En la devolución de los parafernales no cabe ver por ninguna parte una liberalidad indirecta o embozada. El marido, al serle entregados los parafernales, solamente adquiere su administración, pero no el usufructo (48). La responsabilidad a que están afectos los parafernales y sus frutos es la misma tanto si los administra la mujer como si su administración fue entregada al marido. Los artículos 1.385 y 1.386, que establecen las responsabilidades a que están afectos tanto los parafernales como sus frutos o rendimientos, no formulan ninguna distinción en este sentido. No es lo mismo, pues, la devolución, constante el matrimonio, de la dote inestimada, que convierte los hasta entonces bienes dotales en parafernales, con las consecuencias que ello lleva consigo y que ya han quedado señaladas, que la devolución de los parafernales entregados que siguen siendo, claro está, tan parafernales antes como después de la restitución y sin que ésta influya en su régimen jurídico, salvo en lo que respecta a su administración y a las garantías que el marido debe prestar cuando la ostenta. Pero justamente porque hay un cambio en la administración de dichos bienes que, mientras están en situación de entregados, corresponde exclusivamente al marido, y al ser devueltos, pasa a la mujer podría pensarse que tal mutación implica una modificación del régimen económico conyugal que hace ineficaz la devolución anticipada de los parafernales entregados (49).

A mi juicio, esta objeción no es decisiva y puede y debe superarse. En primer término, hay que admitir que si la restitución convencional de los parafernales constituye cambio o modificación del régimen económico conyugal, un cambio similar (por la misma razón aunque en sentido inverso) se produce cuando los parafernales, inicialmente administrados por la mujer, se entregan al marido bajo fe de Notario constante al matrimonio. Que la entrega en estas condiciones es válida no se discute por la doctrina. Implícitamente lo admite el propio Código civil al regular las consecuencias de que quede en poder del marido el precio de los parafernales vendidos durante el matrimonio (art. 1.390) (50). Por consiguiente, si es lícito cambiar el

(48) Por tanto, si el matrimonio se rige por el sistema de separación de bienes, el marido, en buena lógica, deberá entregar a la mujer los frutos que rindan los parafernales que él administre después de deducir la participación con que la mujer deba contribuir a las cargas de la familia, según la situación y circunstancias de ésta.

(49) El mismo argumento se puede esgrimir en punto a la restitución convencional de la dote, como ya vimos.

(50) Se discute si el marido puede quedarse con el precio en concepto de parafernales entregados, garantizando su devolución con hipoteca, o si para que esto suceda se requiere que la mujer consienta ante Notario que el precio permanezca efectivamente en el patrimonio del marido. De prevalecer la primera solución, patrocinada por el Tribunal Supremo (SS. de 12 de julio de

régimen de administración de los parafernales durante el matrimonio mediante su entrega al marido, sin que este cambio constituya una modificación prohibida del estatuto económico de la sociedad conyugal, no parece que haya de entrañar una alteración ilícita el cambio de signo contrario, es decir, el que se producirá al devolver el marido a la mujer la administración de los parafernales que previamente le fueron entregados.

Se dirá que la entrega de los parafernales al marido, efectuada durante el matrimonio, si cambia el régimen económico de éste, y que la Ley, al permitir esta modificación, no hace sino establecer una excepción a la regla general (inmutabilidad del estatuto que rige los bienes de los cónyuges), excepción que, por ser tal, no es susceptible de ser aplicada analógicamente a otros supuestos diferentes. Conviene que nos detengamos en el análisis de esta posible objeción, no sólo para resolver el punto concreto que ahora nos ocupa, sino porque ello nos va a permitir llegar, en esta materia de la inmutabilidad del régimen económico conyugal, al fondo mismo de la cuestión.

Digamos, para comenzar, que el Código civil no contiene ningún precepto que de forma terminante y general prohíba todas las posibles modificaciones o alteraciones del régimen de bienes vigentes en el matrimonio. Se limita concretamente a prohibir la modificación post-nupcias de lo pactado en capitulaciones matrimoniales y a prohibir, asimismo, que éstas se otorguen por quienes ya están casados (artículos 1.315 y 1.319 del C. c.). De estos preceptos se desprende, sin duda, como ya advertimos, un criterio hostil a la modificación, posterior al matrimonio, del régimen de bienes vigente en el mismo, pero de aquí no se sigue necesariamente que cualquier cambio o modifi-

1929 y 21 de febrero de 1959), tendríamos dos clases de parafernales entregados, integrada, una, por el precio de los parafernales vendidos retenido por el marido, aun sin intervención notarial, y la otra, por todos los demás parafernales entregados bajo fe de Notario. Nos parece más acertada la segunda solución, y, por consiguiente pensamos, con LACRUZ y SANTAMARÍA, que, cuando el precio de la venta de los parafernales haya sido percibido por el marido, la mujer, y salvo que consienta ante Notario que quede en poder de su esposo, podrá exigir de éste, como de otro mandatario cualquiera, la entrega inmediata de la cantidad recibida. Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que el artículo 1.390 contempla un supuesto de parafernales entregados durante el matrimonio, y nada autoriza a sostener que dicha entrega "post-nupcias" sólo es posible efectuarla en el caso particular que este precepto contempla. LACRUZ dice al respecto (ob. cit., pág. 442) que aun cuando la entrega de los parafernales representara un cambio en el estatuto jurídico de los bienes de los cónyuges, se trataría de una excepción autorizada por la Ley. Por otra parte, agrega, no existe alteración del régimen económico del matrimonio, como no la habría, aunque se permitiera la constitución de dote por la mujer estando casados los cónyuges: las reglas que gobiernan su economía no se han alterado, y si sólo la situación de hecho de determinados bienes que pasan del poder de la mujer al del marido en cuanto a su administración. Suscribo íntegramente estas afirmaciones, no sin hacer notar que LACRUZ, al ocuparse concretamente de la constitución de dote por la mujer durante el matrimonio, sostiene, sin embargo, que si hay modificación prohibida del régimen económico conyugal, siendo ésta una de las razones que le inducen a negar esta posibilidad (ob. cit., pág. 335).

cación respecto de la situación jurídica de los bienes de los cónyuges esté prohibida y sea ilícita. Es menester preguntarse dentro de qué límites debe moverse la aplicación de los preceptos citados y la prohibición que en ellos se contiene. Para resolver este problema han de tenerse en cuenta, creo yo, dos consideraciones: En primer término, el muy débil fundamento que tiene la obligada inmutabilidad del régimen económico conyugal, punto éste en que me remito a lo que antes expuse (51). En segundo lugar, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas prohibitivas, impuesta por el respeto a la libertad civil de la persona, principio básico de nuestro derecho privado, que también se aplica (dentro de los límites de los artículos 1.316 y 1.317) a la organización económica de la sociedad conyugal según resulta del artículo 1.315. En rigor, pues, las prohibiciones que formulan los artículos 1.319 y 1.315 en cuanto a la imposibilidad de otorgar capitulaciones, o modificar las ya otorgadas, después de celebrarse el matrimonio, constituye una excepción o limitación a aquel principio, que no tiene parangón en otra clase de contratos y que tampoco en éste, pese a su especial naturaleza, está suficientemente justificada. De estas consideraciones se sigue, a mi juicio, una consecuencia contraria a la que antes quedó apuntada, es decir, las normas que no pueden ser extensivamente interpretadas son precisamente las que limitan y prohíben la modificación del sistema económico conyugal. Por consiguiente, la alteración del régimen matrimonial de bienes sólo debe considerarse ilícita: 1.º Cuando se trate de alterar, después del matrimonio, lo pactado en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de celebrarse aquél. 2.º Cuando las modificaciones pretendidas sean de tal naturaleza que su articulación sólo sea posible a través de capitulaciones matrimoniales, lo que sucede si se pretende sustituir el régimen vigente por otro distinto, o se quiere introducir en aquél una alteración general en su estructura o funcionamiento. Por el contrario, la simple adaptación del sistema a las circunstancias de hecho por las que atraviesen los esposos no debe reputarse prohibida, especialmente si existen normas que, mediante la aplicación analógica, consienten llegar a la solución permisiva. Volveremos de nuevo, a lo largo de este trabajo, a insistir sobre este punto de vista que ahora dejo esbozado.

Las conclusiones que me ha atrevido a establecer permiten, por de pronto, resolver el problema concreto que las ha suscitado. Me parece, pues, que la devolución de los parafernales, constante el matrimonio, y por acuerdo entre los cónyuges, es perfectamente válida, salvo que la entrega haya sido estipulada en capitulaciones matrimoniales y con el carácter de pacto capitular, pues en este último caso

(51) Me refiero a la inmutabilidad en el tiempo. Cosa distinta sucede con la llamada inmutabilidad en el espacio; es decir, la que se refiere a la persistencia del régimen conyugal inicial no obstante las modificaciones que experimente el estatuto personal de los esposos, cuestión ésta que suscita una problemática diferente.

se interfiere irremediamente la prohibición expresa y concreta del artículo 1.319.

Consumada la devolución de los parafernales, la mujer recobra la administración de ellos y el marido queda apartado definitivamente, de hecho y de derecho, de dicha administración (52). En cambio, y aunque de "facto" pase la administración a la mujer, porque así lo acuerden ambos esposos al separarse, de "iure" el marido sigue siendo administrador de la dote inestimada y también de los parafernales que hubiere recibido en virtud de estipulación capitular. Ya he dicho que en ambos casos no es posible la restitución a la mujer mientras no se dé alguna de las circunstancias a que la ley subordina la devolución de la dote. Sin embargo, no hay, a mi ver, inconveniente en

(52) En virtud de la devolución de los parafernales entregados, llevada a cabo de común acuerdo entre marido y mujer, ésta recupera las facultades de administración que normalmente le competen sobre dichos bienes. No puede aplicarse por analogía lo que dispone el artículo 68, regla 4.ª, párrafo 3.º, del C. c., para las medidas provisionales que deben adoptarse en tanto se tramita la separación judicial. Según este precepto, "se devolverán a la mujer los parafernales que hubiese entregado al marido, pero necesitará autorización judicial para los actos que exceden de la administración ordinaria". El precepto es, a todas luces, excepcional, pues el artículo 1.384 concede a la mujer la facultad de administrar libremente sus parafernales, y la única limitación que impone a sus potestades afectan no a la administración, sino a la enajenación del capital parafernál (art. 1.387). El artículo 68 limita las facultades de la esposa a la administración ordinaria porque opera sobre un supuesto en que la mujer, que había perdido la administración por haberla entregado al marido, la recupera *en contra de la voluntad de éste* (hipótesis, pues, inversa a la que examinamos en el texto) y con carácter *provisional*, por cuanto aún está pendiente de resolución el proceso de separación. La "ratio iuris" de la norma comentada impide aplicarla a estos dos casos:

1.º Devolución anticipada y convencional de los parafernales previamente entregados al marido. Aquí, la restitución se verifica *con* la voluntad del esposo, y, además, no es provisional, sino, en principio, definitiva.

2.º Administración de los parafernales retenida o conservada por la mujer. Cuando se da esta circunstancia, y aunque se haya entablado la separación judicial, la regla 4.ª, párrafo 3.º, del artículo 68, no debe actuar, a mi juicio, pues la misma enfoca un supuesto especial de devolución de parafernales entregados, lo que no sucede, naturalmente, si la entrega nunca tuvo lugar y la administración de aquéllos siempre fue ostentada por la esposa. Además, si las medidas provisionales no afectan a la situación jurídica del marido respecto de su patrimonio privativo (párrafo 2.º de la misma regla 4.ª), no hay razón alguna para que con la mujer ocurra cosa diferente. Esta parece ser también la opinión de Díez PICAZO (*La situación jurídica del matrimonio separado*, en R. D. N., tomo XXXI, pág. 55). Se plantea, por otra parte, el problema de si al entrar en juego el artículo 68, regla 4.ª, párrafo 3.º, la licencia marital resulta improcedente siempre; es decir, también cuando se trate de enajenar o gravar los parafernales, de tal modo que lo pertinente sea solicitar directamente autorización judicial. Así lo cree, con razón, a mi juicio, Díez PICAZO (ob. cit., pág. 59); igualmente, LACRUZ (ob. cit., pág. 138); pero este último autor parece extender la solución a todos los supuestos en que la mujer quiera disponer de sus propios bienes. A mi entender, esto es excesivo. Respecto de los parafernales cuya administración retuvo la mujer, no se altera, según hemos visto, su régimen jurídico, y, por tanto, subsisten, en principio, las facultades de control que normalmente corresponden al marido.

que la mujer administre los bienes de la dote inestimada, o los parafernales no recuperados, por delegación de su marido. Esta delegación puede cuajar en un poder propiamente dicho o en una autorización para que la mujer actúe en nombre propio como administradora. Esta segunda figura, de la que me ocuparé con mayor detenimiento al tratar de la administración por la mujer de los bienes gananciales, parece más adecuada a la situación que contemplamos que el poder propiamente dicho. Por una parte, es anómalo que la mujer actúe como administradora de sus propios bienes en representación del marido, y por otra, a éste le interesa no quedar vinculado, a ser posible, por la gestión administrativa de su mujer. Ahora bien, aunque la mujer actúe como administradora en nombre propio, lo hace por delegación del marido. Por lo tanto, será necesario instrumentar especialmente esa autorización, que es en sí distinta de la licencia marital ordinaria. Además, si la autorización se revoca (ya veremos después hasta qué punto es posible condicionar o limitar la potestad de revocación), la administración vuelve de hecho al marido, quien, por lo demás, no queda privado mientras tanto de sus facultades administrativas que podrá ejercitar válidamente aun que se haya comprometido a no hacerlo.

2) Los parafernales dudosos.

Otra grave dificultad con que puede tropezar la mujer al ejercitar la licencia obtenida al tiempo de separarse, surge de la reglamentación legal de la sociedad de gananciales. Sobre su patrimonio proyecta todavía su sombra el régimen legal, y en particular el artículo 1.407 del Código civil, según el cual se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. Por consiguiente, la mujer sólo estará legitimada para actuar en virtud de la licencia que su marido le ha conferido, si prueba que los bienes objeto del acto o contrato que pretende realizar son de su propiedad privativa. Salvo, claro está, que la autorización marital haya previsto la posibilidad de que la mujer contrate sobre bienes gananciales, o presuntivamente gananciales. En este caso la autorización del marido ya no será una licencia marital pura y simple, sino un instrumento más complejo, al que luego habré de referirme. Pero supongamos que el marido, en trance de separarse de hecho de su mujer, ha otorgado solamente una licencia marital en sentido estricto (53). Es entonces

(53) El problema a que se alude en el texto debe ser tenido en cuenta por los profesionales del derecho que intervienen en las separaciones convencionales, para resolverlo, si es posible, a través de los documentos que firmen los cónyuges. Es conveniente, y así debe aconsejarse a los interesados, que el marido no se limite a conceder a la esposa licencia, sino que extienda su autorización al manejo de fondos que se encuentren en poder de la mujer, o de bienes que, aun siendo realmente suyos, sean presuntivamente gananciales, dispensándola de la prueba de ser estos fondos comunes, y ello aunque respecto del patrimonio

cuando se hace preciso demostrar, para la plena validez de los actos que la mujer proyecta realizar, que los bienes a que aquellos actos se refieren son efectivamente parafernales. Esta demostración no presenta mayores dificultades si se trata de bienes fácilmente identificables y se dispone del título de adquisición. Con todo, sucede muy a menudo que el título de adquisición de la mujer sea equívoco. Por ejemplo, si se trata de bienes adquiridos por compra constante el matrimonio con dinero privativo sin que este extremo se haya acreditado cumplidamente. Y las dificultades que la prueba ofrece son casi siempre muy graves cuando se trata de disponer de bienes fungibles, especialmente de dinero.

La mujer, pues, puede encontrarse con que la licencia marital no le sirve para nada si trata de enajenar o gravar bienes que, aun siendo suyos, resultan presuntivamente gananciales, por no ser suficientemente expresivo sobre este particular el título de adquisición. O si quiere comprar, o invertir en otra forma, dinero de su pertenencia. Como el problema que suscita la inversión del dinero privativo tiene una fisonomía peculiar, me ocuparé previamente de la primera variante de esta cuestión.

1') El título equívoco —Los parafernales confesados—.

El título equívoco por excelencia lo constituyen las compras efectuadas por la mujer con dinero de su pertenencia, pero sin justificación suficiente de este extremo (54), bien porque al tiempo de efectuar la adquisición no se ha demostrado en absoluto (y a veces ni siquiera se ha indicado) que el dinero es de la mujer, bien porque se ha aportado una prueba que es ineficaz o que no se reputa completamente satisfactoria.

En el primer caso, es decir cuando se trate de bienes que la mujer compró con dinero propio, pero sin que del título resulte que aquel dinero era de su pertenencia, la licencia marital no cubre la eficacia de la nueva venta más que si se prueba posteriormente que efectivamente el dinero invertido por ella al adquirir el bien que después ha enajenado, le pertenece privativamente. Pero el marido podrá impugnar la enajenación sin más que ampararse en la presunción del art. 1.407. Le basta alegar que el bien de que su mujer ha dispuesto es presuntivamente ganancial y que la esposa carece, por consiguiente, de poderes dispositivos, puesto que la licencia marital sólo se refería a sus bienes privativos. Será la mujer, y en su caso el comprador, quienes tendrán que pechar con la carga de la prueba para demostrar que el dinero con que la primera compró lo que después ha vendido era, exclusivamente suyo (no ganancial).

común propiamente dicho quiera reservarse todas las facultades de administración y disposición.

(54) Sobre cuándo puede considerarse suficientemente probado que el dinero que la mujer pretende invertir es de su propiedad exclusiva, me remito a lo que más adelante expongo.

En el segundo caso se encuentra la mujer que, antes de separarse de hecho, compró bienes con dinero propio sin aportar sobre este particular otra demostración que el reconocimiento del marido. Estamos, pues, ante el caso de los llamados “parafernales confesados” y nos enfrentamos, por lo tanto, con el problema del valor que hay que atribuir al reconocimiento o confesión del marido (55). Innecesario es decir que no puedo abordar aquí en toda su extensión un problema que de antiguo ha preocupado a la Jurisprudencia y a la doctrina y sobre el cual existen múltiples y bien documentadas opiniones. Intentaré tan sólo hacer un resumen de las mismas para exponer a continuación, de modo muy esquemático, mi propio parecer.

Fijemos, en primer lugar, aquellos puntos sobre los que existe unanimidad. La hay en orden a que la confesión del marido no puede perjudicar a terceros. Tampoco se discute que la confesión pueda ser impugnada por el marido o sus herederos. La discrepancia se produce al concretar a quién corresponde probar la certeza de lo confesado por el marido. Sostener que es éste quien debe demostrar, en su caso, que el dinero invertido por la mujer no era de su pertenencia supone reconocer virtualidad a la confesión, al menos “*prima facie*”. Por el contrario, imponer a la mujer la carga de la prueba, no obstante la confesión, implica negar a ésta todo valor probatorio. Pues bien, con relación a este extremo, que es el realmente polémico, se registran tres posturas: La que niega en todo caso valor a la confesión (56). La que, por el contrario, estima que, mientras no se demuestre lo contrario, los parafernales confesados son “*inter partes*” parafernales y con arreglo a este criterio debe decidirse tanto la atribución de los mismos a la hora de liquidar la sociedad de gananciales, como resolver los problemas de legitimación que, su eventual enajenación, pueda plantear; y, finalmente, la que niega valor a la confesión durante la vida de la sociedad (por lo cual la enajenación de aquellos bienes debe regirse por las reglas que regulan la disposición de bienes gananciales), y en cambio le reconoce virtualidad a la hora de disolver y liquidar el patrimonio común (57).

(55) El problema que se examina en el texto es de amplio alcance. El valor de la confesión del marido entra en juego no solamente cuando se trate de enajenar el “parafernale confesado”, sino también a la hora de decidir la suerte de éste en la liquidación de la sociedad conyugal. Naturalmente, estas cuestiones son susceptibles de plantearse aunque el matrimonio no esté separado de hecho; pero ya indiqué al comienzo de este trabajo que el tema que me proponía abordar nos iba a enfrentar obligadamente con cuestiones que pertenecen a la problemática general de la sociedad de gananciales. Por otra parte, no cabe duda, como también dije, que estas cuestiones alcanzan su grado mayor de virulencia cuando los cónyuges han interrumpido la normalidad de su vida conyugal.

(56) Esta posición es la que resulta de la Resolución de 11 de marzo de 1957.

(57) En favor de la segunda posición, VALLET DE GOYTISOLO, *Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957*, en relación con la Sentencia de 2 de febrero de 1951, y otras consideraciones, en RCDI, 1957, págs. 477 y sigs., y LA-

El argumento central de los que niegan, total o parcialmente, valor a la confesión del marido se encuentra en el artículo 1.232 del Código civil según el cual la confesión hace prueba contra su autor, salvo que con ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes. Este segundo inciso impide reconocer eficacia probatoria a la confesión del marido, ya que, de ser ésta conscientemente inexacta, resultarían infringidas las normas que prohíben las donaciones entre cónyuges y las que predeterminan la composición de los patrimonios respectivos y sus peculiares regímenes jurídicos. Los que defienden la eficacia "inter partes" de la confesión del marido (especialmente si aceptan que la confesión despliega su virtualidad, incluso durante la vigencia de la sociedad) procuran limitar, por distintos procedimientos, el alcance del segundo párrafo del artículo 1.232, y se apoyan, además, en el artículo 1.344, que reconoce valor, entre marido y mujer, a la confesión de dote.

A mi juicio, el segundo inciso del artículo 1.232 debe ser valorado de diferente forma según los casos. En primer término me parece necesario descartar una interpretación excesivamente suspicaz del precepto si no se quiere hacer tabla rasa de lo que dispone el primer párrafo del artículo, pues teóricamente será casi siempre pensable que mediante confesión pueda eludirse el cumplimiento de alguna Ley (58). En segundo lugar, cuando nos encontramos ante supuestos en que claramente pueda entrar en juego la limitación que aquel segundo inciso establece, la aplicación de éste es susceptible de matización. Ante la confesión sospechosa caben dos actitudes, negar a la misma todo valor probatorio, de tal manera que el Juez *deba* rechazar el hecho confesado en tanto no se le demuestre su exactitud por otros medios, o limitarse a privar a la confesión del valor probatorio privilegiado que la Ley, en principio, le atribuye, de forma que el Juez no resulte vinculado por aquélla y pueda estimarla insuficiente, o considerar, con libre apreciación de todo el material probatorio aportado al proceso, que el hecho confesado no es cierto. Con arreglo a esta segunda interpretación, el segundo párrafo del artículo 1.232 no elimina la eficacia probatoria de la confesión, sino que sólo reduce considerablemente el alcance de esta eficacia (59). A mi entender, el artículo 1.232-2.º admite también esta segunda interpretación. Basta tener en cuenta que el primer párrafo del precepto sanciona la fuerza probatoria privilegiada que tradicionalmente se ha atribuido a la confesión y, por consiguiente, es lícito entender que la excepción formula-

CRUZ, ob. cit., págs. 452 y sigs. La postura intermedia ha sido defendida por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del C. c.*, en AAMN, XIII, págs. 463 y sigs. Me limito a citar, ya que el problema sólo se aborda aquí incidentalmente, los autores más caracterizados que últimamente han escrito sobre él. Por idéntica razón prescindo de un análisis detenido de la Jurisprudencia existente al respecto. Un buen resumen de la misma puede consultarse en la obra tantas veces citada de LACRUZ.

(58) Cfr. sobre este punto las observaciones de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, cit., pág. 491.

(59) Cfr. en este segundo sentido, LACRUZ, cit., pág. 452.

da por el segundo párrafo se refiere tan sólo a esa fuerza probatoria privilegiada y no a la total virtualidad de la confesión como medio de prueba (60). Así las cosas estimo que el alcance probatorio de la confesión, y en general su eficacia jurídica, depende de las circunstancias, especialmente de la trascendencia de lo confesado en orden al resultado del proceso y de la posición que el confesante asuma en éste. La confesión del demandado que reconoce la certeza de la obligación que se le reclama, o el hecho de que dimana (61), equivale prácticamente a un allanamiento. Es lógico, por tanto, que ante tal eventualidad, el Juez constate si el confesante está legitimado para conseguir el efecto jurídico de derecho material que se seguiría de su declaración de ser ésta conscientemente falsa. Si falta la legitimación necesaria, el Juez no podrá, sin el auxilio de otras pruebas, considerar probado el hecho confesado, pues de lo contrario se expondría a sancionar con su sentencia una disposición prohibida. Hay que evitar que las partes, a través de un proceso, y mediante el expediente de la confesión, consigan un efecto no permitido por las normas de derecho sustantivo. El panorama cambia si es el confesante (en una confesión extrajudicial) quien promueve el litigio para demostrar la inexactitud de lo confesado, o si ante la reclamación procesal del favorecido por la confesión (extrajudicial) niega la verdad de lo confesado. Aparentemente, al menos, queda descartado en estos dos supuestos que se trate de conseguir *con el proceso* una finalidad prohibida por la Ley. Ciertamente que el resultado ilícito pudo haber sido deseado previamente, es decir cuando la confesión se hizo, y por esta razón tampoco la confesión extrajudicial, si merced a ella puede haberse eludido el cumplimiento de la Ley, vincula al Juez. Pero tendrá que ser el confesante, que pretende volver sobre sus propios actos quien tendrá que probar que la confesión fue deliberadamente inexacta. La prueba aportada, y el valor que la confesión conserve frente a ella, son extremos, que el Juez, de acuerdo con las circunstancias que concurren en cada caso concreto, podrá ponderar con arreglo a su buen criterio. Incluso la confesión, como única prueba, puede ser suficiente si el Juez no aprecia indicios de fraude.

Dentro de la línea interpretativa que queda apuntada conviene situar, creo yo, el alcance de la confesión (extrajudicial) de dote prevista por el artículo 1.344, precepto que, con las puntualizaciones que han quedado expuestas, no hay inconveniente en extender a la

(60) Por lo general, la eficacia extraordinaria de la confesión como medio de prueba, se ha reservado a la confesión judicial. No obstante, una corriente doctrinal importante sostiene hoy la equiparación, en principio, de la confesión judicial y la extrajudicial. Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO, *Negocio jurídico y documento*. Conf. pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1950; NÚÑEZ LAGOS, *El pasado y su prueba, valor confesorio del documento público*, RDN julio-diciembre 1956, págs. 7 y sigs.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, cit., pág. 482.

(61) Recuérdese la fungibilidad a que alude CARNELUTTI, *Sistema del Derecho Procesal Civil*, traducción española, II, pág. 540, entre las declaraciones de voluntad y las de verdad, cuando, las segundas, como la confesión, gozan de un valor probatorio absoluto.

confesión de parafernales. Que el artículo 1.407 sea imperativo no impide que la presunción que establece pueda ser desvirtuada por otra presunción. La que se deriva, en nuestro caso, de la confesión del cónyuge. El análisis detenido del segundo párrafo del artículo 1.232 descubre que su finalidad es evitar que, a través del proceso, y mediante el artificio de una confesión inexacta, puedan las partes conseguir un resultado prohibido por el derecho material, merced a la fuerza de cosa juzgada peculiar de la sentencia firme. Por consiguiente, si ésta es, como yo creo, la verdadera "ratio iuris" del precepto, hay que convenir que el mismo se refiere a la eficacia de la confesión *dentro del proceso*, y, por consiguiente, no excluye que la confesión extrajudicial conserve, "prima facie", fuera de aquél, su valor probatorio y sirva para estimar demostrado el hecho a que la confesión se refiere, o cierta la relación jurídica reconocida, en tanto su exactitud no sea judicialmente impugnada. El riesgo que el 1.232-2.º trata de conjurar no se da en la confesión extrajudicial (en tanto no se haga valer procesalmente), pues sus efectos no serán nunca equiparables a los que, a través de la sentencia firme, y gracias al artificio de una confesión deliberadamente falsa, pueden obtener las partes. Así las cosas, la presunción de verdad que se desprende de la confesión extrajudicial debe considerarse bastante para el tráfico jurídico, especialmente a la hora de calificar la legitimación que ostenta el cónyuge favorecido por aquélla (62). Se dirá que conceder efectos a la confesión, aunque sólo sea para sostener la validez de las enajenaciones otorgadas por la mujer, puede perjudicial a los acreedores de la sociedad conyugal. Sobre este punto, y para lograr ideas claras, estimo necesario hacer una distinción. La confesión, en principio, sólo surte efectos "inter partes", por lo cual, y mientras los parafernales confesados continúen en la sociedad conyugal, son para los acreedores bienes presuntivamente gananciales y pueden dirigirse directamente contra ellos. Pero el problema referente a la legitimación y facultades de la mujer para disponer de un bien existente en el matrimonio es, por el contrario, una cuestión que atañe exclusivamente a las relaciones entre los cónyuges. Por consiguiente, ya que entre éstos sí surte efectos la confesión, la enajenación será válida, pues en virtud de aquélla la mujer queda legitimada, en mi opinión, para disponer del "parafernado confesado". Los acreedores, pues, no podrán dirigirse contra el objeto enajenado; de la misma forma que no pueden hacerlo sobre cualquier otro; aunque sea ganancial, del que se haya dispuesto eficazmente por estar el cónyuge disponente suficientemente facultado para hacerlo. Concretamente, no podrán atacar la enajenación de un bien ganancial realizado por la mujer con el beneplácito del marido, que es en el fondo lo que sucede, como en seguida ve-

(62) Como dice acertadamente LACRUZ, cit., pág. 456, al cónyuge declarante se le cree (provisionalmente, añadido yo) porque, aunque no haya absoluta seguridad en la veracidad de sus afirmaciones, como lo que dice es probablemente verdad, y no hay perjuicio de tercero, es preferible pasar por sus aserciones, salvo demostración en contrario.

remos, en el supuesto que nos ocupa, de entender que el parafernál confesado continúa siendo presuntivamente ganancial, conclusión que yo niego, mientras la confesión no se impugne con éxito por lo que se refiere a las relaciones entre los cónyuges. Cosa distinta es que la enajenación, de ser efectivamente ganancial el parafernál confesado, deba reputarse fraudulenta (por concurrir las circunstancias necesarias para ello) o nula (retroacción de la quiebra). En ambas hipótesis, los acreedores podrán impugnar el acto e invocar la presunción del artículo 1.407 que en estos casos no puede quedar desvirtuada por la confesión del marido (63).

Por lo demás no veo que reconocer valor a la confesión del marido, de cara a la enajenación por la esposa de un parafernál confesado, lleve consigo el riesgo de infringir disposición ninguna de carácter prohibitivo. Aunque la confesión del marido sea deliberadamente inexacta y hecha con el propósito de encubrir una donación, la venta realizada por la mujer no convalidará ciertamente la liberalidad prohibida y, por tanto, podrá reclamar el valor de lo donado indebidamente, si prueba que la confesión fue falsa, o simplemente en virtud de la presunción del 1.407, de negar valor, incluso "inter partes" a la confesión. En segundo término no cabe duda, a mi juicio, que la nulidad de la hipotética donación no afecta a la validez de la enajenación del bien supuestamente donado, por cuanto que la enajenación, de hecho, ha sido consentida por los dos esposos. A mi modo de ver, esto es precisamente lo que ocurre cuando el marido, de un lado, ha reconocido que un determinado bien era de su mujer, y de otro, sin haber impugnado la confesión, le concede, simultáneamente o después, licencia para que enajene sus bienes propios. La interpretación objetiva de su declaración de voluntad (la que ha emitido al conferir la licencia) ampara, sin duda, el derecho del adquirente para sostener que la autorización del marido comprende o se extiende a una cosa que el mismo marido reputó de la propiedad exclusiva de su mujer. Se objetará que el consentimiento del marido, necesario para que la mujer pueda enajenar un bien presuntivamente ganancial, es un consentimiento especial y distinto que no cabe confundir con la mera licencia o autorización. En mi opinión, esta objeción no tiene, por lo menos respecto del supuesto que nos ocupa, valor decisivo. Ciertamente el poder de gestión (que incluye el de disposición onerosa) sobre los bienes gananciales corresponde al marido por Ley. Pero esto sólo postula que la legitimación necesaria para llevar a cabo un acto inserto en la órbita de ese poder de gestión debe emanar en último término del propio marido. Este puede conferir a su

(63) La mujer puede, naturalmente, oponerse a la pretensión de los acreedores mediante la prueba de que el bien en cuestión era realmente parafernál. Si no consigue demostrarlo suficientemente, y a pesar de ello la impugnación directa del acto no puede prosperar (por encontrarse los bienes en poder de un tercero, protegido por la fe pública registral), deberá devolver a la masa común lo que recibió como contraprestación a los objetos en que la misma se haya invertido.

mujer poder de representación para que enajene u obligue los gananciales y entonces será el mismo marido quien realizará el acto, y asumirá, incluso personalmente, sus consecuencias aunque en la génesis de aquél colabore la mujer con la declaración de voluntad que emita al ejercitar el poder. Pero también es posible que el marido se limite a consentir la ingerencia de la mujer en la administración o disposición de los gananciales, con lo cual su patrimonio personal no quedará afectado. Este segundo tipo de legitimación es perfectamente viable y aparece claramente recogido por el artículo 1.416 del Código civil. En suma, lo realmente necesario es que la voluntad del marido sea concluyente (lo que no quiere decir que tenga que ser expresa) para que la mujer pueda enajenar o gravar los gananciales, de tal modo que la simple licencia concedida genéricamente a la esposa para enajenar u obligarse no le basta para que pueda comprometer los gananciales o disponer de ellos. Pero cuando la autorización del marido se refiera claramente (insisto en que claramente no quiere decir expresamente) a ciertos bienes, la exigencia que obliga a buscar en el marido la fuente de legitimación para disponer de los gananciales debe estimarse cumplida. Eso es precisamente lo que sucede, vuelvo a repetir, en el supuesto sujeto a examen. La autorización del marido, insita en la licencia, combinada con su declaración de ser propios de la mujer determinados bienes, incluye éstos en aquélla y sería contrario a la buena fe que el marido pretendiese escamotear el alcance objetivo de sus actos, que frente a terceros deben ser objetivamente interpretados, sin otro fundamento que la supuesta ineficacia de la confesión.

Lo que acabo de exponer pretende agotar hasta el límite la argumentación que cabe esgrimir en defensa de algo tan justo como es que la mujer separada de hecho pueda disponer libremente de sus propios bienes si ha conseguido del marido licencia general para enajenarlos. Creo que la prueba (o presunción) que dimana de la confesión del marido basta, como he intentado demostrar, para que la mujer pueda disponer de sus parafernales confesados sin necesidad de cumplir más requisitos que los exigidos para la enajenación de sus parafernales en general (64). Quienes con tan extraordinario celo tratan de evitar que la confesión del marido infrinja la Ley, no advierte que, al negar todo valor a esa confesión, corren el peligro de proteger otra infracción mucho más grave: Negar a la mujer poder dispositivo sobre sus propios bienes (cfr. 1.387 C. c.), y lo que todavía es peor: sancionar la validez de enajenaciones referentes a bienes parafernales otorgadas por el marido, sin la voluntad o incluso contra la voluntad de su mujer, quien, aunque no haya podido probarlo su-

(64) "Mutatus mutandi" estimo, paralelamente, que el marido puede disponer, sin necesidad de recabar el consentimiento del 1.413 o la autorización judicial subsidiaria, de los inmuebles o establecimientos mercantiles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio si la mujer reconoció la naturaleza privativa de los fondos invertidos en la adquisición.

ficientemente, es la única dueña de lo enajenado (65). Yo pienso que en trance de interpretar unos preceptos, que después de todo no son claros (los atinentes al valor de la confesión extrajudicial con especial proyección sobre la confesión del marido), es preferible correr el riesgo de amparar una irregularidad no muy probable (la experiencia demuestra que la mayor parte de las confesiones de parafernales son sinceras), y a la que se expuso voluntariamente el cónyuge confesante, que facilitar, por excesivo respeto a la letra de la Ley, lo que puede llegar a ser un verdadero despojo.

El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión, que yo sepa, de abordar el problema concreto que estoy estudiando. Pero ha reconocido valor "inter partes" a la confesión del marido (66). Por el contrario, la Jurisprudencia registral y el Reglamento Hipotecario siguen una trayectoria opuesta a la que aquí propugno. La Dirección General ha negado reiteradamente que la simple declaración del marido pueda desvirtuar la presunción que establece el artículo 1.407. Y ha llevado, alguna vez, esta doctrina hasta sus últimas consecuencias. al permitir la inscripción de una venta otorgada por el marido, no obstante referirse a un inmueble comprado por la mujer, con dinero de su pertenencia, según confesión del esposo (67). El artículo 96 del Reglamento Hipotecario, en su última versión anterior a la vigente, había ya descartado esta exorbitante aplicación del artículo 1.407 (68), que la nueva redacción del artículo 1.413 del C. c. hace, indirecta, pero definitivamente imposible siempre que se trate de inmuebles o establecimientos mercantiles. Por otra parte, el Centro Directivo ha sostenido, con no menos reiteración, que la simple licencia no basta para que la mujer pueda enajenar u obligar los bienes de la sociedad de gananciales (69). De ahí deriva la conocida distinción entre licencia y consentimiento que entendida con las limitaciones y en el sentido que antes he expuesto, me parece razonable. Pero estimo,

(65) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, cit., pág. 506, admite que el marido puede, en todo caso, enajenar la cosa a que se refiera la confesión, sin intervención de la mujer, a no ser que esta intervención sea precisa a tenor del nuevo artículo 1.413. La solución, (patrocinada, como veremos, por la antigua jurisprudencia registral) es correcta, desde el punto de vista de la pura lógica jurídica, si se niega todo valor, incluso "inter partes" y durante la vigencia de la sociedad legal, a la confesión del marido.

(66) Cfr. SS. de 28 de enero de 1898, de 30 de junio de 1948 y, especialmente, la de 2 de febrero de 1951.

(67) Sobre el valor de la confesión, en general, cfr. Resoluciones de 23 de abril de 1898, de 31 de marzo de 1930, 10 de julio de 1935, 30 de marzo de 1943 y 11 de marzo de 1957.

(68) La rectificación, útil a todo caso, se debía más bien a consideraciones de orden formal. Puesto que la inscripción se había practicado a nombre de la mujer, era necesario que el acto dispositivo emanase del titular registral. Como ésta era la razón a que la rectificación obedecía, la solución se extendió a todos los supuestos en que los bienes figuraban inscritos a nombre de la mujer aunque no hubiera confesión previa del marido. Con ello se desvirtuaba, en esta última hipótesis sin fundamento, la presunción del artículo 1.407.

(69) Cfr. Resoluciones de 6 de mayo de 1904, 13 de mayo de 1911, 19 de diciembre de 1933 y 9 de junio de 1936.

como ya he dicho, que esta distinción no puede impedir que la mujer, en ejercicio de una licencia general, enajene bienes que claramente deben considerarse incluidos en ella. Aunque estos bienes se presuman gananciales. El texto vigente del artículo 96 del Reglamento hipotecario establece que la enajenación de bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges, sin prueba de que el precio o contraprestación satisfecho era de su propiedad privativa, pero con aseveración de serlo formulada por el otro cónyuge, deberá realizarse por el esposo titular con consentimiento de su consorte. Según la tesis que antes he sustentado debe entenderse que el consentimiento del marido se ha manifestado a través de la confesión y de la licencia general que ha conferido a su esposa y se puede sostener, por tanto, que la enajenación de un parafernial confesado, consumada por la mujer al amparo de la licencia, cumple los requisitos del artículo 96-2.º del Reglamento hipotecario. No se me oculta, sin embargo, que esta interpretación no concuerda con los precedentes del artículo ni con el espíritu de sus autores, por lo cual, es difícil que, registralmente, se admita la solución que ofrezco (70).

- 2') El título técnicamente dudoso. Compras con precio aplazado y suscripción de acciones en virtud del derecho de suscripción preferente.

He indicado antes que la licencia marital no resuelve por sí sola todos los problemas con que puede tropezar la mujer separada de hecho a la hora de enajenar sus parafernalia. Una primera dificultad surge, como hemos visto, cuando el título de propiedad no acredita suficientemente el origen de los bienes a que se refiere y por tanto no puede saberse con seguridad, por el solo examen de aquél, si dichos bienes son gananciales o parafernalia. Pero la duda sobre este particular, que igualmente afecta a la suficiencia o insuficiencia de la licencia, obedece muchas veces a razones de carácter exclusivamente técnico. El Código civil nos dice qué bienes deben reputarse gananciales y cuáles privativos de los esposos. Pero la Ley no es, claro está, ni podía serlo, exhaustiva, y de aquí que la interpretación de los preceptos legales que intentan definir las distintas categorías de bienes existentes en la sociedad conyugal haya suscitado, en ciertas hipótesis especiales, muy serias dificultades. No me es posible, en este trabajo, revisar toda la problemática que en este aspecto plantea la sociedad de gananciales. No puedo, pues, detenerme en el estudio de todas esas hipótesis. Pero sí parece inexcusable que me refiera a dos casos cuya importancia práctica es evidente y que habré de examinar pri-

(70) Mi pensamiento sobre los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario quedó expuesto en mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, separata del A. D. C., pág. 21.

mordialmente desde el ángulo visual que impone el tema que ahora estoy abordando (71).

Compras con precio aplazado

Voy a referirme, primeramente, a las compras con precio total o parcialmente aplazado. Imaginemos que una mujer casada, antes o después de separarse de hecho, ha comprado alguna cosa en estas condiciones y que una vez separada se dispone a vender lo adquirido amparada en la licencia que para enajenar sus bienes propios le ha concedido el marido. ¿Basta esa licencia o es insuficiente? La respuesta, en este caso, aquí, sí, depende exclusivamente de la condición jurídica (ganancial o privativa) de los bienes adquiridos. No hay base suficiente para estimar que la autorización marital se extiende implícitamente a estos bienes cualquiera que sea su naturaleza, al contrario de lo que acontece con los parafernales confesados. La calificación jurídica de la adquisición es, pues, el unido dato a tener en cuenta para resolver el problema.

La primera toma de contacto con la cuestión debe hacerse a través de los artículos 1.401-1.º y 1.396-4.º del Código civil. Según estos preceptos, los bienes comprados durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges son gananciales si la compra se hace a costa del caudal común, o privativos, si se efectúa con dinero exclusivo de la mujer o del marido. La Ley, por lo tanto, para definir si una cosa comprada constante el matrimonio es o no ganancial, atiende al juego de la subrogación real y hasta prescinde (por lo menos cuando el precio se paga con fondos comunes) de la forma en que haya actuado (para sí, o para la sociedad) el esposo comprador (cfr. 1.401-1.ª *in fine*). Sin embargo, si el precio de la compra ha quedado aplazado totalmente no puede saberse, mientras el pago no se realice, a expensas de qué patrimonio se ha efectuado la adquisición y, por tanto, los artículos citados no nos resuelven, por de pronto, el problema. Cuando el precio ha quedado aplazado en parte, y supuesto que no exista duda sobre la procedencia de la cantidad entregada a cuenta, sabemos ya qué masa patrimonial comienza a soportar la adquisición. Pero tampoco los artículos 1.401 y 1.396 nos aclaran si, este único e incompleto elemento de juicio, sirve para calificar definitivamente la naturaleza de lo adquirido, o si hay que esperar a que el precio se pague por completo.

Para resolver el problema, creo que, ante todo, hay que despejar una incógnita. ¿Es necesario calificar definitivamente la adquisición

(71) Así se discute, por ejemplo, la naturaleza ganancial o privativa del derecho de propiedad intelectual, de las participaciones o cuotas en sociedades personalistas de los bienes adquiridos en virtud de un derecho voluntario de precepción de las rentas vitalicias, y de los derechos dimanantes de seguros de vida.—Cfr. sobre estas cuestiones, LACRUZ, cit., págs. 505 y sigs.

como privativa o ganancial desde el momento mismo en que se produce, o es posible una calificación provisional susceptible de ser rectificada posteriormente? De seguir el primer criterio (calificación definitiva desde el primer momento) hay que distinguir según que el precio de la compra quede total o parcialmente aplazado. En la primera hipótesis (precio aplazado por completo) los artículos 1.401-1.º y 1.396-4.º no resuelven, como ya he dicho, la cuestión, si la condición jurídica de lo comprado ha de quedar fijada con carácter definitivo desde el momento mismo de la compra. Al no entrar en juego esas normas habrá que reputar propietario al cónyuge comprador, salvo que al comprar manifieste que actúa para la sociedad de gananciales. Por el contrario, en la segunda hipótesis (precio aplazado sólo en parte), la naturaleza privativa o ganancial de lo adquirido dependerá de la pertenencia de la suma entregada a cuenta del precio total (72).

A mi entender, estas soluciones no son correctas. Consideremos primeramente el supuesto de aplazamiento total del precio. Es claro, a mi juicio, que, en ese caso, si el precio se satisface posteriormente con fondos comunes, resulta infringido el artículo 1.401-1.º, pues a pesar de haberse realizado la adquisición a expensas del caudal común, la cosa comprada será, según la tesis que impugno, de la propiedad exclusiva del comprador (se entiende, si al comprar obró exclusivamente en su propio nombre). Para soslayar esta dificultad se arguye que la adquisición no se realiza a expensas del caudal común, a pesar de que el precio se pague con dinero ganancial, porque simultáneamente al pago nace a favor de la sociedad un crédito contra el cónyuge comprador por el importe de lo pagado que habrá de colacionarse cuando el patrimonio consorcial se liquide (73). Esta sutileza no me convence. Por este camino, los esposos, y especialmente el marido, podrían crearse patrimonios peculiares a trueque de convertir el activo de la sociedad en un haz de derechos de crédito. En rigor, y para alcanzar este resultado, no sería necesario siquiera que el precio quedase solamente aplazado. Bastaría que el cónyuge comprador tomara del acervo común, en calidad de anticipo reintegrable, el precio que se dispone a pagar. Prácticamente es lo mismo que el anticipo tenga lugar en el momento mismo de celebrarse la compra que en época anterior. Sin duda, todas estas posibilidades no compaginan con el espíritu, ni casi con la letra, del artículo 1.401. Si fuera lícito que los cónyuges adquiriesen para sí mediante anticipos de la sociedad, no tendría sentido que el artículo citado dispusiera imperativamente que son gananciales los bienes adquiridos a costa del caudal común, *aunque la adquisición se haga a nombre de uno solo de los cónyuges* (74).

(72) En este sentido, y para este segundo caso, SANZ, *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad, Centenario de la Ley del Notariado, Estudios Jurídicos varios*, sección tercera, volumen 1.º, págs. 310-313, y Resolución de 21 de abril de 1930.

(73) Cfr. SANZ, cit., pág. 312.

(74) Coincide LACRUZ, cit., pág. 413.

Para poder determinar desde el momento mismo de la adquisición, lo que parece obligado, la naturaleza privativa o ganancial de la cosa comprada con precio completamente aplazado y para evitar después que pueda resultar vulnerado el artículo 1.401-1.º, sólo veo un medio. Admitir que la calificación inicial tiene un valor simplemente provisional y, por consiguiente, que es posible la conversión posterior en ganancial de lo que primeramente se estimó privativo o viceversa (75). Así pues, lo comprado por la mujer, en su propio nombre, será "prima facie" parafernalia. Entre otros motivos, porque el único patrimonio vinculado por razón del aplazamiento del precio es el suyo. Pero si después el precio se paga realmente con fondos comunes (o presuntivamente comunes), la cosa comprada deviene ganancial. Cuando es el marido quien compra la solución, debe ser, a mi juicio, la inversa. Del precio aplazado (obligación del marido) responde no sólo su patrimonio particular, sino también, y en la misma línea, el patrimonio ganancial (cfr. artículo 1.408-1.º). El juego de la subrogación real apunta aquí más bien hacia la calificación (provisoria) del bien adquirido como ganancial. Pero la cosa comprada se convertirá definitivamente en privativa si el precio se satisface con dinero de la propiedad exclusiva del marido.

Pasemos ahora a examinar el segundo supuesto, compra con dinero aplazado sólo en parte. Ha existido en este caso una entrega inicial de dinero, que será privativo, común, o presuntivamente común, y por consiguiente contamos con un dato que nos permite aplicar desde el primer momento los artículos 1.396-4.º ó 1.401-1.º del C. c. Sin embargo, es posible que el resto del precio se satisfaga con dinero de distinta naturaleza que el invertido en el primer pago. Cuando esto ocurre, y por análogas razones a las apuntadas respecto de la hipótesis anteriormente contemplada, también parece que se violentan aquellos preceptos de entender que la naturaleza del dinero con que se satisface la primera entrega decide definitivamente el carácter privativo o ganancial de la cosa comprada, sobre todo si esa primera entrega es de escaso volumen en relación con el total del precio. Rechazada la solución que otorga carácter privativo o ganancial al bien comprado, en función exclusivamente de la pertenencia del dinero importe del primer plazo, son pensables otras dos. Se puede entender que la cosa comprada pertenece proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge comprador en la misma medida y proporción en que el patrimonio común y el privativo han contribuido el pago del precio. No hace falta esforzarse mucho para comprender que esta solución es muy poco práctica: no evita los inconvenientes (que los tiene, aunque para

(75) LACRUZ, cit., pág. 413, está de acuerdo con que la conversión, que él llama cambio de pertenencia del bien, es posible. Pero entiende que la conversión se opera con carácter retroactivo. Yo discrepo de esta última apreciación. Conceptualmente, la retroacción no es necesaria en este caso. Además, la conversión retroactiva podría lesionar los derechos de tercero, fundados en la calificación inicial del bien, sin causa alguna que realmente justifique este insólito resultado.

mí sean insoslayables) la teoría de la conversión, pues mientras no se termine de pagar el precio no podrá saberse a quien pertenece definitivamente la porción indivisa de la cosa comprada que corresponde proporcionalmente a la parte que queda pendiente de pago, y además complica grandemente el régimen jurídico del bien adquirido al crear una comunidad dentro de otra comunidad. Es evidente que esta peculiar y engorrosa situación pueden crearla voluntariamente los cónyuges (76), pero es un tanto anómalo que venga impuesta por la Ley siempre que, al comprar, concurren fondos procedentes del patrimonio común y del particular de uno de los esposos. La anomalía raya los límites del absurdo si la cantidad imputable a uno de esos patrimonios es insignificante o muy pequeña comparada con la que proviene del otro (77). Por ello, antes de aplicar de forma rigurosa y literal el artículo 1.401-1.º hay que comprobar si la Ley ofrece otro medio de resolver el problema. Tal vez este otro medio pueda encontrarse a través del artículo 1.396-3 del Código civil. Según este precepto, son privativos los bienes adquiridos por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges. Y de conformidad con el artículo 1.446 cuando el precio consista parte en una cosa y parte en dinero el contrato se calificara (salvo intención manifiesta en contrario de los contratantes) de compraventa o de

(76) Por ejemplo, si primero compra el marido la tercera parte indivisa de unos terrenos, y después la mujer, en su propio nombre y con fondos propios, adquiere las dos terceras partes restantes.

(77) Supongamos que se adquiere una finca gravada con una pequeña hipoteca, y que solamente se paga con dinero ganancial el importe de alguno de los plazos de amortización del préstamo. A mi juicio, son estas razones, más bien de índole práctica, las que aconsejan rechazar la tesis de la proindivisión. La Resolución de 21 de abril de 1930 niega que el precio pueda descomponerse en dos partes para deducir de ahí que hay dos adquirentes de la finca (la mujer compradora, por una parte, y la sociedad de gananciales, por otra), e igualmente rechaza que una cuota proindiviso de la finca quede sujeta al juego de una condición dependiente de la naturaleza ganancial o privativa del dinero con que se pague la parte del precio que fue objeto de aplazamiento. Estos argumentos no me parecen convincentes. Es cierto que la mujer (en el caso de la Resolución) compró para sí con licencia del marido; pero este dato no es decisivo a la hora de decidir sobre el carácter de lo adquirido. Bien claramente lo pone de relieve el artículo 1.401-1.º. La naturaleza ganancial de la cosa comprada no depende de la forma en que haya actuado el cónyuge comprador, sino únicamente de la procedencia del dinero empleado en la compra. Por consiguiente, la aplicación inflexible del artículo 1.401-1.º obliga a entender que cuando sólo una parte del precio se pagó con dinero de la mujer sólo una parte de la cosa comprada pasará a ser de su propiedad exclusiva. Negar que la cuota correspondiente a la cantidad aplazada ha sido adquirida bajo condición no deja de ser una petición de principio. Ciertamente, no hay condición en sentido estricto, ni, por otra parte, la transmisión (de vendedor a compradora) queda subordinada a circunstancia ninguna. Pero esto no significa que la finca en su integridad quede adscrita para siempre al patrimonio de la mujer. Ningún precepto legal se opone a que la calificación definitiva de lo adquirido deba hacerse en un momento posterior a la adquisición, con posibilidad de rectificar la atribución inicial. Antes, al contrario, la recta aplicación del artículo 1.401-1.º a las hipótesis de compraventa con precio parcial o totalmente aplazado obliga a hacerlo así.

permuta según que el valor de la cosa entregada como precio no supere al del dinero igualmente entregado a cambio. Por consiguiente, habrá que acudir a este criterio cuantitativo para saber si lo adquirido por un cónyuge, merced a una contraprestación mixta de dinero y especie, es privativo o ganancial, supuesto, claro está, que el dinero pertenezca a la sociedad de gananciales y la especie al cónyuge adquirente. Cuando el valor de la cosa rebase al del dinero, el contrato será permuta y, por tanto, aplicable el artículo 1.396-3. La adquisición devendrá, pues, totalmente privativa y la sociedad de gananciales ostentará un crédito contra el cónyuge adquirente para resarcirse de la cantidad que a sus expensas fue satisfecha para consumir la adquisición. Por el contrario, cuando el valor del dinero supere al de la cosa, la lógica exige ineludiblemente que nos inclinemos por la solución opuesta; lo comprado (se tratará de compra y no de permuta con exclusión por tanto del artículo 1.396-3) será ganancial y el crédito nacerá a favor del cónyuge comprador y contra la sociedad de gananciales por el valor que tenga la cosa entregada como precio. No veo inconveniente alguno en que esta solución cuantitativa se generalice y se aplique por analogía a los casos de compra con precio procedente de dos fuentes distintas. Por ello, cuando la cantidad satisfecha de presente rebase la mitad del precio total, la cosa comprada será, desde el comienzo y definitivamente, privativa o ganancial según que el dinero entregado tenga una u otra naturaleza; en el caso contrario, habrá que esperar a que el pago se complete (o hasta que lo pagado rebase la mitad del precio) para zanjar concluyentemente la cuestión. Mientras tanto, es decir, provisionalmente, la cosa quedará asignada al patrimonio de donde proceda la suma entregada a cuenta (78).

(78) En las compraventas con precio totalmente aplazado, y salvo que el pago se realice de una vez, habremos de seguir análogo criterio a partir de las primeras entregas. Puede esto dar lugar a que la cosa mude provisionalmente de condición varias veces. Pero yo no veo en ello inconveniente alguno. La doctrina se ha ocupado del problema que suscita la calificación dentro de la sociedad conyugal de las cosas adquiridas a cambio de otra cosa y metálico. Un resumen de las teorías formuladas sobre el particular puede verse en SANZ, cit., pág. 300. SANZ, por su parte, estima que la cuestión debe resolverse en función del artículo 1.446, de tal manera que si, de acuerdo con dicho precepto, el contrato es permuta, la cosa adquirida será privativa, o ganancial en caso contrario. Este es también mi parecer, pero estimo dudoso que la adquisición deba reputarse privativa cuando el contrato sea de permuta, por ser ésta la "intención manifiesta de los contratantes" y aunque el valor de la cosa entregada a cambio resulte inferior al importe del dinero (ganancial) que complete la contraprestación. Dar valor decisivo a la prestación económicamente más importante está en la línea de una aplicación flexible de la subrogación real. Atender sólo a la intención manifiesta de los contratantes equivale a prescindir del principio que inspira a nuestro Código civil, en esta materia, para acogerse a una interpretación exclusivamente literal del artículo 1.396-3. Por otra parte, ni SANZ ni ningún otro autor—que yo sepa—extiende la solución defendida para el contrato mixto de compraventa y permuta a las demás hipótesis que se examinan en el texto, a pesar de que, para mí, la razón de analogía es muy clara.

Las normas hipotecarias que regulan la proyección registral de la sociedad de gananciales no excluyen la rectificación del carácter (privativo o ganancial) que se haya atribuido en la inscripción a los bienes inmuebles de los cónyuges. Del artículo 95 del Reglamento hipotecario se desprenden estas tres conclusiones: 1.º Los bienes adquiridos por el marido o por la mujer, si declaran que el precio satisfecho es suyo, se inscriben a su nombre y no a nombre de ambos y para la sociedad conyugal (cfr. regla 1.ª, a “contrario sensu”) (78 bis); 2.º Basta la declaración indicada para que la inscripción se practique a nombre solamente del adquirente, aunque no se acredite (ni siquiera por confesión del otro cónyuge) la exactitud de tal manifestación; 3.º Si después de practicada la inscripción se demuestra el carácter privativo del precio o contraprestación, se hará constar así por medio de nota marginal (regla 3.ª, según párrafo). Así pues, es perfectamente posible que un inmueble esté inscrito a nombre de uno de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial y que posteriormente la inscripción cambie de signo y revele su verdadera condición de privativo (79). Ello nos demuestra por lo tanto que el Reglamento hipotecario no exige que la naturaleza privativa o ganancial de los bienes objeto de inscripción se establezca definitivamente al tiempo de inscribir el título adquisitivo y que, consecuentemente, las mutaciones que aquella naturaleza experimente podrán (y deberán) reflejarse en el Registro por medio de las pertinentes notas marginales.

Combinemos ahora las soluciones que hemos barajado en tema de compraventa con precio aplazado con las reglas formuladas por el artículo 95 del Reglamento hipotecario. Para mayor claridad distinguiremos según que el precio quede totalmente aplazado o se aplaze sólo en parte.

1.º *Compra con precio totalmente aplazado.*

Primero.—Si el cónyuge comprador nada dice en cuanto a la procedencia del dinero que piensa destinar al pago del precio, la inscripción deberá practicarse a nombre de ambos esposos para la sociedad conyugal y sin atribución de cuotas (cfr. regla 1.ª del artículo 95). La solución es quizá admisible cuando compra el marido, pues, como

(78 bis) Cuando la compra se efectúa manifestando el cónyuge comprador que lo hace con dinero propio, pero sin que medie prueba de este extremo, ni aseveración del otro cónyuge, estamos, en realidad, ante un supuesto no previsto por el artículo 95. A mi juicio sería improcedente aplicar, por analogía, la regla 1.ª del precepto. Su interpretación “sensu contrario”, conduce, por el contrario, a la solución que señalo en el texto, y que viene abonada por las dificultades que puede suscitar la inscripción a nombre de los dos esposos y para la sociedad conyugal.

(79) Cuando el cónyuge adquirente se limita a aseverar que el precio que satisface es de su pertenencia, mientras no demuestre la verdad de este extremo, el bien adquirido se presume ganancial. Como por hipótesis estamos suponiendo que tampoco ha existido confesión o reconocimiento del otro cónyuge, no es posible considerar que estamos en presencia de un bien privativo confesado ni aplicar la regla 2.ª del artículo 95.

antes indiqué, en este caso la cosa comprada debe reputarse provisionalmente ganancial. En cambio no es correcta cuando compra la mujer. Según puse también de relieve, lo que compra la mujer con precio totalmente aplazado es "prima facie" parafernial. El Reglamento viene a sostener que si el cónyuge comprador no declara que el precio con que compra es suyo debe entenderse que actúa para la sociedad de gananciales. La presunción es aventurada, pero especialmente está desprovista de fundamento cuando es la mujer quien compra (80). Por otra parte, la necesidad de practicar la inscripción a nombre de ambos cónyuges puede plantear un problema tal vez insoluble si al realizarse el pago del precio el esposo comprador alega y demuestra que ese precio es suyo. Lo ortodoxo sería, a mi juicio, extender la correspondiente nota para así constatar bien la transformación de lo ganancial en privativo (si el comprador fue el marido) bien la confirmación del carácter parafernial de la cosa comprada (si la compradora fue la mujer). Ahora bien, como la inscripción se ha practicado (por exigencia del artículo 95 regla 1.^a) a nombre de ambos esposos y para la sociedad conyugal no parece que por medio de una simple nota pueda ser eliminado uno de los dos titulares registrales, pues esto equivaldría a permitir la cancelación de un asiento vigente sin el consentimiento del titular inscrito (81).

Segundo.—Si el cónyuge comprador manifiesta que pagará el precio con dinero de su exclusiva pertenencia, la inscripción se practicará a su nombre (no es aplicable ya la regla 1.^a del artículo 95). Provisionalmente, el bien inscrito debe ser tratado como privativo si la que compra es la mujer. Al efectuar el pago del precio puede ocurrir que se acredite o que no se acredite suficientemente que el dinero satisfecho es propio del comprador. En ambos casos se hará constar este extremo por medio de nota marginal. La nota implica la calificación definitiva de la cosa comprada, bien como privativa, bien como ganancial, o presuntivamente ganancial (82).

(80) Una acertada crítica del artículo 95, regla 1.^a, del Reglamento, puede verse en SANZ, cit., págs. 275 y sigs.

(81) Es ésta una prueba más para demostrar hasta qué punto la reforma de 1959 fue desafortunada. La dificultad señalada en el texto no existiría de haber mantenido el antiguo sistema de acuerdo con el cual la inscripción se practicaba siempre a nombre del cónyuge adquirente, aunque el bien inscrito se considerase ganancial y quedara sometido registralmente al tratamiento derivado de esta condición, mientras no se demostrase que efectivamente era privativo.

(82) La enajenación de estos bienes por la mujer, antes del pago del precio, se rige por las normas que regulan los actos de disposición sobre bienes parafernales. Más adelante razono en el texto esta afirmación. Quiero solamente subrayar ahora que aquí no hay deformaciones debidas a la interferencia de normas hipotecarias. En primer lugar, el único titular inscrito es el cónyuge adquirente; basta, pues, su consentimiento para dejar a salvo los principios de legitimación y tracto sucesivo. En segundo término, la hipótesis que estamos contemplando es ajena a las previsiones del artículo 96 del Reglamento Hipotecario. No se trata, en efecto, de enajenar bienes inscritos a nombre de los dos cónyuges; tampoco, de actos de disposición sobre bienes privativos confesados,

2.º *Compra con precio aplazado en parte.*

También aquí se hace preciso distinguir según la forma en que actúe el cónyuge comprador. Si nada advirtió en punto al carácter privativo o común del dinero entregado de presente, la inscripción de

o cuya naturaleza privativa esté suficientemente acreditada. Estos son los tres supuestos que contempla el artículo 96 del Reglamento Hipotecario, distintos, como se ve, del nuestro.

Se dirá que para proceder de acuerdo con el espíritu del citado precepto habría que exigir, también en este caso, el consentimiento de los dos esposos. Según el segundo párrafo del artículo 96, este doble consentimiento se precisa para inscribir los actos dispositivos que tengan por objeto bienes privativos confesados, hipótesis en que también la inscripción se practica exclusivamente a nombre del consorte adquirente. Si a pesar de ello, y de mediar la confesión del otro cónyuge, el Reglamento exige el consentimiento de los dos, parece que con mayor razón este requisito debe cumplirse cuando ni siquiera la naturaleza privativa del bien enajenado ha sido aseverada por el cónyuge no titular. La objeción no es, a mi juicio, válida. Los bienes privativos confesados son, de negar valor a la confesión, bienes presuntivamente gananciales. Aceptado este punto de vista (para mí, erróneo, como antes puse de manifiesto), la solución del artículo 96 es admisible, aunque de todos modos resulte excesiva en algunos aspectos (cfr. mi trabajo sobre el nuevo artículo 1.413 cit., pág. 20, nota). Pero los bienes comprados con precio totalmente aplazado, y en tanto el precio no se pague, no son presuntivamente gananciales, sino provisionalmente privativos, que es cosa muy diferente; no hay analogía entre los dos supuestos y, por consiguiente, no cabe tampoco la aplicación analógica del artículo 96. SANZ ha dicho (cit., pág. 349) que el consentimiento del cónyuge no titular se exige para evitar dudas e incertidumbres, y obedece a la conveniencia de evitar que en el Registro tengan entrada actos posiblemente impugnables. A mi entender esta observación de SANZ tampoco sirve para justificar el criterio reglamentario, pues la enajenación otorgada unilateralmente por el cónyuge beneficiario de la confesión (se entiende, si es la mujer con licencia del marido) es plenamente correcta. También lo es la que realiza la mujer referente a un bien provisionalmente privativo, siempre, claro está, que al tiempo de la enajenación conserve este carácter. Esta última salvedad nos descubre un peligro: que el inmueble inscrito provisionalmente con carácter privativo mude su condición sin que el cambio se refleje en el Registro. Supongamos que el precio aplazado se paga con dinero común (o presuntivamente común) y que la carta de pago no se inscribe. La inscripción seguirá anunciando que la finca es privativa, pese a que ha devenido definitivamente ganancial; la enajenación (posterior a la conversión) intentada por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro representa una violación efectiva del régimen jurídico aplicable, y constituye, sin duda, un acto impugnabile.

Debo decir, ante todo, que el riesgo denunciado sólo se presenta, de aceptar mi tesis con todas sus consecuencias, en el caso de que la compra del bien que después se vende haya sido efectuada por la mujer. Si el comprador fue el marido, ya dije que el bien adquirido es provisionalmente ganancial, y, por tanto, el consentimiento de la mujer, aunque la finca esté inscrita a nombre del marido y no al de la sociedad conyugal, será indispensable a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.413. En cambio, si quien compró con precio totalmente aplazado fue la mujer, la finca se habrá inscrito provisionalmente como privativa, y es posible que su enajenación llegue a ser en la realidad un acto impugnabile, supuesto que lleguen a ocurrir las circunstancias antes expuestas. Pero para situar la cuestión en sus justos límites hay que tener en cuenta que la posibilidad de que al Registro accedan actos impugnables no se limita sólo a esa hipótesis. En definitiva, para juzgar sobre la inscribibilidad de un

berá extenderse a nombre de los dos esposos y para la sociedad conyugal (art. 95 regla 1.^a). Los inconvenientes de esta solución, si la cantidad aplazada no llega a la mitad del precio, son los que ya dejé señalados; se prejuzga la naturaleza de los bienes cuando aún es prematura su calificación definitiva; se impide o se dificulta grandemente la adaptación del asiento registral a la transformación que eventualmente experimente aquélla.

Enfrentemos ahora la hipótesis inversa. El marido o la mujer han declarado que compran para sí y consecuentemente han afirmado la procedencia privativa de la cantidad entregada a cuenta del precio. Si esta cantidad excede de la mitad del precio total, la naturaleza privativa o ganancial de lo adquirido está ya, en mi opinión, definitivamente fijada. Por tanto, todo depende de como se haya acreditado el carácter privativo de la suma entregada. Si se ha justificado suficientemente este extremo los bienes se inscribirán en calidad de privativos; si el cónyuge no adquirente se limitó a aseverar la afirmación del otro se constatará registralmente la aseveración y los bienes quedarán adscritos al régimen peculiar que el Reglamento establece para los "privativos confesados"; por último, si la declaración del esposo comprador no se justifica, ni media confesión del otro cónyuge, la inscripción se practicará a nombre del primero, pero los bienes, mientras no se pruebe que la suma satisfecha era realmente privativa, tendrán la consideración de presuntivamente gananciales. Cuando la cantidad entregada no alcance la mitad del precio se adoptarán las mismas soluciones, pero la calificación de los bienes quedará sujeta a confirmación o rectificación (que se reflejará a través de las correspondientes notas marginales) cuando accedan al Registro los documentos que acrediten el pago del precio aplazado.

Así pues, los bienes que la mujer separada de hecho haya comprado antes o después de la separación, con precio totalmente aplazado y en tanto que éste aún se deba, pueden ser libremente enajenados por ella. La licencia del marido cubre o ampara estas enajenaciones (83).

documento hay que estar a lo que de él resulte y a los pronunciamientos del Registro. Si a la vista de estos antecedentes el acto jurídico es plenamente válido habrá que darle luz verde sin que sea posible excluir "a priori" la existencia de un posible motivo de impugnación. Por otra parte, lo normal es que el comprador constata, antes de la adquisición, si el precio, aplazado en la venta que constituye el título de su transmitente, ha sido o no pagado, especialmente si el aplazamiento se garantizó con hipoteca o condición resolutoria, y a través de su indagación podrá llegar a la conclusión de cuál sea la naturaleza ganancial o privativa, que en el momento de la enajenación, tiene el inmueble de que se trate. Por último, si el pago de la suma aplazada se aseguró con garantía real, lo normal es que el comprador descuenta su importe del precio que él, a su vez, tiene que pagar, lo cual es prueba más que suficiente de que aquella suma no fue satisfecha y, por tanto, de que la finca conserva el carácter con que figura (provisionalmente) inscrita.

(83) Salvo que se trate de bienes inmuebles inscritos en el Registro, si la mujer no hizo al comprar declaración alguna respecto de la naturaleza del dinero que destinará al pago del precio aplazado. Según hemos visto, la inscripción habrá tenido que practicarse, por imperio del artículo 95, regla 1.^a, del

El acto de disposición tiene por objeto un bien que es privativo cuando el acto se otorga, y que, a consecuencia de la enajenación, queda fuera de la sociedad conyugal (84). No puede prevalecer contra el carácter parafernial que tiene lo comprado con precio totalmente aplazado, y las lógicas consecuencia que de esta calificación se derivan, la presunción del artículo 1.407 del Código civil. Este precepto, como claramente evidencia su contexto, se refiere a un problema de prueba. En rigor, el artículo 1.407 al decir que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen al marido o a la mujer, lo que hace es presumir que la adquisición de los bienes existentes en la sociedad conyugal encaja en alguna de las hipótesis que constituyen el supuesto de hecho de los artículos 1.401 y siguientes. Bien se ve que no es este nuestro caso. Mientras el precio (totalmente aplazado) esté pendiente de pago el supuesto de hecho formulado por el artículo 1.401-1.º, está manifiesta y ostensiblemente incompleto, y, por lo tanto, no puede presumirse que se han dado los elementos fácticos a que dicha norma subordina la consecuencia jurídica que establece. El artículo 1.407 (como tampoco el 1.401-1.º o el 1.396-4.º) no sirve para definir la titularidad de los bienes comprados por la mujer con precio aplazado, problema que necesariamente hay que resolver, pues no se puede pensar seriamente que mientras el pago no se verifique las cosas compradas no pertenecen ni a la mujer, ni al marido, ni a la sociedad de gananciales. La determinación provisional de esa titularidad durante el lapso de tiempo que media entre la compraventa y el pago del precio tiene que hacerse en función de los datos que se conocen al tiempo de la adquisición. Y con arreglo a esos datos la calificación de las cosas compradas por la mujer con precio totalmente aplazado no es dudosa. Dichos bienes son, provisionalmente, parafernales (85). Por otra parte y puesto que su adquisición no ha sido soportada por la sociedad de gananciales (ni siquiera ha quedado comprometida la responsabilidad del patrimonio común por razón del precio debido), no se ve qué razón puede haber para que la disposición deba corresponder al marido.

Reglamento Hipotecario, a nombre de los dos esposos y para la sociedad conyugal formada por ambos, y, por consiguiente, la mujer, provista tan sólo de licencia marital, no está registralmente legitimada para disponer.

(84) El pago del precio aplazado correrá normalmente de cuenta del adquirente. Pero aunque no sea así y se efectúe por la mujer con posterioridad a la transmisión, este hecho ya no puede influir sobre un problema (la calificación del bien enajenado) que a consecuencia de la enajenación ha dejado precisamente de ser problema. Cosa distinta es que el marido pueda impugnar el pago si la mujer ha destinado a este fin dinero de la sociedad de gananciales.

(85) Como dice LACRUZ, cit., pág. 447, la presunción del artículo 1.407 no es aplicable cuando la duda (sobre la naturaleza privativa o ganancial) de los bienes existentes en el matrimonio es de derecho, y se refiere, por consiguiente, a si un bien determinado, por su naturaleza o por la del acto o negocio que dio lugar a su adquisición, debe ser incluido entre los privativos o en la masa común. Se trata sólo de una presunción concerniente a la prueba y no a la naturaleza jurídica de los bienes o de los negocios adquisitivos; cit., pág. 477.

La calificación de los bienes comprados con aprecio aplazado en parte, depende, como ya he dicho, de la naturaleza del dinero entregado de presente a cuenta del precio total. De cara a la enajenación de estos bienes por la mujer tanto da que la calificación sea definitiva como provisional, pues, lo que realmente importa a estos efectos, es la condición del bien enajenado cuando la enajenación se produce (86). Consecuentemente la mujer podrá enajenar lo adquirido si acreditó que el dinero con que satisfizo el primer plazo la pertenecía privativamente y también, según mi criterio, cuando aún sin acreditarlo, el marido aseveró la procedencia privativa de la cantidad satisfecha. En cambio si no medió prueba, ni confesión del marido, nos encontramos ante un bien presuntivamente ganancial que no puede ser enajenado por la mujer sin consentimiento de marido, consentimiento que, en este caso, no está implícito en la licencia marital.

Acciones adquiridas en virtud de un Derecho de suscripción preferente.

Examinados los problemas que suscita la compraventa con precio aplazado y la titularidad de los bienes comprados, cuando es la mujer quien compra de esta forma, sigamos adelante y abordemos el segundo supuesto dudoso a que me referí anteriormente. Se trata de una cuestión que ha sido ampliamente debatida; la naturaleza privativa o ganancial del derecho de suscripción preferente y de las acciones adquiridas al ejercitarlo. Es supuesto del problema que las acciones antiguas pertenezcan privativamente a uno de los cónyuges.

Generalmente el tema se aborda a la hora de liquidar y repartir el patrimonio común y precisamente para saber si en la masa sujeta a liquidación y reparto deben o no incluirse los nuevos títulos. Pero la mujer casada, separada de hecho, se enfrenta con el problema mucho antes. En efecto, si el derecho de suscripción preferente es, en todo caso ganancial, su ejercicio, parece, deberá corresponder al ad-

(86) Como he dicho antes, el pago del precio aplazado corre normalmente de cuenta del adquirente. Aunque no sea así, y pague la mujer, la procedencia del dinero invertido en el pago carece de relevancia, pues la calificación de los bienes existentes en la sociedad conyugal sólo puede referirse a los que efectivamente estén dentro de la misma. Con todo, si la segunda venta se ha realizado con precio aplazado y el precio debido de la primera se ha pagado (posteriormente) con dinero ganancial, cabe preguntarse si el crédito que nace o favor de la mujer vendedora es privativo o ganancial. O si es privativo o ganancial el bien vendido que vuelve a ingresar en la sociedad conyugal por resolverse la segunda venta. La solución de estos problemas no es nada clara. Yo me inclino quizá por estimar que tanto el crédito como el bien recuperado son gananciales (se entiende, si a expensas de los gananciales se pagó la mayor parte del precio), pero lo que sí me parece claro es que estas consideraciones no pueden influir sobre la validez de la enajenación que la mujer ha llevado a cabo cuando *todavía* lo enajenado era parafernalia. Adviértase que el marido puede impedir que su mujer maneje el dinero común. Si lo hace con su consentimiento tácito, o se trata de dinero que, no obstante ser ganancial, puede ser legalmente invertido por la mujer, todo lo más que en justicia podrá pretender el marido es que se reconozca carácter ganancial a los derechos que correspondan a la mujer por razón de la venta.

ministrador y representante legal de la sociedad de gananciales, es decir al marido, quien podrá igualmente vender el cupón aunque la acción matriz pertenezca privativamente a su mujer. Las nuevas acciones serán asimismo gananciales y quedarán sujetas al poder (administrativo y dispositivo) del marido. Por el contrario, si sostenemos que el derecho de suscripción y las acciones obtenidas en virtud del mismo son bienes parafernales, las consecuencias serán rigurosamente opuestas. La mujer podrá acudir, incluso sin necesidad de licencia, a la suscripción de los nuevos valores, y, amparada en aquélla estará facultada, desde luego, para vender tanto el derecho de suscripción como las acciones que haya suscrito mediante su ejercicio (87).

Innecesario es decir que no puedo tratar aquí materia tan compleja con todo el detenimiento que sin duda merece. Reconozco, por tanto, que tal vez resulte demasiado esquemática la exposición de mi punto de vista e insuficiente la referencia a opiniones y criterios ajenos. Pero es imposible que trate con pretensiones monográficas todos los temas que en torno a la sociedad de gananciales van surgiendo al hilo de la separación de hecho. Formulada esta aclaración previa, continuemos.

Me importa, ante todo, subrayar algo que, quizá por ser demasiado elemental, no siempre se destaca suficientemente. Sólo el propietario de la acción está legitimado (frente a la sociedad y frente a terceros) para el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Lo impone así el concepto mismo de la acción como título valor según el cual los derechos derivados de la condición de accionista acompañan, como la sombra al cuerpo, a la propiedad del título. Para que el derecho de suscripción pueda ser ejercitado, en nombre propio, por persona distinta del propietario, se requiere la concurrencia de tres requisitos: 1.º Que sobre la acción se haya constituido una relación jurídico-real que limite los derechos del accionista propietario. 2.º Que esa relación jurídica comporte la atribución del derecho de suscripción preferente al titular del derecho real de que se trate. 3.º Que se adopten las medidas necesarias para contrarrestar los efectos que se derivan de la posesión del título por el accionista, o de la inscripción a su nombre en el libro registro de acciones (legitimación formal). El ejemplo típico al respecto es el usufructo. El usufructuario, en la legalidad vigente, ostenta el derecho de suscripción preferente si así lo establecen los estatutos de la sociedad (art. 41 de la L. S. A.) y también, a mi juicio, si lo dispone el título constitutivo del usufructo (88).

(87) Más adelante examinaré hasta qué punto la mujer necesita autorización marital para enajenar el derecho de suscripción preferente.

(88) URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, pág. 47, niega esta segunda posibilidad. A mi juicio lleva razón FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, en A. D. C., tomo V, páginas 1193-94, quien sostiene lo contrario y entiende que el silencio del artículo 41 sobre el título constitutivo debe llenarse, por imperio del artículo 16 del Código civil, mediante la aplicación de las normas sustantivas sobre la materia. Evidentemente, la L. S. A. no puede impedir la aplicación del artículo 470 del Código civil, ni seguramente lo ha pretendido. No veo, en cambio, tan claro

De lo dicho se desprende, pues, que el derecho de suscripción preferente derivado de acciones parafernales corresponde exclusivamente a la mujer. Ni la sociedad de gananciales, ni su administrador y jefe (el marido) pueden ejercitarlo porque no se dan los requisitos necesarios para ello. En efecto, la sociedad de gananciales no es usufructuaria de las acciones privativas de los cónyuges ni titular de ningún derecho real sobre las mismas, entre otras razones, porque carece de personalidad jurídica y no se le puede atribuir, en rigor, la titularidad de ningún derecho; en segundo lugar, aunque se estime que las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y el patrimonio común deben ser tratados *como* si la sociedad de gananciales fuese usufructuaria de los bienes particulares de los esposos, la conclusión sería igualmente negativa, pues por imperativo legal (art. 41 L. S. A.) el derecho de suscripción preferente no pertenece hoy al usufructuario, salvo casos especiales en los que, por supuesto, no estamos; por último es incuestionable que el marido carece de la legitimación formal necesaria para ejercitar un derecho dimanante de acciones cuya posesión detenta la mujer o que aparecen inscritas a su nombre en el libro registro de la sociedad emisora (89).

La mujer es, pues, quien ejercita el derecho de suscripción preferente: ella es la que suscribe los nuevos títulos o decide la venta

que el derecho de suscripción preferente atribuido al usufructuario, en el título constitutivo sólo pueda ser ejercitado por la vía indirecta que propone FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO. La necesidad de legitimar formalmente al usufructuario para que pueda ejercitar directamente el derecho de suscripción preferente existe también cuando el ejercicio de este derecho le sea concedido por los estatutos, y se da igualmente para la actuación directa del derecho, que en todo caso le compete, de participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de duración del usufruto y que se repartan dentro del mismo. Una de dos, o el artículo 41 de la L. S. A. se interpreta literalmente, y entonces parece que URÍA está en lo cierto, o si se estima que aquel precepto no cierra las puertas a la regulación de los derechos del usufructuario establecida por el título constitutivo, no es tan evidente que esta regulación no vincule también a la sociedad en tanto haya medios hábiles para legitimar debidamente al usufructuario. La finalidad perseguida por el artículo 41 de la Ley, según confesión de sus propios autores, ha sido poner fin a la polémica planteada en torno a los derechos del usufructuario de acciones. Pero esta polémica presuponia que el problema no estuviera apriorísticamente resuelto por el título constitutivo del usufructo. Por otra parte, si se delimita con todo rigor el ámbito de la materia especial objeto de la L. S. A., tal vez la conclusión deba ser otra: entender que el artículo 41 se concreta a determinar cuáles son los derechos que el usufructuario puede ejercitar frente a la sociedad, pero sin decidir nada en orden a la posición recíproca de nudo propietario y usufructuario desde el punto de vista de la relación interna entre ellos.

(89) La razón que doctrinalmente justifica la solución del artículo 41 LSA es ésta: el derecho de suscripción preferente no es un fruto de la acción y, por tanto, no debe integrar el contenido normal del usufructo. Para mí esta afirmación es tan obvia que casi no necesita fundamentación. En sí el derecho a suscribir nuevas acciones no es un rendimiento de la acción. Pueden serlo, si damos a la expresión rendimiento un sentido muy lato, las nuevas acciones adquiridas merced a su ejercicio o el producto obtenido con su enajenación. Lo que tampoco significa que las unas y el otro sean frutos.

del derecho a suscribirlos (90). Si escoge lo primero deviene titular de las acciones suscritas, que deben serle entregadas, y queda legitimada para ejercitar los derechos que esas acciones incorporan. Pero de estas premisas, que para mí son indiscutibles, no se sigue necesariamente que las nuevas acciones sean parafernales. Frente a la sociedad y frente a terceros la mujer figura, por de pronto, como única propietaria. Pero esto no significa que efectivamente lo sea, y menos frente al marido. Definir la propiedad de las acciones y su naturaleza ganancial o privativa es cosa que, sin duda, corresponde decidir al Derecho civil. El artículo 41 de la L. S. A., nada puede resolver al respecto. En rigor este precepto —*que forma parte de una Ley especial*— debería limitarse a regular las relaciones que interceden entre usufructuario y nudo propietario de una parte y la sociedad de otra. Parece, sin embargo, dado el contexto del artículo y la intención de sus autores, aunque ni el uno ni la otra estén demasiado claros, que su contenido normativo pretende inmiscuirse también en las relaciones internas derivadas del usufructo. Pero aunque así sea, resulta indudable, a mi juicio, que el artículo 41 de la L. S. A. no puede aplicarse por analogía a la sociedad de gananciales salvo en aquella materia sobre la cual la Ley es claramente competente: relaciones externas entre la sociedad y el cónyuge accionista. No es lícito aplicar analógicamente las normas de una Ley especial fuera del campo de actuación que le ha sido reservado. La última palabra, pues, sobre la propiedad definitiva de las acciones debe decirla el Derecho civil. Pero la solución civil del problema, para gozar de plena eficacia, debe adaptarse a las exigencias de las normas mercantiles, en lo que sí es propio de su competencia, y a las especiales características que infunde a la acción su condición de título valor. Por ello, el marido (supuesto que en el caso concreto las nuevas acciones sean gananciales), podrá exigir que se adopten las medidas necesarias para que no sea posible, sin su intervención y consentimiento, el ejercicio de los derechos derivados de las mismas (91). Mientras estas medidas no se tomen la mujer seguirá ostentando, con plenitud de facultades, la condición de accionista.

(90) La suscripción de las nuevas acciones no requiere licencia marital. Se trata de un acto de administración que la mujer puede realizar por sí y ante sí. El acto es de administración porque se dirige, de una parte, a contrapesar el perjuicio que para las acciones viejas constituye la emisión de las nuevas; y, por otra, a invertir fondos propios. Estimo, igualmente, aunque la cosa pueda parecer más dudosa, que la mujer tampoco necesita autorización de su marido para vender el derecho de suscripción preferente. La venta del cupón es la consecuencia de la decisión de no suscribir. Esta decisión corresponde por entero a la mujer, y no admite interferencias directas ni indirectas del marido. La facultad de administrar que el artículo 1.384 reconoce a la mujer, lleva consigo la de realizar los actos que son su lógico y obligado complemento, aunque, en sí mismos, sean actos dispositivos. De lo contrario, aquella facultad se recorta en términos inadmisibles. Más adelante examinaremos con más detenimiento estas cuestiones.

(91) Puede, por tanto, pedir que se le entreguen las acciones al portador o que se rectifique la inscripción en el libro-registro de acciones. Ambas cosas requieren resolución judicial salvo que la mujer lo consienta.

Podrá, incluso, enajenar las acciones (se entiende, si cuenta con licencia que le autorice para disponer de sus bienes propios) pues la fuerza legitimadora de la posesión o de la inscripción en el libro registro permite defender la eficacia de la enajenación aunque los nuevos títulos sean civilmente bienes gananciales.

Hechas estas aclaraciones preliminares y despejado, según creo, el camino, vayamos derechamente a la cuestión de fondo. Estas nuevas acciones, que tanto nos ocupan y preocupan, ¿son privativas o gananciales? La respuesta es de suma importancia para la mujer separada de hecho. De cuál sea la contestación depende la suerte que las acciones correrán en la división del patrimonio común, y, además, si son gananciales, la titularidad de la mujer (puramente aparente) quedará en entredicho cuando quiera el marido.

En principio parece que las nuevas acciones deben ser privativas, puesto que se adquieren merced a un derecho que corresponde privativamente a la mujer. Son algo así como una accesión o prolongación de las antiguas. Pero esta consideración general puede quedar desvirtuada en la medida en que sea posible sostener que las nuevas acciones son fruto de las antiguas (art. 1.401-3 del C. c.), o si su adquisición se ha realizado (pago del nominal y de la prima en su caso) a costa del caudal común (art. 1.401-1).

Las nuevas acciones —se dice— son fruto de las antiguas cuando su contravalor está representado, en todo o en parte, por beneficios acumulados y no repartidos. El supuesto límite es la emisión de acciones que se liberan con cargo al fondo de reserva. Las reservas son beneficios que la sociedad ha retenido, pero que distribuye indirectamente mediante el mecanismo de un aumento de capital con entrega de acciones liberadas (92). El beneficio social no es fruto mientras no se reparte, pero empieza a serlo tan pronto como de una u otra forma lo recibe el accionista.

Esta tesis que inspiró al Tribunal Supremo durante muchos años, y que todavía mira con simpatía algún autor, ha sido refutada con gran lujo de argumentos y razones en gran parte convincentes (93).

(92) Paralelamente, se reputa fruto el mayor valor (sobre el nominal) de la nueva acción, siempre que sea imputable a reservas acumuladas, y el precio obtenido por la venta del derecho de suscripción cuando la diferencia entre el valor nominal y el efectivo de la nueva acción se deba a la misma circunstancia.

(93) Hasta 1947 la Jurisprudencia entiende que las nuevas acciones y los beneficios obtenidos, cualquiera que sea su clase, son frutos, utilidades o rentas, y, en consecuencia, pertenecen a la sociedad de gananciales. Cfr. SS. de 9 de noviembre de 1891, de 8 de noviembre de 1893, de 14 de mayo de 1929, de 31 de mayo de 1930 y de 18 de abril de 1934. La Sentencia de 23 de enero de 1947 rectifica la conceptualización teórica de las nuevas acciones y del derecho de suscripción preferente, pues reconoce que ni las unas ni el otro son frutos de las acciones antiguas. Esta afirmación se reitera por la S. de 24 de noviembre de 1960. Conviene, sin embargo, no exagerar el alcance de esta rectificación conceptual. Sería engañoso creer que las Sentencias de 1947 y de 1960 hacen tabla rasa de la Jurisprudencia anterior, y entender, por tanto, que la solución jurisprudencial del problema ha cambiado radicalmente. En efecto, la Sentencia

Yo también pienso que en ningún caso las nuevas acciones son fruto de las precedentes. A mi juicio, la última nota que caracteriza y define el concepto jurídico de fruto es su separabilidad. El producto empieza a ser fruto desde que el propietario (o quien tenga derecho a percibir los frutos) puede separarlo de la cosa matriz. Por obra y gracia de la separación el producto (convertido ya en fruto) se hace jurídica y económicamente independiente. Pues bien, lo que acontece cuando con cargo al fondo de reserva se amplía el capital y las nuevas acciones se entregan liberadas a los accionistas, es, precisamente, todo lo contrario aunque a primera vista, las apariencias engañan.

Percibir adecuadamente la esencia del fenómeno con que nos enfrentamos exige practicar una verdadera radiografía jurídica de la acción, descender a su trasfondo y buscar la realidad que encubre la estructura formal del título valor y el velo de la personalidad jurídica reconocida al ente colectivo. La acción es, en última instancia, una cuota del patrimonio social. Los beneficios sociales no repartidos engrosan el valor de la acción (cuota), pero no son fruto para el accionista porque no le es dado separarlos de aquélla. La parte alicuota que corresponde al socio en las reservas o en las ganancias no repartidas, no se independizan de la cuota en que la acción consiste. Permanece en el patrimonio social, continúa dentro de la esfera de riesgos de la empresa, y sigue la suerte, favorable o adversa, que el futuro depara a la sociedad. El traspaso del fondo de reserva a la cuenta de capital no es sólo el hecho contable que permite la emisión

de 23 de enero de 1947 se refiere al usufructo de acciones propiamente dicho, y resuelve, por tanto, el problema de si las nuevas acciones pertenecen o no al usufructuario. Nada decide, pues, sobre la naturaleza ganancial o privativa de las acciones que se emiten con cargo a beneficios no repartidos. Es más, estima que la Jurisprudencia anterior, relativa a éste problema, no es aplicable al caso de autos, aunque para llegar a esta conclusión utiliza un argumento que, para mí, al menos, es totalmente ininteligible. Dice la Sentencia que "no puede asimilarse la sociedad formada por marido y mujer mediante el matrimonio, sociedad de índole predominantemente moral para el mutuo auxilio y realización de los fines de la familia..., con una sociedad de capitales como es fundamentalmente la anónima". No se me alcanza qué influencia puede tener esta incontrovertible verdad sobre la naturaleza de las nuevas acciones, que es el problema que hay que resolver tanto si se trata de atribuir esas acciones al usufructuario como a la sociedad de gananciales. La Sentencia de 24 de noviembre de 1960 otorga carácter ganancial a las acciones suscritas por la mujer, procedentes de ampliaciones de capital, y desembolsadas con dinero presuntamente común. No tiene en cuenta el posible plusvalor que las nuevas acciones tal vez tenían cuando se emitieron, plusvalor que, de haber existido, correspondía, desde luego, a la mujer.

La doctrina más autorizada en los últimos tiempos, viene sosteniendo que las acciones emitidas con cargo a reservas no son frutos, afirmación de la que deriva lógicamente su naturaleza privativa. Cfr. LARRAZ, *El usufructo y la sustitución fideicomisaria de acciones*, RDM, III, pág. 8; ALVAREZ ALVAREZ, *El aumento de capital de las sociedades anónimas y la sociedad de gananciales*, en AAMN, tomo XIII, págs. 229 y sigs. LACRUZ, por el contrario, cit., página 419, sostiene que las reservas repartidas (según él) a través de la cuenta de capital mediante la entrega de acciones liberadas a los accionistas son fruto, y, por ende, gananciales.

de acciones liberadas. Tiene, además, un relevante significado jurídico. Los beneficios quedan definitivamente incorporados al patrimonio social y no podrán ser en lo sucesivo entregados a los socios más que a través de la disolución de la sociedad, o previa la reducción de su capital. La ampliación de éste, con cargo a reservas o beneficios, no persigue la finalidad, aunque otra cosa se piense, de distribuir indirectamente unas u otros, sino que es el procedimiento que la sociedad arbitra precisamente para eximirse del reparto.

La nueva acción que se entrega al accionista no es, por tanto, un fruto de la antigua. Expresa sólo el desdoblamiento formal de la cuota del socio, que en el fondo continúa intacta, aunque formalmente aparezca representada por dos títulos. A lo sumo, se puede conceder que la cuota primitiva se ha convertido en dos. Pero estas dos subcuotas son absolutamente homogéneas. Cada una de ellas tiene por objeto el patrimonio de la sociedad y ambas recaen, en consecuencia, sobre todos y cada uno de los elementos que lo integran, incluidos, claro está, los beneficios no repartidos y las reservas acumuladas, que jurídica y contablemente han cambiado para siempre de signo (94).

Ciertamente, si el accionista vende las nuevas acciones que ha recibido, realiza indirectamente su parte en los beneficios. Pero ello lo consigue a expensas de mermar su participación en la sociedad con todas las consecuencias políticas y económicas, que tal cosa lleva consigo. Es como si antes de ser ampliado el capital, o si éste no se amplía, el accionista para realizar la plusvalía de sus acciones, debida a la acumulación de beneficios, las enajena en parte. En ambos casos, y esto es lo que importa, la cuota del socio, a consecuencia de la enajenación, queda menoscabada y disminuida. No se cumple, pues, otro de los requisitos esenciales que cualifican la noción de fruto, a saber: que su percepción no altere la sustancia de la cosa fructífera. No puede ser fruto la utilidad que, para ser percibida, exige la enajenación de la cosa o parte de la cosa, merced a la cual se ha obtenido (95).

(94) El desdoblamiento a que aludo en el texto se refleja en la pérdida de valor que experimenta automáticamente la acción antigua precisamente porque una parte de su sustancia se transfiere a la acción segregada. La Bolsa refleja también este fenómeno, aunque muchas veces no se corresponda exactamente la depreciación de la acción primitiva con la disminución que realmente experimenta su valor. Ello es debido a la incidencia de los muy diversos factores que influyen sobre el mercado bursátil. Si la sociedad está en alza, la cotización de la acción antigua no reflejará todo el valor que realmente le ha sido sustraído, y recuperará los puntos cedidos antes que la obtención de nuevos beneficios o plusvalías consigan su revalorización auténtica. Pero indudablemente una cosa es el precio de mercado de las acciones y otra su valor patrimonial intrínseco.

(95) LACRUZ entiende, cit., págs. 419-20, que si se niega a la sociedad de gananciales el derecho a participar en los beneficios que se han llevado a la cuenta de reservas, las cantidades que salen de esta cuenta, en cualquier forma (es decir, también mediante la emisión de acciones con cargo a ellas), vuelven a ser repartibles y, por tanto, pertenecen a la comunidad. Lo contrario—dice—es jugar con dos barajas. La afirmación sería cierta si la entrega de acciones

Resulta pues, de todo lo dicho, que la mujer no percibe fruto alguno al hacer suyas, en gracia a las acciones que le pertenecen, otras nuevas que se le entregan liberadas. Queda por ver si esas acciones nuevas que no son frutos, tienen, pese a ello, carácter o naturaleza ganancial. Para que ésto fuera así sería necesario que el artículo 1.401-1 se interpretase extensivamente, e incluir en él cualquier rendimiento, utilidad, beneficio o plusvalía proveniente o experimentado.

liberadas implicase un reparto de las reservas entre los socios. Como tal cosa no sucede, el que corre el riesgo de jugar con dos barajas—dialécticamente, se dice—es el propio LACRUZ, al deducir consecuencias jurídicas contradictorias de un mismo hecho fundamental: la permanencia de los beneficios obtenidos en el patrimonio de la sociedad.

Para justificar que la emisión de acciones liberadas constituye un reparto indirecto de beneficios se acude a consideraciones de orden práctico. Se dice que la operación equivale a un reparto de dividendos con aplicación subsiguiente e inmediata de los mismos a la adquisición de las nuevas acciones. Tanto da que las reservas se repartan a través de la cuenta de pérdidas y ganancias como a través de la cuenta de capital. En el primer caso se entrega dinero y en el segundo cosas (las nuevas acciones).

Fácilmente se advierte que este modo de razonar no es válido. Indudablemente, para el socio no es igual cobrar dinero, con destino a su patrimonio particular, para gastarlo o invertirlo a su conveniencia, que verse obligado a dejar ese dinero en la sociedad. Se arguye entonces que la venta de las nuevas acciones permite al socio disponer libremente de su parte en los beneficios. La pérdida de poder político que ello comporta—se agrega—carece de trascendencia para el pequeño accionista de grandes sociedades con capital muy repartido. Por mi parte, debo insistir en algo que ya he dicho: la venta de las nuevas acciones disminuye y menoscaba la participación del socio en la sociedad. Por de pronto, el perjuicio para los llamados derechos políticos es evidente, le importe o no ese perjuicio al accionista. Pero es que, además, la enajenación de las acciones puede irrogarle perjuicios económicos. No se limita todo a que el valor de la participación del socio disminuya (no habría aumento si las ganancias se hubiesen repartido). Es que la enajenación disminuye también el porcentaje de participación en la sociedad. A consecuencia de ello el socio ve reducida la rentabilidad de su participación social si (o mientras) los beneficios de la sociedad no aumenten en la misma proporción en que se ha elevado el capital. Igualmente queda privado de una parte de las plusvalías (ocultas, pero reales) que experimenten, con posterioridad a la ampliación, los elementos patrimoniales preexistentes, pérdida que no será compensada hasta que las nuevas inversiones alcancen una revalorización similar. Cierto que si los beneficios no repartidos se invierten bien, y merced a ellos la sociedad prospera, podrá ocurrir que el accionista recupere, hasta con creces, el valor que perdió con la enajenación. Pero, ¿y si no es así?; ¿y si antes de que esto acontezca tiene necesidad de vender las acciones que le restan?

Me permitiré poner algunos ejemplos para ilustrar estas ideas. A fin de facilitar su comprensión voy a presentar dos casos extremos que raramente se darán en la práctica, pero que sirven para percibir claramente toda la entraña de un fenómeno que puede ser real, aunque en la realidad se manifieste con caracteres menos rotundos. Una sociedad con un capital social de 900 millones de pesetas obtiene en el ejercicio un beneficio de 90 millones. Sus acciones son de 1.000 pesetas nominales y su valor está a la par. La sociedad no reparte el beneficio (para simplificar prescindiendo de la reserva legal), sino que acuerda aumentar el capital en 90 millones de pesetas y entregar acciones liberadas a sus accionistas. El capital pasa a ser de 990 millones de pesetas y el número de acciones se eleva de 900.000 a 990.000. Un accionista, titular de 900 acciones viejas, vende las 90 nuevas que le han correspondido para realizar su beneficio.

por los bienes de los cónyuges (96). Nada justifica, sin embargo, tan exorbitante conclusión. El precepto citado sólo dispone que son gananciales “los frutos, rentas e intereses”. Quiere decir el Código, que los frutos de todas clases (las rentas e intereses también lo son) pertenecen a la sociedad legal. Pero precisamente, porque la norma refiere el ámbito de su aplicación a todo lo que es fruto, implícitamente, acota dentro de los límites de este concepto el ámbito de su contenido normativo. Cuando la Ley puntualiza hay que andarse con mucho tiento a la hora de interpretarla extensivamente. Sobre todo si la interpretación extensiva conduce, como ocurre en este caso, a resultados que no concuerdan con los principios generales. La regla general, en tema de derecho de propiedad, es que el aumento del valor de las cosas, sus incrementos cualitativos, y en fin, los rendimientos y beneficios de toda especie que de ellas se deriven, pertenecen al

El año siguiente la sociedad obtiene un beneficio igual (los 90 millones del primer beneficio están en trance de inversión y aún no son rentables). El accionista percibirá 81.810 pesetas en lugar de 90.000 que hubiese cobrado de haberse repartido el primer beneficio a través de dividendos.

Imaginemos ahora otra sociedad con el mismo capital (900 millones) y 300 millones de reservas. Aumenta su capital con cargo a las últimas. El capital se cifra, pues, en 1.200 millones de pesetas, representado por 1.200.000 acciones (en lugar de las 900.000 antiguas). Un accionista, poseedor de 9.000 acciones viejas, vende las 3.000 nuevas que le correspondieron, para realizar su parte en las reservas. En años posteriores los bienes integrantes del capital inicial se revalorizan en un 100 por 100, mientras que los que materializan la reserva sólo alcanzan una revalorización del 20 por 100. El valor teórico de cada acción será de 1.800 pesetas (2.160 millones de pesetas: 1.200.000 acciones), y el valor en junto de las 9.000 acciones que el socio conservó ascenderá, por lo tanto, a 16.200.000 pesetas. Si la sociedad hubiera repartido los beneficios determinantes de la reserva, el valor de la acción revalorizada hubiera sido de 2.000 pesetas (1.800 millones de pesetas: 900.000 acciones), con lo cual las 9.000 acciones de nuestro accionista valdrían 18.000.000 de pesetas. Las consecuencias de la tesis que impugno pueden ser graves si están disociados la propiedad y el disfrute de las acciones.

Al accionista pleno propietario no le es igual que le entreguen dividendos o acciones liberadas (según creo haber demostrado), pero, en cambio, le resulta indiferente que las nuevas acciones sean o no fruto. Recordemos la idea de Mosco (cfr. su monografía, *I frutti nel diritto positivo*), para quien el fruto es concepto que sólo adquiere relevancia jurídica cuando existe una persona distinta del propietario que tiene algún derecho sobre los productos de la cosa. En fin de cuentas, el accionista pleno propietario es libre de conservar las nuevas acciones o de enajenarlas. Si opta por lo primero, no realiza beneficio alguno, pero conserva intacta, para bien o para mal, su participación en la sociedad. Si escoge la enajenación se expone a sufrir los perjuicios que antes se han indicado, mas, por de pronto, convierte el valor de las acciones liberadas en dinero contante y sonante. Las cosas toman un cariz muy diferente si estos pseudo-frutos se entregan al titular de un derecho de disfrute o, “mutatis mutandi”, a la sociedad de gananciales. El accionista propietario no puede realizar el plusvalor que su participación en la sociedad ha alcanzado, pero además tiene que contemplar, impotente para evitarlo, cómo esa participación se le reduce y achica, resultado que se opera *sin voluntad y aun en contra de su voluntad*.

(96) Interpretación, a todas luces, abusiva, pero que halló eco en la Sentencia de 18 de abril de 1934.

dueño. El artículo 1.401-3, que atribuye los frutos, rentas e intereses de los bienes de los esposos a la comunidad ganancial, constituye en cierto modo una excepción a la regla general recordada. Consiguientemente, su interpretación debe ser más bien restrictiva. La aplicación analógica sólo sería posible en virtud de razones muy claras y concluyentes que aquí, desde luego, no existen.

La segunda razón legal que ampara el pretendido derecho de la sociedad de gananciales sobre las nuevas acciones se encuentra, como ya señalé, en el artículo 1.401-1. Son presupuestos necesarios para que esta norma entre en juego los dos siguientes: 1.º Que las nuevas acciones se emitan contra nuevas aportaciones. 2.º Que el desembolso consiguiente se realice con dinero ganancial o presuntivamente ganancial. Se adquieren, pues, unos bienes (las nuevas acciones), y la adquisición se verifica a costa del caudal común. El artículo 1.401-3, a primera vista, parece claramente aplicable. Con todo, está por medio el derecho de suscripción preferente, que desempeña sin duda un importante papel en la adquisición de las nuevas acciones. La doctrina, después de haber elevado ese derecho a la condición de protagonista, se resiste a tratarlo como si fuera un simple comparsa. E inventa el modo de orillar el obstáculo que se opone a su triunfo. Trata de salvar el obstáculo que representa el artículo 1.401-1, y, para ello, acude, en primer término, a otro precepto legal, el artículo 1.396-3, en busca de la analogía entre el derecho de suscripción preferente y el derecho de retracto. Admitida la aplicación analógica el problema queda resuelto. Los bienes adquiridos en virtud de retracto son privativos, aunque el dinero necesario para su ejercicio lo haya pagado la sociedad de gananciales (97).

He de confesar que yo no veo clara la supuesta analogía. Para empezar, bueno es tener en cuenta que el artículo 1.396-3 constituye una excepción a la regla general que, en tema de adquisiciones a título oneroso y para discernir la naturaleza privativa o ganancial de lo adquirido, nos remite al juego de la subrogación real. En mi particular opinión, la aplicación analógica de las normas que formulan excepciones a lo que dispone otra de carácter más general, no es imposible. Pero sí parece aconsejable ser especialmente severo, al juzgar si la "ratio iuris" que justifica la excepción, es igualmente referible al supuesto no contemplado por la norma. Y yo no veo que aquí esté clara la identidad de "ratio". El retracto convencional es, por supuesto, totalmente ajeno a nuestro tema. Mediante el retracto convencional, vuelve al patrimonio del marido o de la mujer, una cosa que previamente había estado ya en ese patrimonio. Nada tiene esto que ver con la adquisición "ex novo" que comporta el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Entre este derecho y el otro tipo de retracto, es decir, el retracto legal, no hay más que un punto de con-

(97) Cfr. NÚÑEZ LAGOS y JOSÉ LUIS ALVAREZ, en las obras citadas anteriormente, aunque, para el segundo, este argumento tenga un valor meramente relativo y complementario.

tacto: la titularidad de ambos derechos se determina "ob rem". Pero, ¿basta esta simple coincidencia formal, esta pura semejanza morfológica, para dispensar el mismo tratamiento jurídico a las dos situaciones? A mi entender, no. El retracto legal, a través de cualquiera de sus manifestaciones, busca la satisfacción de un interés supraindividual; el sujeto activo del retracto es siempre persona que se encuentra en una posición tal, que al ejercitar el derecho que se le concede colabora indirectamente al cumplimiento de los fines que la institución persigue en cada caso (98). El artículo 1.396-3 quiere, probablemente, evitar que la interferencia de la sociedad de gananciales desvíe el retracto hacia intereses puramente personales y distintos de los que la Ley ha querido proteger. Sólo esta consideración puede justificar que los bienes adquiridos merced al retracto, y pagados con dinero ganancial, devengan, no obstante, privativos. Parece, pues, sumamente forzada, por no decir imposible, la aplicación analógica del artículo 1.396-3 al derecho de suscripción preferente.

Por la vía del artículo 1.404 (párrafo primero) se pretende eludir, asimismo, la aplicación del artículo 1.401. Se considera (99) que el desembolso que apareja la suscripción, es una expensa útil hecha en una cosa (las acciones antiguas) propiedad peculiar de uno de los cónyuges. Ciertamente el artículo 1.404 dice que estas expensas son gananciales. Pero se utiliza la distinción entre expensas (gasto) y mejora (resultado) para concluir que solamente la primera es realmente ganancial. La propiedad de los bienes (mejora) en que se materializa el gasto (expensa) cede en beneficio del cónyuge propietario, y la sociedad de gananciales resulta titular de un crédito por razón de la cantidad invertida.

A mi juicio, el artículo 1.404 no sirve para demostrar que las nuevas acciones son un bien privativo. Creo que a esta conclusión se puede llegar desde dentro del propio precepto. Sin necesidad, por tanto, de argumentar contra la asimilación de los desembolsos a las expensas útiles. No es cierto que el artículo 1.404 atribuya, sin más, la propiedad de la mejora al cónyuge propietario y limite el derecho de la sociedad al de exigir el reembolso del dinero anticipado. Desde luego esto será así casi siempre, pues, normalmente, entrarán en juego las normas y principios que gobiernan la accesión. Pero a este resultado se llega a la fuerza, casi diría que contra la voluntad del legislador. Nada menos que para el supuesto de construcción en suelo de uno de los cónyuges, las reglas.

(98) Evitar la excesiva atomización de la propiedad rústica (retracto de colindante), eliminar situaciones de pro-indivisión (retracto de comuneros), restablecer la unidad del dominio (retracto enfiteútico), procurar que la tierra sea propiedad del que la trabaja (retracto del colono), contribuir a la solución del problema de la vivienda (retracto del inquilino), etc. Ni siquiera es de orden institucional que el retracto se articule como derecho subjetivamente real. No lo es, por ejemplo, el retracto gentilicio. Sobre la imposibilidad de aplicar analógicamente el artículo 1.396-3 en virtud de la naturaleza especial del retracto legal, cfr. LACRUZ, cit., págs. 414 y 418.

(99) Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, cit., pág. 254.

de la accesión se invierten (art. 1.404-2), y la propiedad del todo pasa a la sociedad de gananciales. Esta norma, desde luego excepcional, prueba, sin embargo, hasta qué punto la Ley es contraria a que los cónyuges puedan servirse en su exclusivo provecho de los fondos comunes mediante el cómodo expediente de tomar a préstamo anticipos sin interés, sólo reintegrables en un mañana indeterminado. La conclusión que se sigue de todo ello no puede estar más clara. La expensa (y entiendo aquí por expensa no solamente el gasto, sino también el resultado del gasto) será ganancial siempre que sea posible mantener separadas la propiedad del bien que ha sido objeto de la mejora y la mejora misma. Que es cabalmente lo que ocurrirá en nuestro caso, aunque nos avengamos, y en ello no tengo inconveniente, en equiparar las expensas útiles a que se refiere el Código con el desembolso que es preciso hacer para adquirir las nuevas acciones.

Pienso, por consiguiente, que para determinar la naturaleza privativa o ganancial de las acciones adquiridas merced a un derecho de suscripción privativo, pero desembolsadas con dinero común, no hay más remedio que habérselas con el artículo 1.404-1. O lo que es lo mismo: hay que aplicar el principio de subrogación real. Mas, ¿significa ésto que las nuevas acciones son, sin más, de la sociedad de gananciales? Creo que para contestar acertadamente a esta pregunta se hace preciso distinguir. Si el contravalor de las nuevas acciones está representado exclusivamente por el importe del desembolso, aquéllas serán efectivamente gananciales. En otro caso, es decir, si las nuevas acciones valen más porque se transfiere a ellas una parte del valor de las antiguas, la cosa cambia. La adquisición ya no pesa solamente sobre el patrimonio ganancial, sino también sobre el privativo del esposo accionista. La subrogación real, rectamente aplicada, conduce, en este segundo supuesto, a una solución mixta.

Enfretémonos ahora con la primera hipótesis. Supongamos, pues, que el valor de las nuevas acciones coincide con su nominal (100), lo que presupone que las acciones antiguas están igualmente a la par. No hay, pues, reservas ni plusvalías. Sostengo que en este caso las acciones son gananciales: Primero, porque la aplicación del artículo 1.401-1 me parece ineludible (descarto, por infundada, la aplicación analógica de los artículos 1.396-3 y 1.404-1 del Código civil); Segundo, porque el perjuicio que de esta solución le puede parar al accionista no es imputable a la sociedad de gananciales. En efecto, ningún obstáculo (jurídico, se entiende) impide al cónyuge adquirir para sí las nuevas acciones mediante el desembolso con dinero propio. Si no lo hace así es porque no puede (no dispone de dinero privativo) o porque no quiere (no le interesa realizar a su costa la inversión). En ambos casos la sociedad de gananciales viene en su ayuda y, aunque las acciones ingresen en el patrimonio común, siempre ostentará el cónyuge accionista, sobre ellas, el derecho que dimana de su condición de miem-

(100) O, en su caso, con el nominal más la prima.

bro y participe de la comunidad, lo que sin duda es mejor que perderlas del todo. El esposo titular del derecho de suscripción puede, por otra parte, rechazar esta ayuda, o no recurrir a ella, y negociar la venta de su cupón. Se dirá que éste, en el supuesto teórico a que nos referimos, carece por completo de valor. No es del todo exacto. Alguien puede estar interesado en comprar una participación (o una mayor participación) en la sociedad y decidirse a pagar un precio por la oportunidad que se le ofrece. En suma, el cónyuge propietario decide según su propia conveniencia lo que más le interesa hacer: suscribir o vender su derecho. Repito, si no quiere o no puede pagar el precio de la nueva acción, "sibi imputet". La sociedad de gananciales le ayudará. Pero no le es dado convertir el patrimonio común en una entidad de crédito cuasi-filantrópica para su propio y exclusivo provecho. Sobre todo, y esto es lo que importa, la Ley no permite esta clase de combinaciones.

Lo que aquí sucede es, pues, totalmente distinto de lo que acontece cuando se emiten acciones liberadas con cargo a reservas. En este caso, de sostener que las nuevas acciones son fruto de las antiguas, la interpolación de la comunidad ganancial causa al cónyuge accionista unos perjuicios (los vimos antes) que éste no puede, aunque quiera, evitar. La imposibilidad de adquirir las acciones que se le ofrecen no es de hecho, sino de derecho. La sociedad de gananciales se enriquece, a la sombra de un concepto hipertrofiado (el de fruto), con algo que en realidad no es suyo. No hay en cambio enriquecimiento alguno si paga por las acciones lo que las acciones valen.

Se dirá, tal vez, que la solución que defiendo no tiene en cuenta el artículo 41 L. S. A., pero, ya he explicado antes, cómo, en mi sentir, ese precepto no es analógicamente aplicable a la sociedad de gananciales. La analogía, además, sería particularmente improcedente en este caso. La sociedad de gananciales tiene un privilegio que no se concede al usufructuario. Hace suyos los bienes que se adquieren a su costa aunque la adquisición no se haya hecho a su nombre. Por eso, mientras el usufructuario no deviene dueño de las nuevas acciones, aunque las desembolse (artículo 41-2), la comunidad ganancial tiene perfecto derecho a considerarlas suyas (artículo 1.401-1) (101).

(101) Esto no quiere decir que en el supuesto concreto que ahora examino, el derecho de suscripción preferente corresponda a la comunidad ganancial. No se puede involucrar a la sociedad emisora de los títulos en el problema de la procedencia del dinero destinado al desembolso, ni discriminar hipótesis para atribuir el derecho preferente unas veces a la mujer y otras al marido (en su calidad de administrador de los bienes comunes). Como no hubiera sido procedente otorgar el derecho a la suscripción, en unos casos, al usufructuario, y en otros, al nudo propietario. La L. S. A., ante el usufructo, ha decidido la cuestión a favor del propietario, quizá porque ha creído que el derecho de suscripción no es fruto, y que tampoco lo son, en ningún caso, las nuevas acciones. A mí también me parece evidente lo primero, y cierto, aunque menos indiscutible, lo segundo. Pero la L. S. A. no tenía por qué meterse (si es que se ha metido) en estas honduras. Le bastaba, en la duda, conceder al nudo propietario el derecho de suscripción y remitir al derecho civil la cuestión de fondo.

El valor real de las nuevas acciones puede ser, y de hecho es, muchísimas veces, superior a su nominal. Esto acontece siempre que el patrimonio social vale más que la cifra formal y fija que expresa el capital social antes de ser ampliado y salvo que se exija al suscriptor de los nuevos títulos una prima equivalente a la participación que les corresponde en las reservas y plusvalías acumuladas hasta entonces. Si no hay prima, o ésta es insuficiente, la adquisición de las nuevas acciones, aunque tenga lugar con dinero ganancial, se verifica no sólo a expensas del acervo común, sino también a costa del patrimonio privativo del cónyuge accionista. En efecto, el derecho de suscripción preferente (privativo como sabemos) tiene en este caso un valor real y tangible que coincide, teóricamente al menos, con la minusvalía de las acciones viejas. Ese valor puede realizarse de dos maneras: la primera, directa mediante la venta del cupón; la segunda, indirecta, a través de la suscripción. En virtud de la suscripción, el suscriptor hace suyas unas acciones que valen más que el precio que paga por ellas, y esto es así porque las nuevas acciones entran a participar sin contrapartida en las plusvalías y reservas que han incrementado el patrimonio social. Ahora bien, tanto las plusvalías como las reservas, son objeto de la cuota que en el activo de la sociedad representan las acciones viejas y pertenecen de modo indirecto, y en la proporción correspondiente, al propietario de aquéllas (102). Una parte, pues, del valor de las acciones preexistentes, propio del titular de las mismas, se transfiere a las acciones nuevas y por tanto es indudable que la adquisición de las últimas tiene lugar, parcialmente, a costa del dueño de las primeras. La aplicación indiscriminada del artículo 1.401-1.º para concluir que las nuevas acciones son gananciales, porque se han desembolsado con dinero ganancial, sería excesiva y exorbitante. El principio de subrogación real sólo puede desplazar las nuevas acciones hacia el patrimonio común en la medida en que ese patrimonio ha contribuido realmente a su adquisición. Lo procedente es, en consecuencia, repartir proporcionalmente las acciones nuevas entre el cónyuge accionista y la sociedad de gananciales (103).

Pero prescindamos del usufructo y volvamos a nuestro tema. El derecho de suscripción preferente pertenece siempre al cónyuge accionista. Conclusión a la que se llega sin necesidad de acudir al artículo 41 de la L. S. A. Recordemos lo que antes se dijo. El derecho a suscribir las nuevas acciones que la sociedad emita integra el contenido mínimo de la acción y corresponde, por tanto, al propietario de la misma. Por ello, sólo cuando el título esté gravado con una relación jurídico-real que comporte la segregación del derecho preferente, tal derecho pertenece, temporalmente, a otra persona. Pero la sociedad de gananciales no ostenta derecho real alguno sobre los bienes de los cónyuges. Ni siquiera su derecho a los frutos tiene esa naturaleza, pues los bienes a que se refiere quedan fuera de su alcance tan pronto como se enajenan.

(102) Esto es evidente e indiscutible respecto de las plusvalías y también cierto para las reservas, según antes quedó expuesto.

(103) En este sentido, LACRUZ, cit., pág. 418, si bien él habla de "indivisión entre los dos patrimonios". La indivisión es innecesaria en cuanto que

3.º *La inversión de dinero, en particular las compras.*

Examinadas las dificultades que a la hora de vender puede plantear a la mujer la sociedad de gananciales, no obstante la licencia marital, pasemos ahora a examinar las compras. La licencia general comprenderá normalmente una autorización para comprar, que desde el punto de vista de la capacidad de la mujer, es, desde luego, suficiente. Pero la compraventa presupone el pago de un precio en dinero o signo que lo represente, y, a consecuencia de ello, de nuevo vuelve a interferirse aquí la sociedad de gananciales. Porque el dinero que la mujer destine al pago puede ser privativo o ganancial y la determinación y en su caso demostración de este extremo tiene importancia en dos sentidos. En primer término, la procedencia del dinero condiciona la naturaleza privativa o ganancial de lo adquirido. En segundo lugar cuando el dinero es ganancial o presuntivamente gan-

cabe perfectamente la distribución de las acciones entre ambas masas patrimoniales. Precisamente por esto, no es necesario atribuir todas las acciones al cónyuge accionista o a la sociedad de gananciales (con las consiguientes compensaciones), según cuál sea el patrimonio que haya contribuido en mayor medida a la adquisición. Esta solución, que antes he defendido para todos los casos en que la adquisición se verifica a costa del patrimonio ganancial y del peculiar de uno de los esposos, obedece, en última instancia, como vimos oportunamente, a la finalidad de evitar situaciones de pro-indivisión. Por consiguiente, sólo si el número de acciones no es exactamente divisible, será necesario, para las sobrantes, bien la adjudicación pro-indiviso, bien, como yo creo, su atribución por entero a una de las partes interesadas con compensación a la otra. La fijación de las proporciones en que respectivamente deben participar la sociedad de gananciales y el cónyuge accionista no ofrecen dificultades graves. El valor del derecho de suscripción es lo que aporta el cónyuge, y el nominal (más la prima, en su caso) constituye la aportación de la sociedad de gananciales. La estimación del primero se hará (cfr. LACRUZ, cit., pág. 419) por el precio medio de cotización si las acciones se cotizan en Bolsa, o, en otro caso, por su valor teórico.

¿Quid si las nuevas acciones se desembolsan en parte con dinero privativo y en parte con dinero ganancial? JOSÉ LUIS ALVAREZ (cit., pág. 255) cree que en esta hipótesis se complica grandemente la adjudicación de las nuevas acciones, y ve en esta dificultad una razón más, de orden práctico, que abona la solución que él defiende (atribución de todas las acciones al cónyuge accionista). A mi juicio, la complicación es más aparente que real. La aportación de la sociedad de gananciales hay que cifrarla en función de los desembolsos que efectivamente haya hecho. Esta aportación (y la proporción, por consiguiente, en que debe participar en las nuevas acciones) quedará fijada definitivamente si el problema del reparto de las acciones se plantea al disolver la sociedad legal. El pago de los dividendos pasivos pendientes correrá, en lo sucesivo, por cuenta exclusivamente del adjudicatario. Cuando la cuestión se suscite antes, porque el marido recabe la entrega de acciones suscritas por su mujer y desembolsadas en parte con dinero ganancial, la proporción se establecerá provisionalmente y pasarán, de acuerdo con ella, a la sociedad de gananciales las acciones que correspondan, sin perjuicio de elevar esa proporción (con nuevo desplazamiento de títulos) si el pago de los posteriores dividendos pasivos se efectúa también con dinero común.

El reparto proporcional se impone, asimismo, aunque las nuevas acciones sólo valgan el nominal, siempre que al desembolso contribuyan fondos gananciales y fondos privativos.

ganancial, el pago efectuado constituye una disposición sobre fondos comunes y hay que comprobar hasta qué punto una mujer casada, autorizada simplemente para comprar, está o no facultada para realizar esa disposición.

La doctrina y la Jurisprudencia se han ocupado tan sólo de la primera vertiente del problema. Se han preguntado cuáles son los medios adecuados para enervar la presunción del artículo 1.407 a fin de poder reputar privativo el dinero invertido en la compra y aplicar igual calificación al objeto comprado. La pregunta no tiene fácil contestación porque, dada la especial naturaleza del dinero, no es sencillo aportar pruebas concluyentes sobre su origen. En la esfera registral se han considerado prueba suficiente los documentos auténticos que demuestren bien la adquisición del dinero privativo (por ejemplo, una donación de metálico o un título particional del que resulte la adjudicación de efectivo), bien su adquisición indirecta por vía de enajenación de cosas cuya naturaleza privativa esté, a su vez, suficientemente demostrada (104).

Pero como acabo de decir, la naturaleza ganancial o privativa del dinero con que la mujer compra, incide en la operación desde otro ángulo. No se trata ya de asignar carácter privativo o ganancial a los bienes adquiridos, sino de saber, abstracción hecha de este problema, si la mujer, autorizada para comprar, puede, al hacer uso de la licencia, aplicar al pago del precio fondos gananciales o presuntivamente gananciales. La práctica notarial y registral no suele poner obstáculos a la mujer casada que se dispone a comprar amparada en la licencia que le ha otorgado su marido y solamente inquierer la procedencia del dinero para ver en qué medida es posible considerar parafernalia la finca comprada; pero no se niega el otorgamiento de la escritura, ni la posterior inscripción de ésta en razón a la carencia de facultades dispositivas sobre el efectivo con que la mujer paga el precio. Sin embargo, el problema existe. La mujer carece de poder dispositivo propio sobre los gananciales, y, la licencia del marido no implica, por lo regular, consentimiento para la disposición de los bie-

(104) Cfr. Resoluciones de 13 de diciembre de 1926 y de 27 de octubre de 1950. Por lo general no se trata de una prueba absoluta, salvo que la compra subsiga inmediatamente a la adquisición del metálico o que éste se haya ingresado en una cuenta corriente abierta a nombre de la mujer y se mantenga la cuenta sin movimiento activo ni pasivo hasta el momento de la disposición. Pero, por lo general, las cosas no suceden así, y entonces el valor de la prueba es relativo. La demostración de que se adquirió en su día un dinero privativo debe ser complementada, justificando, además, que ese dinero no se ha gastado ya en otros menesteres. Como no es posible aportar una prueba concluyente de ese hecho negativo, se estima suficiente que no conste "la existencia de actos que hubieren mermado o agotado la cantidad necesaria para adquirir la finca o derecho". Por otra parte, suele ocurrir que el dinero privativo se mezcla y confunde, hasta su inversión, con dinero ganancial. En este caso, como dice LACRUZ (cit., pág. 410), la comunidad hace suya, por confusión, la suma adquirida o simplemente aportada por uno de los cónyuges, y paga después su crédito al cónyuge aportante en el momento de precisar éste el dinero para reinvertirlo.

nes que forman parte del acervo común. Con todo, y, sin perjuicio de la exactitud de estas premisas, no se puede perder de vista la peculiar condición del dinero, cuyo destino normal es ser consumido mediante su enajenación. Por esto, cuando la mujer tiene en su poder o maneja fondos comunes, con conocimiento o consentimiento de su marido, debe reputarse en principio autorizada para disponer de ellos, y esta presunción se ve corroborada por la licencia para comprar, salvo que dicha licencia se haya limitado expresamente a las compras que la mujer efectúe con fondos propios (105).

Pero supongamos que efectivamente la mujer no está autorizada ni expresa ni tácitamente para disponer del dinero común. ¿Afecta ello a la validez total de la compraventa? A mi juicio, la respuesta debe ser negativa. El contrato de compraventa por el cual una de las partes se obliga entregar una cosa determinada y la otra a pagar por ella un precio en dinero o signo que lo represente, se perfecciona válidamente desde que ambas partes con capacidad suficiente (y la mujer autorizada por el marido para comprar la tiene) prestan su consentimiento. El pago ineficaz por aplicación del artículo 1.160 del Código civil (falta de poder dispositivo en la mujer compradora sobre la suma que destina al pago) repercutirá en la suerte posterior del contrato, pero nada tiene que ver con la válida celebración de aquél. El marido podrá impugnar el pago hecho por su mujer y exigir la restitución de la suma pagada a la masa consorcial (106). Pero esta reclamación, aunque prospere, no priva sin más de eficacia a la compraventa. El vendedor, a consecuencia de la ineficacia del pago y de la devolución por su parte del precio que cobró, vendrá asistido de la acción derivada de la compraventa para exigir de la mujer el pago del precio convenido y ostentará la facultad, si aquélla no puede o no quiere pagar, de resolver el contrato por incumplimiento. Decretada la resolución, la sociedad de gananciales, adquirente del bien comprado, tendrá la obligación de devolverlo, pues la mujer, aunque haya actuado en nombre propio, ha adquirido para la sociedad conyugal (artículo 1.401-1), quien por consiguiente debe soportar las consecuencias favorables o adversas que se deriven del acto adquisitivo. Por esto yo entiendo que el vendedor a quien el marido reclame la devolución del precio podrá, por vía de reconvencción, ejercitar a su vez, frente al demandante (administrador legal de la sociedad de ga-

(105) Lo mismo acontece si es la Ley quien faculta directamente a la esposa para percibir sumas que en principio son gananciales. El artículo 11 de la Ley del Contrato de Trabajo faculta a la mujer separada de hecho para percibir sin autorización del marido la remuneración que le es debida por razón de la contratación de sus servicios. Esta facultad no tiene sentido si no se reconoce a la mujer la posibilidad de gastar el dinero que recibe por ese concepto.

(106) Debe tenerse en cuenta, sin embargo, el último inciso del artículo 1.160. La restitución no será posible frente al acreedor (vendedor) que haya gastado o consumido el precio de buena fe; es decir, en la ignorancia de que la mujer no estaba facultada para disponer del dinero con que efectuó el pago; circunstancia que, a mi juicio, debe presumirse.

nanciales), la acción resolutoria del artículo 1.124 (salvo que prefiera reclamar el pago del precio directamente a la mujer), lo que obligará al marido a devolver la cosa que su mujer compró (107). Si esta cosa no se encuentra ya en el patrimonio común, porque ha sido enajenada, la enajenación, que habrá exigido la intervención del marido, equivaldrá, por lo general, a la ratificación de la compra. De no ser así, el vendedor se verá asistido de una acción de enriquecimiento. Únicamente si la cosa después de entregada a la mujer se hubiere perdido por caso fortuito o fuerza mayor, podrá sostenerse que la sociedad de gananciales ha quedado libre de responsabilidad. Subsiste en tal hipótesis, claro está, la acción del vendedor contra la mujer, responsable, en última instancia, del pago del precio.

b) *¿Puede concederse la licencia con carácter irrevocable?*

La licencia general otorgada por el marido despeja la situación jurídico patrimonial de la mujer separada de hecho. De una parte, y en virtud de tal licencia, la mujer adquiere, siquiera sea temporalmente, la potestad de regir libremente su patrimonio (abstracción hecha de las dificultades que puede suscitar la interferencia de la sociedad de gananciales, y de las que acabo de hacer mención en las páginas anteriores). De otra, queda completa la capacidad de la mujer, quien sin necesidad de que el marido intervenga en cada caso podrá celebrar toda clase de actos y contratos. Con todo, el problema de la situación jurídica de la mujer no queda resuelto de una manera definitiva por cuanto que la licencia marital, según entienden de consuno la doctrina y la Jurisprudencia, es esencialmente revocable.

Antes de seguir por este camino conviene recordar que la situación general de la mujer casada, separada de hecho, es, de suyo, provisional e inestable (aunque en la realidad la separación pueda prolongarse, y muchas veces, se prolongue indefinidamente) pues, como antes se ha dicho, la pura separación privada no elimina el deber recíproco de convivencia ni, por consiguiente, la posibilidad de que el marido exija el retorno a la vida común. Así pues, cuando ante una separación convencional se plantea el problema de la revocabilidad de la licencia marital lo que en rigor hay que preguntarse es en qué medida puede quedar limitada, suspendida, o condicionada la potestad revocatoria del marido, en tanto dure, porque así lo quieran ambos esposos, la separación; es decir, si el marido, sin intentar restablecer la convivencia, puede, no obstante, revocar "ad libitum" la licencia

(107) Aunque se estime que no cabe ejercitar la acción resolutoria contra el marido, la sociedad de gananciales será responsable del enriquecimiento experimentado. Esta responsabilidad se hace efectiva mediante la devolución "in natura" del objeto determinante del aumento patrimonial (en nuestro caso, la cosa comprada por la mujer), si subsiste en el patrimonio el enriquecimiento, aunque quepa deducir lo invertido en gastos necesarios y útiles y puedan retenerse los frutos percibidos. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, págs. 186 y sigs.

general que otorgó a su mujer al tiempo de separarse particularmente. Circunscrita la cuestión dentro de estos límites su solución exige que nos remontemos al fundamento de la facultad revocatoria que ostenta el marido, lo cual equivale a someter a revisión las razones mismas que justifican el instituto de la licencia marital.

La doctrina funda la licencia marital en el principio de la autoridad del marido, a quien por derecho natural y derecho positivo, corresponde la jefatura de la familia. Una proyección de este principio en la esfera patrimonial es la potestad del varón, que consiste en controlar, a través de la licencia, la actividad económica o patrimonial de su mujer. Pero además de esta justificación general, que es independiente del sistema económico que gobierne el matrimonio (108), existe otra, más particular y específica, que enlaza la licencia marital con el régimen de bienes del matrimonio, y, más concretamente, con el sistema de la sociedad legal de gananciales. Nuestra doctrina tradicional, en trance de interpretar el significado y alcance de las Leyes 54 y siguientes de Toro, aunque recuerda el principio de sumisión de la mujer al varón, presta especial atención a la necesidad o conveniencia de evitar que la mujer, a través de la administración y gobierno de sus propios bienes, pueda perjudicar los derechos que sobre ellos ostenta el marido, bien directamente, bien indirectamente a través de la sociedad de gananciales. Como quiera que los frutos de los bienes de la mujer son gananciales, el marido está llamado a participar en ellos, y además, aunque no exista dote tiene la facultad de administrarlos y disponer de ellos en su calidad de administrador de la sociedad legal. No le puede ser indiferente, pues, que los bienes de la mujer se administren mal o desaparezcan, pues todo ello afecta a una de las fuentes de ingresos que nutren el patrimonio ganancial.

Se teme que la mujer, por razón de la debilidad tradicionalmente atribuida a su sexo, y en particular la mujer casada confinada en el seno del hogar y entregada a las tareas domésticas, no sea capaz de dirigir acertadamente sus intereses económicos, y que merced a una gestión desafortunada pueda perjudicar los derechos que el marido ostenta como partícipe en la sociedad de gananciales, a la que per-

(108) FEDERICO DE CASTRO sostiene que la mayor o menor extensión de la licencia marital está en relación (en lo patrimonial, se entiende) con el régimen jurídico de los bienes de la sociedad conyugal, que hace inaplicables, en una serie de supuestos, las restricciones previstas por los artículos 59, 61 y 62 del C. c. Con carácter general, dice DE CASTRO; es decir, abstracción hecha del sistema económico que rijan el matrimonio, sólo se conservan algunas limitaciones concretas (las de los artículos 61, respecto de la incapacidad procesal de la mujer casada, 995, 1.053, 893 y 1.716), residuos del carácter imperativo que tuviera en el Derecho castellano el régimen de gananciales, y de envejecidos preceptos del Derecho romano. Esta postura progresiva, que yo comparto íntegramente, parte de una nueva impostación del problema hasta ahora no vislumbrada por nuestra doctrina, y que todavía se resiste a admitir algún moderno y prestigioso autor. (LACRUZ, cit., pág. 85; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II-1, págs. 262 y 263).

tenecen, según sabemos, los frutos y rendimientos que deparen los bienes de la mujer. De aquí que toda o casi toda la actividad jurídico-patrimonial de la mujer quede sujeta al control y veto maritales que se hacen efectivos a través de la necesaria licencia para que la mujer pueda contratar, enajenar, adquirir y obligarse. No es que se prescindiera, como ya he recordado, del principio de sumisión o sometimiento de la mujer al marido, principio que por razones obvias de circunstancia y de ambiente, tenía que aplicarse lógicamente con mucho mayor rigor y profundidad entonces que en nuestra época; pero lo cierto es que, a la hora de fundamentar la licencia marital y de interpretar las normas que la disciplinan, se carga el acento sobre el aspecto económico del problema en el sentido que ha quedado expuesto. Así lo demuestra la propia Ley 54 de Toro (109) y el parecer de la doctrina más autorizada que, en trance de señalar el valor jurídico de los actos que la mujer realice prescindiendo de la licencia marital o de la judicial supletoria, entiende que el contrato es perfectamente válido si se demuestra que no ha sido perjudicial sino útil (110). Esta última conclusión demuestra, asimismo, hasta qué

(109) Esta concepción "utilitaria" de la licencia marital aflora particularmente, según se dice en el texto, en la Ley 54 de Toro, que permite a la mujer aceptar herencias, sin licencia del marido, cuando la aceptación tenga lugar a beneficio de inventario. Si la mujer pudiese aceptar libremente herencias, pura y simplemente, dice LLAMAS y MOLINA, recogiendo el común sentir de la doctrina anterior, "se perjudicaría al marido en los frutos que producirían los bienes de la mujer que habrían de servir para satisfacer a los acreedores, y así únicamente le permite nuestra Ley a la mujer que pueda aceptar a beneficio de inventario, porque por este medio no se obliga aquélla a más de lo que alcanzan la herencia" (Cfr. Comentarios Jurídico, Crítico, Literal de las 83 Leyes de Toro, tomo II, pág. 294). El respeto a la autoridad del marido queda muy lejos, casi olvidado, para atender únicamente al perjuicio o beneficio que la aceptación de la herencia puede entrañar. Porque evidentemente el marido, abstracción hecha de las ventajas o inconvenientes económicos que la adquisición de una herencia por su mujer haya de reportarle, puede estar interesado, por razones de otra índole, en que su mujer no reciba una determinada herencia, a pesar de lo cual la adquisición se efectúa, quiera o no quiera el marido, si la mujer acepta con beneficio de inventario. BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho Civil español*, tomo I, pág. 737, trata de salir al paso de esta evidencia aduciendo que el marido sólo podría, lógicamente, oponerse a la adquisición de una herencia aceptada con beneficio de inventario por su mujer en el supuesto de que tal herencia se le hubiese deferido "ob turpem causam", lo que no puede presumirse por ir en desdoro y menosprecio de la mujer. La pobreza del argumento es manifiesta. En primer lugar, porque, abstracción hecha de cualquier relación ilícita entre la mujer y el causante de la sucesión, el marido puede tener otras razones para que su mujer no adquiera una herencia, y, en segundo término, porque una cosa es que la causa torpe no debe presumirse y otra que realmente no pueda existir.

(110) En el sentido expresado en el texto, MATIENZO, COVARRUBIAS, ANTONIO GÓMEZ y AZEVEDO. La opinión de estos autores la hace suya LLAMAS y MOLINA (ob. cit., pág. 298), lo que demuestra que fue la dominante y probablemente la que imperó en la práctica. ANTONIO GÓMEZ funda la validez de los contratos celebrados por la mujer casada sin licencia del marido, pero que hayan redundado en su provecho, en la analogía con lo establecido para los me-

punto el centro de gravedad de la licencia marital está enraizado en el funcionamiento de la sociedad de gananciales, y de qué modo principal se atiende al resultado económico de los actos de la mujer y se limita el ejercicio arbitrario de la potestad marital.

Pues bien, a la luz de estos interesantes precedentes es dable, creo yo, interpretar las normas de nuestro Código civil atinentes a la licencia marital de forma que el funcionamiento práctico de este vestuto instituto resulte más acorde con el espíritu de nuestro tiempo que con las estrechas ideas decimonónicas que seguramente inspiraron a los autores de nuestro primer cuerpo legal.

Pienso, en primer término, y sigo con ello la orientación marcada por un querido y admirado maestro (111), que la capacidad patrimonial de la mujer casada en el Código civil, depende en gran medida del régimen de bienes vigentes en el matrimonio. Los artículos 60 y 61 del Código civil, son el trasunto de la Ley 54 de Toro que tenía como obligado telón de fondo la sociedad de gananciales (112). Sistemáticamente dichos preceptos parecen el corolario o complemento de la regla general sentada por el artículo 59; según el cual el marido "es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal", disposición sólo aplicable al régimen dotal, al de gananciales y, si es caso, a cualquier otro de comunidad en el que no se haya convenido una forma diferente de administración. Es lícito, pues, preguntarse hasta qué punto las graves y amplísimas restricciones que imponen los artículos 60 y 61 del Código civil a la capacidad de obrar de la mujer casada deben ser aplicadas cuando los cónyuges, en uso de la libertad que les concede el artículo 1.315, no sólo han excluido el presupuesto normal de actuación de las mismas (es decir, la sociedad de gananciales), sino que además han establecido otro sistema

nores. La asimilación es forzada porque no hay paridad entre la situación jurídica de la mujer casada y la del menor, y, además, aquí se trata de evitar un perjuicio, no al sujeto que padece la incapacidad y a quien se quiere proteger (caso del menor), sino a una tercera persona (el marido). MATIENZO sitúa la cuestión en sus verdaderos términos al poner en el fin de la Ley (evitar perjuicios al marido) la razón de la solución que propone y aduce en apoyo de su tesis el ejemplo de la Ley 54, según la cual, como ya vimos, la aceptación con beneficio de inventario es válida aunque el esposo no haya concedido autorización. Esta disposición se funda, dice MATIENZO, en que "en tal caso no puede temerse que le resulte daño alguno al marido". Este daño, como se ha puesto de relieve, es el que indirectamente se le puede causar como partícipe y administrador de la sociedad de gananciales. En el siglo XIX el parecer de algunos autores es contrario a esta doctrina. Así, ALVAREZ POSADILLA (*Comentarios a las Leyes de Toro*, pág. 328), y BENITO GUTIÉRREZ (*Códigos o estudios fundamentales del Derecho civil español*, tomo I, página 436).

(111) FEDERICO DE CASTRO, cit.

(112) LACRUZ, cit., pág. 185, que se opone a la tesis de FEDERICO DE CASTRO, dice que también en aquella época era posible que los esposos pactasen un régimen distinto del ganancial. Pero sobre que semejante posibilidad es sumamente discutible, lo que no cabe duda (y el propio LACRUZ lo reconoce), es que de hecho no se utilizaba. El único régimen patrimonial que tuvo en cuenta el legislador fue, sin duda, la sociedad de gananciales.

económico con el que aquéllas son incongruentes o difícilmente compatibles. Así, por ejemplo, es improcedente conceder a los herederos del marido, como habrá que hacer si se sostiene que el artículo 65 es de aplicación general, la facultad de impugnar los actos de la mujer casada con separación de bienes, comprendidos en el artículo 61, y realizados sin licencia del marido, pues parece evidente que sólo el interés patrimonial de los herederos, perjudicados económicamente por el acto de la mujer, puede justificar su derecho a pedir la nulidad, y tal interés no es concebible si el matrimonio se rige por el sistema de separación convencional. El propio Código, aunque no regula el régimen contractual de separación de bienes, presupone que cuando éste régimen se pacta, ambos cónyuges conservan en lo patrimonial plena independencia jurídica, y así el artículo 1.458 les permite, excepcionalmente, comprarse y venderse bienes recíprocamente (113). Indudablemente, no tiene sentido tratar a la mujer casada como si fuera incapaz, cuando de suyo no lo es, si además se ha convenido por los esposos la plena separación y autonomía de sus patrimonios. La licitud, al menos, de una licencia general conferida con el carácter de estipulación capitular, y, por tanto, irrevocable, parece estar, en este caso, completamente justificada. Cabe aducir en contra de esta solución (114), que la licencia marital es irrenunciable y esencialmente revocable, pues, los artículos 60 y 61 del Código civil son de orden público. Se arguye a este propósito, de una parte, que tanto en las Leyes de Toro como en la de Matrimonio civil, la licencia marital era irrenunciable, y de otra, que los preceptos sobre capacidad son derecho necesario, y concretamente, con relación los artículos 60 y 61, así lo confirma su inclusión en el título IV del libro I. No me convencen estos argumentos. Respecto al aspecto histórico del problema hay que tener en cuenta que, en el Derecho anterior al Código civil, según ya se ha dicho, la posibilidad de establecer capitulaciones matrimoniales era puramente teórica (y aún así discutible) y prácticamente desconocido el régimen convencional de separación de bienes. Es aquel cuerpo legal el que sanciona de forma rotunda y terminante el derecho de los cónyuges a articular

(113) La antigua doctrina se planteó el problema de la licitud de los contratos entre cónyuges, precisamente en consideración a que la mujer necesita, para contratar, licencia de su esposo. ANTONIO GÓMEZ y MATIENZO entendieron que estos contratos eran lícitos y que para celebrarlos no era preciso que el marido concediera licencia especial a su mujer. AZEVEDO y AVENDAÑO exigen licencia judicial, y GREGORIO LÓPEZ sostiene que la licencia del marido es insuficiente porque la interpone en un acto propio. A mi entender, ésta es la razón que induce al Código, que no prohíbe en general los contratos entre cónyuges, a excluir que marido y mujer puedan celebrar entre sí un contrato como el de compraventa, en que la contraposición de intereses es particularmente aguda. No se trata del temor a influencias perniciosas de un cónyuge sobre el otro, ya que este peligro existe, abstracción hecha del sistema económico que gobierne el matrimonio, sino de la situación de dependencia jurídica de la mujer necesitada de licencia, y a quien el marido puede cerrar el camino para que compre o venda a otra persona.

(114) LACRUZ, cit., págs. 185 y 205.

con libertad el régimen económico que mejor les convenga, y hace esto no para continuar un precedente histórico, de hecho inexistente, sino para seguir el ejemplo de las legislaciones forales. El cambio que introduce el Código civil en este punto fue, o quiso ser, fundamental. Por último, si bien es cierto que las normas sobre capacidad son de Derecho necesario no lo es menos que la mujer casada no es realmente, una incapaz. La inclusión de los artículos 60 y 61 en el título VI del libro I es un dato sintomático pero que, a mi juicio, queda desvirtuado por el tenor literal del artículo 59, que después de sentar la regla general de que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, sanciona la validez del pacto en contrario (115).

Supuesto que los artículos 60 y 61 son, como yo pienso, desenvolvimiento del artículo 59 hay que convenir en la posibilidad de eliminar las restricciones que imponen a la capacidad de la mujer, siempre que se haya pactado que la administración de los bienes del

(115) LACRUZ, cit., pág. 294, sostiene que el artículo 59 al admitir el pacto en contrario quiso referirse exclusivamente a la posibilidad de que la mujer se haya reservado la administración de sus propios bienes, y justifica esta afirmación en la redacción que tanto el artículo 59 como el 1.412 tenían en la edición primitiva del Código. El artículo 59, en su versión primigenia, decía que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal "salvo estipulación en contrario"; es decir, omitía la referencia expresa que ahora hace el artículo 1.384. Entender que con la frase "estipulación en contrario" quería aludirse, en la edición primitiva, *únicamente* al supuesto de que la mujer se hubiese reservado la administración de sus bienes, lo que se admitía, aunque legalmente no estuviesen reconocidos los parafernales, no deja de ser, con todos los respetos para LACRUZ, una petición de principio. La adición, a última hora, del inciso "y lo dispuesto por el artículo 1.384" significa, más bien, que los autores de la edición revisada pensaron que la estipulación en contrario se refería a una hipótesis diferente a la reserva por la mujer de la administración de sus bienes propios, pues, en otro caso, bastaba dejar el artículo como estaba, o mejor aún (y de ser las cosas como cree LACRUZ esto sí hubiera entrado en las facultades de la Comisión), suprimir la frase "salvo estipulación en contrario" y sustituirla por las palabras después añadidas. En cuanto al artículo 1.412, su redacción originaria ("el marido, conforme al artículo 59, será el administrador único de la sociedad de gananciales") era, contra lo que dice LACRUZ, congruente con el artículo 59, incluso en su versión primitiva. Para ello bastaba entender que la expresión "salvo pacto en contrario" se refiere al caso (que, sin duda, tuvo que ser previsto) de que se haya convenido un régimen patrimonial, concretamente el de separación de bienes, que por su propia naturaleza excluya la administración del marido. Ahora bien, al haberse redactado de otro modo el artículo 1.412 y al decirse en él, como ahora se dice, que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales salvo lo dispuesto en el artículo 59 (es decir, "salvo pacto en contrario y lo dispuesto por el artículo 1.384"), se viene a consagrar la licitud de un convenio por el cual el marido no sea el administrador del patrimonio común, pues la posibilidad de que la mujer administre separadamente sus bienes particulares, no obstante regirse el matrimonio por la sociedad de gananciales, no estaba, ni está, cerrada por el artículo 1.412, que sólo se refería, y se refiere, a los bienes gananciales. Esto no quiere decir que yo piense que es lícito encomendar exclusivamente a la mujer la administración del patrimonio común excluyendo al marido totalmente de tal administración. Ver sobre este punto lo que se dice más adelante.

matrimonio no corresponda al marido. No creo que esta posibilidad choque con lo dispuesto por el artículo 1.316, que prohíbe estipular en las capitulaciones matrimoniales todo lo que "sea depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a ambos cónyuges". Este precepto, por su propia índole y naturaleza, debe ser interpretado en función de las concepciones sociales imperantes en cada momento, y, de acuerdo con las que hoy están vigentes en nuestra sociedad, no puede sostenerse seriamente que sea depresivo para la autoridad del marido que éste habilite los medios para que su mujer goce de plena capacidad patrimonial, lo que, desde luego, es compatible con la autoridad que ostenta el varón en su calidad de jefe de la familia (116). Hay que tener en cuenta, además, que frente a la generalidad con que se producen los artículos 60 y 61 del C. c. contrasta el tono del artículo 1.263-3.º, según el cual no pueden prestar el consentimiento en los contratos las mujeres casadas "en los casos expresados por la ley". La doctrina ha señalado con reiteración la antinomia, al menos aparente, entre ambos preceptos, antinomia, que, a mi juicio, sólo puede salvarse si, de acuerdo con la interpretación que propugno, estimamos que mientras el artículo 61 se refiere a la mujer casada bajo régimen de gananciales, o bajo cualquier otro que encomiende al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal, el 1.263-3.º está pensado para la capacidad de la mujer casada en general, abstracción hecha del sistema económico que rija su matrimonio. Entiendo, pues, que las normas que, además de los artículos 60 y 61, exigen específicamente la licencia marital deben ser interpretadas según que sean aplicaciones particulares de lo que disponen aquellos preceptos o tengan, por el contrario, un significado propio. Al primer grupo pertenece claramente el artículo 1.387, pues, aunque es verdad que no distingue, y literalmente sería también aplicable al régimen de separación (117), no es menos cierto que toda la regulación de los parafernales está trazada desde el punto de vista de la sociedad de gananciales como resulta de los artículos 59. 1.385 y 1.386. El artículo 1.053 (que exige autorización del mari-

(116) La autoridad del marido subsiste, desde luego, por lo que se refiere a las relaciones personales. Tendrá el derecho de dirigir y de controlar, dentro de límites razonables, la conducta y las actividades de la mujer y la potestad de trazar el régimen de vida de la familia. La mujer (como el marido) está obligada a soportar proporcionalmente las cargas del matrimonio, pero esto no exige que tenga que estar de continuo sujeta a la "auctoritas interpositio" del esposo. Frente a hipótesis de administración desordenada de la mujer, susceptible de poner en peligro la economía familiar, le cabe al marido el recurso de solicitar la declaración de prodigalidad de su consorte y el de impugnar los actos que realice para alcanzar fines ilícitos, cuando el móvil inmorale se haya convertido en causa del acto. También parece lógico que la mujer haya de contar con la aquiescencia del marido para disponer de aquellos bienes que, aun siendo de su propiedad, haya afectado especialmente al uso de la familia (por ejemplo, un piso destinado a hogar conyugal) de tal modo que su enajenación invada la esfera de poder que en todo caso debe quedar reservada al esposo.

(117) Así lo cree LACRUZ, cit., pág. 185.

do para que la mujer pueda pedir, no practicar, la partición de la herencia) es una aplicación concreta del artículo 60 y el artículo 995 desarrolla el 61 en cuanto que este precepto exige igualmente licencia del marido para que la mujer pueda adquirir a título gratuito. En mi sentir, ambos artículos debieran aplicarse dentro del mismo ámbito limitado que propongo para los artículos 60 y 61, si bien hay que tener en cuenta, de un lado, la lata interpretación jurisprudencial del artículo 60, y de otro, que la desdichada redacción del 995 oscurece un tanto la solución diáfana y de inequívoco significado que formulaba la Ley 54 de Toro. En cambio, en cuanto que afectan o comprometen la actividad personal de la mujer, deben ser de aplicación general los artículos 237-7, 893 y 1.716 del Código civil y los artículos 6 y concordantes del Código de comercio, que exigen la licencia del marido para que la mujer casada ejerza el cargo de tutor, acepte el albaceazgo o el mandato, o ejerza el comercio. Finalmente, el artículo 1.361 del Código civil, debe aplicarse siempre que exista dote, y por lo que a ella respecta, aunque el matrimonio se haya celebrado con separación de bienes. La dote constituye un patrimonio autónomo sobre el cual corresponde al marido la administración y el disfrute, y es lógico, por consiguiente, que la mujer no pueda enajenar (ni obligar) los bienes dotales sin autorización de aquél (118).

Cuando el matrimonio se rige por la sociedad legal de gananciales, entran en juego los artículos 60 y 61 del Código civil y la incapacidad que afecta a la mujer casada es casi general (119). Referido al sistema ganancial, el criterio del Código tiene, en cierto modo, justificación y viene a ser el complemento del principio (sancionado por los artículos 59 y 1.412) que encomienda al marido la administración de los bienes gananciales. La mujer no puede enajenar ni obligar los bienes gananciales, pues esta potestad corresponde exclusivamente al marido. Además, y puesto que los parafernales están destinados, a

(118) LACRUZ, cit., pág. 185, al oponerse a la tesis defendida por CASTRO, dice que "para ser lógicos deberíamos admitir que todas las limitaciones, absolutamente todas, impuestas a la capacidad de la mujer casada sólo rezan con el régimen de gananciales". No. Las que se especifican en el texto tienen una "ratio" peculiar y son independientes del régimen de bienes. En cambio, coincido con LACRUZ cuando dice que no comprende por qué se defiende que el artículo 61 sólo es aplicable a la sociedad de gananciales y, en cambio, se acepta que la incapacidad procesal del artículo 60 es de carácter general. Para mí, y así lo sostengo en el texto, la diferencia no tiene sólido fundamento. Los artículos 60 y 61, a la hora de fijar su ámbito de aplicación, deben correr la misma suerte. No tiene sentido, efectivamente, que la mujer, apta para regir libremente sus propios bienes, no pueda, por sí sola, defenderlos ante los tribunales.

(119) La redacción del segundo precepto citado no ofrece dudas al respecto. Ciertamente, en él se dice que la mujer no puede adquirir, enajenar ni obligarse "sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley". La frase entrecomillada no cambia, a mi juicio, de signo todo el precepto (como cree DE CASTRO, cit., pág. 258), sino que confirma que para el artículo 61, y dentro del área acotada por el mismo, la incapacidad de la mujer casada es la regla general, aunque esta regla admita excepciones.

través de su fructuación, a nutrir el patrimonio común la Ley no quiere que la mujer pueda enajenarlos, ni tampoco obligarlos (pues en otro caso la limitación en cuanto a la disposición podría ser ilusoria), sin licencia de su marido. Sin embargo, el Código no es tan drástico como para excluir toda posible actividad patrimonial de la mujer y así le permite administrar por sí sola los parafernales y acudir al Juez cuando su esposo le niegue injustificadamente autorización.

Cierro, con lo dicho, las consideraciones generales que me ha parecido necesario formular, para estar en condiciones de abordar y resolver con pleno conocimiento de causa el problema que específicamente es objeto de nuestro estudio. De estas consideraciones se desprende que la sede natural de la licencia marital está emplazada en el terreno acotado por la sociedad de gananciales. Conducen a esta conclusión, según hemos visto, razones de orden histórico, sistemático y teleológico. Pero tenemos ahora que averiguar si, incluso dentro de la sociedad de gananciales, la licencia marital puede ser eliminada, bien directamente, bien a través de su concesión en forma irrevocable. La cuestión hemos de referirla, en primer término, a la posibilidad de establecerlo así en capitulaciones matrimoniales. Ciertamente las capitulaciones matrimoniales, cuyo otorgamiento aún no es frecuente en los territorios de derecho común, se celebran generalmente no para modificar el régimen de la sociedad de gananciales, sino para sustituir este sistema por el de separación. Pero no cabe ignorar la posibilidad, de que los futuros contrayentes deseen que en su matrimonio haya gananciales, aunque no quieran aceptar íntegramente el esquema que la Ley les ofrece. Parece indudable la licitud de un régimen ganancial paccionado que se desvíe de la regulación legal del sistema. La libertad de pacto que sanciona el artículo 1.315, ampara sin duda esta posibilidad, sólo restringida por las limitaciones del artículo 1.316, y las que pudieran resultar del carácter imperativo de alguna de las normas que disciplinan la sociedad de gananciales. Ahora bien, si admitimos que los preceptos atinentes a la administración de los gananciales pueden ser modificados por pacto (como resulta de los artículos 59 y 1.412), que la licencia marital es una institución estrechamente relacionada con el régimen de bienes, y que los artículos 60 y 61 no son, en este sentido, imperativos, tendremos que aceptar, consecuentemente, la validez de un pacto capitular por el cual se conceda a la mujer plena libertad para regir su propio patrimonio aunque la sociedad de gananciales no haya quedado excluida.

Las razones que acabo de exponer, y cuya validez he tratado de justificar ampliamente en las páginas que anteceden, para defender la licitud de una licencia marital conferida en capitulaciones matrimoniales con carácter irrevocable, podrían amparar la viabilidad de su otorgamiento "post-nupcias" con igual carácter. Tropezamos, sin embargo, para alcanzar esta última cota con un obstáculo de evidente envergadura y que tal vez no pueda ser superado. Me refiero a la regla o principio de inmutabilidad del sistema económico conyugal.

Concebida la licencia como un complemento de las potestades que corresponden al marido en su calidad de administrador de los gananciales parece que si ese complemento se desvanece, el régimen de administración de la sociedad legal se modifica inevitablemente. La dificultad es seria, y comprendo que quienes me hayan seguido hasta aquí aceptando mis anteriores conclusiones, pensarán que ha llegado el momento de detenerse definitivamente. A pesar de todo yo creo que en favor de una licencia marital irrevocable, conferida al tiempo de acordar una separación de hecho, cabe aducir argumentos muy estimables que permiten defender su licitud, al menos en ciertos supuestos.

Debo empezar por reconocer que, en principio, el otorgamiento de una licencia marital general e irrevocable, sobre todo si la revocabilidad se articula con carácter definitivo e incondicionado, constituye, desde luego, una modificación del estatuto económico del matrimonio pues suprime una potestad del marido que se le concede, según hemos visto anteriormente, para conseguir la plena efectividad de sus facultades como administrador de la sociedad de gananciales. Sin embargo, y como también he indicado varias veces, y tendré que repetir más adelante, la prohibición de modificar después de la boda el régimen de bienes del matrimonio debe ser interpretada, como toda prohibición, restrictivamente, máxime cuanto que semejante prohibición, como vimos en su momento, descansa en fundamentos francamente deleznable, lo que exige lubricar ese principio con el aceite de la flexibilidad. Este criterio interpretativo nos debe llevar a la conclusión de que la inmutabilidad del régimen conyugal no debe mantenerse con tal rigidez que haga imposible su simple adaptación a la situación por la que atraviesan los cónyuges. Por ello cuando la propia Ley permite a los esposos modificar aquél régimen en algún punto, o de suyo admite, aunque sea implícitamente, que las especiales circunstancias que concurren en el matrimonio (en nuestro caso la separación de hecho) son susceptibles de alterar en cierta medida el sistema económico por el que se rigen los cónyuges es lícito al intérprete, en base a las consideraciones expuestas sobre el sentido restrictivo con que debe aplicarse la regla de inmutabilidad, llevar la posibilidad que así se le brinda hasta sus últimas consecuencias lógicas.

Dentro de la teoría general de la sociedad de gananciales existe un precepto que de modo particular se refiere a los frutos de los bienes parafernales. Estos frutos, como sabemos, son también bienes comunes. Porque lo son, el marido tiene derecho a administrarlos y a exigir su incorporación al acervo común. Este derecho es el que justifica, según el punto de vista que ha quedado expuesto, la facultad de controlar, y, por consiguiente, de vetar, los actos de la mujer que, por vía de enajenación o de obligación, puedan comprometer el patrimonio parafernale, fuente de ingresos (actual o potencial) de la

sociedad de gananciales (120). Pero a pesar de formar parte del haber de la sociedad de gananciales, los frutos de los parafernales están sujetos a un régimen peculiar. Todos los bienes comunes están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero respecto de los frutos de los parafernales esta afección es más enérgica. Así lo demuestra el artículo 1.386 del Código civil, según el cual las obligaciones personales del marido no podrá hacerse efectivas sobre dichos frutos "a menos que se pruebe que redundaron en beneficio de la familia", norma que constituye una excepción a la regla general sentada por el artículo 1.408-1.º La recta interpretación del artículo 1.386, de acuerdo con el espíritu que lo informa, nos debe llevar a sostener que, si las circunstancias del matrimonio son tales que impiden al marido dar a los frutos de los parafernales el destino al que están privilegiadamente adscritos, su derecho a recabar la entrega de aquellos, tiene que cesar. Así lo ha entendido acertadamente el Tribunal Supremo, a través de una Jurisprudencia bastante copiosa, que después examinaremos, y que en resumen declara, que el marido separado de hecho, no puede reclamar los rendimientos de los parafernales si no hay cargas en el matrimonio, o éstas son soportadas exclusivamente por la mujer. En estos casos, pues, la separación de hecho modifica parcialmente la normas que regulan la administración de los bienes gananciales.

Las repercusiones de esta modificación sobre nuestro tema han de ser, como se advertirá fácilmente, muy importantes. En la medida en que la licencia marital es el complemento de las facultades que corresponden al marido sobre los frutos de los parafernales, claramente se echa de ver que al quedar esas facultades suprimidas, el derecho de veto que también le compete queda privado de su fundamento directo e inmediato. Su eliminación temporal, en estos casos, por acuerdo entre los cónyuges, no se propone operar una modificación autónoma y directa del sistema patrimonial montado por la Ley, sino que es únicamente la última y lógica consecuencia de una alteración que viene impuesta por el peso específico de la situación de hecho en que los esposos se encuentran. Se dirá que siempre es posible que los cónyuges se reconcilien, y que, en previsión de esta coyuntura, es necesario limitar la capacidad de la mujer, para evitar que, al recobrar el marido la plenitud de sus potestades administrativas, se encuentren con que el patrimonio parafernál ha desaparecido. La objeción no me parece válida. La reconciliación, si efectivamente se produce, hará renacer los derechos del marido sobre los frutos de los parafernales, y, con ellos, revivirá igualmente su derecho de veto, que dejará sin valor ni efecto el pacto de irrevocabilidad incorporado a la licencia. Pero parece a todas luces exorbitante que con-

(120) La Sentencia de 21 de enero de 1928 parece situarse en esta línea de pensamiento, al fundar la licencia del artículo 1.387 en el interés del marido en salvaguardar los derechos de la sociedad conyugal, en su calidad de administrador de las rentas y frutos de los parafernales.

tinúe trabada la capacidad patrimonial de la mujer sólo en previsión de que la vida conyugal retorne a la normalidad, evento, sin duda posible, pero, desde luego, sumamente improbable. Las limitaciones impuestas a las facultades dispositivas de la mujer son admisibles en tanto sirvan para garantizar el ejercicio de un derecho vivo y actual, pero constituyen una carga intolerable si subsisten con el único fin de tutelar un derecho futuro y contingente. Por esto, si el marido, consciente de que ya no puede intervenir en el destino de los frutos de los parafernales, accede a devolver a su mujer, a través de una licencia irrevocable, su plena capacidad de obrar, yo estimo justo y posible defender la validez de la cláusula de irrevocabilidad, para mientras subsista la especial situación de hecho que determinó su otorgamiento.

La irrevocabilidad de la licencia es, recordémoslo una vez más, relativa, pues se apoya en un acuerdo que el marido puede denunciar unilateralmente mediante el ejercicio del derecho, que no ha perdido, a exigir la reanudación de la convivencia, o a través de la acción dirigida a obtener la separación judicial, si le es dable invocar alguna de las causas que dan lugar a ella. Este dato, y el hecho de que la supresión transitoria y condicionada de la licencia sólo afecta a las potestades del marido como administrador de la sociedad de gananciales de modo indirecto y limitado, ponen de relieve que la modificación del sistema económico conyugal que se opera en este caso es mínima, por lo que está plenamente justificado que pueda llevarse a cabo al cambiar el régimen jurídico de los frutos de los parafernales, lo que acontece si no hay hogar común ni hijos que mantener, o si es la mujer quien exclusivamente los mantiene, hipótesis éstas en que realmente es absurdo que las potestades dispositivas de aquélla sobre sus propios bienes continúen vinculadas al arbitrio del varón (121).

Ya sé que, a la vista del estado actual de la doctrina y de la Jurisprudencia, resulta totalmente heterodoxo hablar de licencias irrevocables, aunque sea en este sentido limitado (122). Su admisibilidad tendrá que luchar con la idea, profundamente arraigada, de que la licencia marital es una institución directamente derivada de la autoridad que sobre la familia ejerce el varón, autoridad que por su propia esencia y fundamento es irrenunciable. Pero frente a esta perspectiva, tal vez excesivamente simplista, cabe formular un doble tipo de consideraciones. En primer término y en cuanto realmente la licen-

(121) Finalmente, y al margen de las consideraciones que acaban de hacerse, me parece correcto un pacto que, ante la hipótesis de revocación extemporánea de la licencia, obligue al marido a probar que los actos realizados por la mujer, no obstante la revocación, y que aquél pretenda impugnar, han sido efectivamente perjudiciales para la sociedad de gananciales. Admitido, como yo creo que debe admitirse, que la facultad de impugnación que corresponde al marido es susceptible de quedar enervada cuando se prueba que el acto impugnado no causó perjuicio a los intereses comunes; no veo inconveniente en que se reconozca este mínimo efecto al compromiso de no revocar la autorización concedida.

(122) Cfr. SS. de 22 de diciembre de 1915 y de 2 de enero de 1916.

cia marital se deriva de la autoridad del marido hay que preguntarse si es lícito mantener la incapacidad de la mujer casada precisamente cuando aquella autoridad ha periclitado y de hecho ya no se ejerce. En segundo lugar, una cosa es que el marido sea el jefe natural de la familia y otra muy distinta que todas las proyecciones de su jefatura, especialmente las que se refieren al mundo de los intereses económicos, sean inderogables. El derecho positivo, atento al hecho natural, confía la administración de la sociedad de gananciales al marido (insisto en que la sociedad de gananciales es el único régimen que el Código contempla y regula en su integridad), y para mejor lograr la unidad en la dirección económica del patrimonio común le otorga el derecho de fiscalizar la actividad patrimonial de su mujer. Pero la Ley, en este punto, no es, en modo alguno, intransigente. Sin salir de la propia sociedad de gananciales admite que su administración se rija por lo que se pacte al respecto (123). Ciertamente, este pacto no será lícito si coloca al marido en una postura "depresiva" (cfr. artículo 1.316), pero como ya he dicho nos hallamos aquí frente a una expresión de la Ley de carácter ambiguo y que ha de ser concretada de conformidad con la situación en que las "mores" o costumbres, y aun el propio Ordenamiento Jurídico, coloquen a la mujer. Hoy por hoy, sólo podrá estimarse depresivo el convenio que aparte al marido totalmente de la administración de los gananciales, salvo que existan razones suficientes que justifiquen en algún caso especial este apartamiento. Pero una administración compartida o repartida encaja perfectamente dentro del alcance que puede actualmente tener él, en principio lícito, pacto en contrario. Y si la mujer puede ser equiparada al marido en lo concerniente a la administración de los bienes comunes, con mucha mayor razón ha de permitirse la equiparación respecto a la gestión del patrimonio propio.

c") *Incidencia de la licencia sobre los bienes gananciales.*

Queda aún por examinar, antes de dar por conclusas estas reflexiones sobre la licencia marital, un último problema. Me refiero a la posible incidencia de la actividad de la mujer, provista de una licencia general, sobre los bienes gananciales. Teóricamente, la licencia habilita a la mujer para regir su propio patrimonio, pero no le confiere facultad ninguna para administrar, enajenar u obligar los bienes comunes. Supuesto que estas facultades corresponden solamente al marido, de no haberse pactado otra cosa en capitulaciones matrimoniales, parece evidente que la mujer sólo podrá comprometer los bienes comunes si el marido ha delegado en ella las potestades que le corresponden. Esta delegación no tiene, a mi juicio, que revestir necesariamente la forma de un poder de representación (124), pues el

(123) Sobre la interpretación restringida de la expresión "pacto en contrario" y la crítica de esta opinión ver lo dicho en la nota 115.

(124) Después examinaremos con mayor detenimiento esta cuestión.

Código se limita a exigir, para que la mujer pueda obligar los bienes gananciales, "el consentimiento" del marido (artículo 1.416). Y es aquí donde las dificultades comienzan a aflorar. De una parte, y aunque este consentimiento tenga que referirse específicamente a los bienes gananciales, no hay por qué entender que necesariamente deba ser expreso. De otra, cabe preguntarse si la mujer, autorizada por el marido para obligarse en general, no obliga también el patrimonio ganancial cuando contrata. La importancia de estas cuestiones, relevante siempre, salta a un primer plano, como fácilmente se advierte, en situaciones de separación de hecho.

Se ha sostenido por algunos autores (125) que los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por la mujer casada que cuenta con autorización general del marido. El punto de apoyo de esta opinión se encuentra en los artículos 10 del Código de comercio y 995 del Código civil. El primero de estos preceptos sujeta a responsabilidad los bienes gananciales a las resultas de la gestión de la mujer casada que ejerce el comercio con licencia de su marido (expresa o presunta). El artículo 995 parece, a primera vista, someter a igual responsabilidad dichos bienes por razón de las deudas de la herencia deferida a favor de la mujer y aceptada por ella con autorización de su esposo. Ambos artículos, a mi modo de ver, no son susceptibles de generalización. El primero porque obedece a una justificación muy clara y concreta que sólo permitiría su aplicación extensiva a supuestos análogos. Entiende la Ley que el posible beneficio derivado para la sociedad de gananciales de la actividad mercantil de la mujer (lo ganado por ésta en el ejercicio del comercio pasa, indudablemente, al acervo común) debe ser contrapesado con la carga que dimane de las obligaciones que haya contraído al desempeñarla. En cuanto al artículo 995, de difícil comprensión, como después veremos, podría tener una explicación en cierto modo similar. Ya que la sociedad de gananciales se enriquecerá con los frutos y rendimientos que devenguen los bienes heredados por la mujer, tendrá que soportar, como contrapartida, el pago de las deudas hereditarias. Ambas normas, como se ve, no autorizan para sostener que, de modo general, los gananciales soporten las obligaciones contraídas por la mujer aunque para obligarse tenga licencia. La mujer carece de la potestad de obligar los gananciales (salvo que se trate de gastos diarios o usuales de la familia, artículo 62 C. c.), y, por tanto, el consentimiento del artículo 1.416 incluye y presupone una delegación de las facultades que corresponden exclusivamente al marido. La delegación no se produce, desde luego, si el marido concreta expresamente su autorización a los bienes propios de la mujer, y tampoco puede presumirse cuando se limite, sin más, a levantar la restricción que afecta a la capacidad de aquella (126).

(125) DE BUEN, *Notas al Curso de Derecho civil de Colin y Capitant*, tomo VI, págs. 227-28; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, II, vol. 1.º, página 311.

(126) En este sentido, LACRUZ, cit., pág. 520, quien, sin embargo, estima.

La licencia marital, propiamente dicha, y el consentimiento del artículo 1.416, son, por consiguiente, conceptos distintos en cuanto a su contenido y alcance, lo que no significa, sin embargo, que en la realidad se presenten diferenciados con la claridad debida (127). El consentimiento tácito aparece a veces embebido en lo que impropiaemente se ha llamado licencia. Supongamos, por ejemplo, que una mujer casada compra, con la anuencia e intervención personal de su marido, un inmueble por el que paga dinero ganancial. La compra, en ese caso, se efectúa por cuenta de la sociedad de gananciales y la conformidad del marido equivale al consentimiento del artículo 1.416 aunque el documento que formalice la operación hable sólo de licencia. En consecuencia, el patrimonio común responderá de la parte del precio que eventualmente quede aplazada (128). Para mí son consentimientos, y no licencias, aunque se las bautice con este nombre, las autorizaciones generales concedidas por el marido a la mujer para que compre, enajene, grave o se obligue, sin especificar los bienes a que se refiere, siempre que aquélla carezca efectivamente de patrimonio privativo. En ambas hipótesis resulta contrario a la buena fe que el marido pretenda en nombre de la sociedad de gananciales ignorar las consecuencias de lo hecho por su mujer para dejar prácticamente inerte a la contraparte.

La mujer, pues, no está legitimada, en virtud de una simple licencia, por comprensivos y amplios que sean sus términos para obligar los bienes de la sociedad de gananciales, salvo, según ha quedado dicho, que el consentimiento del marido se disfrace de licencia. Aceptada esta conclusión de tipo general, cabe todavía preguntarse si los gananciales responderán de las obligaciones de la mujer cuando ésta, debidamente autorizada para obligarse por su marido, haya contraído deudas para levantar cargas que son de cuenta de la sociedad de gananciales. La hipótesis reviste especial importancia frente a la separación de hecho. Imaginemos que la mujer provista de licencia para enajenar y obligar sus propios bienes se encienda para cubrir sin intervención del marido alguna de las atenciones que detallan los números 2 al 5 del artículo 1.408. La respuesta afirmativa parece venir impuesta por la equidad e incluso por la misma Ley que carga a la cuenta de la sociedad de gananciales toda una serie de partidas. Y no se podrá alegar la incapacidad de la mujer, ya que estamos aceptando,

que el patrimonio común debiera responder subsidiariamente (es decir, bajo el régimen del artículo 1.410) de las obligaciones contraídas válidamente por la mujer.

(127) La técnica notarial suele establecer con pulcritud la distinción entre las dos instituciones. Pero no siempre ha ocurrido así, y, consecuentemente, la falta de precisión terminológica ha contribuido a oscurecer una materia de suyo muy poco clara.

(128) ¿Responderá también el marido con sus bienes privativos? A mi juicio, no. El patrimonio ganancial y el del marido son distintos, y cada uno tiene su propio pasivo, aunque, en principio, el primero responda también por las deudas del varón. Alguna diferencia tiene que haber lógicamente entre que contrate el marido o que contrate la mujer.

por hipótesis, que existe licencia del marido (129). Por mi parte considero, sin desconocer la fuerza de estas razones, que debe prevalecer precisamente la solución contraria. Como sabemos, la regla general en esta materia es que la mujer casada no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento del marido, regla que sólo tiene una excepción: las obligaciones contraídas por la mujer para sufragar gastos domésticos (artículo 62). Luego si la licencia que ejercita la mujer es realmente licencia, y no consentimiento tácito, su falta de legitimación para comprometer el patrimonio común es patente, y el hecho de que la mujer se haya obligado para hacer frente a cualquiera de las atenciones que enumera el artículo 1.408 (párrafos 2 a 5) no cambia las cosas. Lo que sucede es que este precepto involucra ideas y conceptos que son heterogéneos. De una parte, se contemplan las deudas y obligaciones que los terceros, es decir, los acreedores, pueden hacer efectivas sobre el patrimonio común. De otra, los gastos que deben ser soportados (preferentemente) por la sociedad de gananciales. La primera es efectivamente una cuestión de *responsabilidad*, la segunda es, en cambio, una cuestión de *destino*. No tiene jurídicamente sentido decir, sin más, que los bienes gananciales “responden” del sostenimiento de la familia y de la educación de los hijos comunes (número 5 del 1.408), en cambio, sí lo tiene, y muy claro, afirmar que deben aplicarse a ese fin. Sólo cuando el marido o la mujer se hayan obligado para satisfacer aquella necesidad, habrán quedado los bienes gananciales sujetos a responsabilidad. La responsabilidad, rigurosamente hablando, nacerá además de la deuda asumida y no del gasto realizado aunque la obligación se haya contraído efectivamente para sufragarlo. En ninguna parte se dispone que de las obligaciones contraídas para solventar los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales tenga ésta que responder necesariamente. Para saber, por consiguiente, si los bienes gananciales responden, habrá que constatar si el cónyuge deudor estaba o no legitimado para comprometer frente a terceros el patrimonio común. Es decir, volvemos al punto de partida, y situados de nuevo en él tendremos que resolver la cuestión de diferente forma según que la obligación haya sido contraída por la mujer o por el marido. En el primer caso la sociedad de gananciales responderá siempre (cfr. artículo 1.408-1), en el segundo, sólo cuando la mujer “pueda legalmente obligarla”, es decir, cuando cuente con el consentimiento del marido, o se trate de gastos domésticos (130). La interpretación correcta del

(129) En este sentido, LACRUZ, cit., pág. 520.

(130) No comparto la tesis de quienes piensan (ISABAL, GONZÁLEZ ENRIQUÉZ) que los gananciales no responden de las obligaciones del marido si se demuestra que la deuda no se contrajo en intereses de la familia. Como dije en otra ocasión, *El nuevo artículo 1.413 del Código Civil*, separata del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, pág. 105, de prosperar este criterio la contratación con maridos casados bajo el régimen de gananciales sería de una inseguridad total y absoluta. Por eso el artículo 1.408 no distingue. Influye probablemente en el planteamiento del problema la confusión entre relaciones “inter partes” y frente a terceros.

artículo 1.408 debe, pues, distinguir entre responsabilidad de los bienes gananciales y destino de los mismos. La razón por la cual esta distinción no aparece claramente formulada por el precepto, tal vez se deba a que tanto las obligaciones a que se refiere el número uno (únicas que desatan responsabilidad), como los demás conceptos que expresa el artículo 1.408, son “de cuenta de la sociedad de gananciales”, y, por tanto, confluyen a la hora de fijar el acervo líquido repartible entre los cónyuges. Así, si alguno de los dos esposos ha sufragado de su peculio particular alguno de los gastos que son legalmente de cuenta de la sociedad, tendrá un crédito contra la misma que deberá contabilizarse a la hora de liquidar el patrimonio común (si antes no ha sido satisfecho) y del que tendrá que ser reembolsado con independencia de su parte en las ganancias. Sólo en este sentido cabe hablar de responsabilidad del patrimonio ganancial “inter partes”. Pero como se ve esta responsabilidad no tiene nada que ver con la que dimana, frente al acreedor, de la obligación que en su caso haya contraído uno de los cónyuges para satisfacer aquel gasto. Si quien se ha obligado es la mujer, sin consentimiento expreso o tácito del marido, esa responsabilidad sólo recaerá sobre sus bienes privativos. Es más, no parece que pueda repercutir sobre los gananciales todas las consecuencias económicas derivadas de la deuda (intereses, por ejemplo), sino únicamente las cantidades realmente invertidas en beneficio de la sociedad conyugal. La severidad, tal vez excesiva, de esta solución, se dulcifica merced al juego de dos instituciones: el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios ajenos. En la medida en que el acreedor no pueda cobrar de la mujer, por ser esta insolvente, habrá que concederle una acción contra los bienes gananciales hasta el límite en que el patrimonio común resulte enriquecido (131). Y cuando resulte aplicable el artículo 1.893, podrá reclamar de la sociedad de gananciales el cumplimiento íntegro de la obligación. Este precepto en particular, y el instituto de la “negotiorum gestio” en general, nos colocan ante un horizonte que, en tema de separación de hecho, no ha sido apenas escrutado. Pero como la eventual responsabilidad del patrimonio común, en ese caso, es independiente de que la mujer cuente o no con licencia de su marido, dejaré para otra parte de este trabajo el examen de tan interesante cuestión.

b') *Cláusulas referentes a la administración de los gananciales.*

La primera tarea con que han de enfrentarse los cónyuges que van a separarse de común acuerdo, consiste, pues, en restituir a la mujer su plena capacidad de obrar. El instrumento técnico para alcanzar esta finalidad es, según hemos visto, la licencia marital otorgada en términos generales. De la problemática que la institución suscita y de las dificultades con que puede tropezar la mujer, no

(131) Es también enriquecimiento el empobrecimiento evitado.

obstante, su concesión, provocadas en parte por la interferencia de la sociedad de gananciales y en parte por la amenaza de revocación, me he ocupado, seguramente con demasiada extensión, en las páginas que anteceden. Pero la licencia general sólo resuelve el problema económico (o económico-jurídico) que la separación de hecho plantea a la mujer, cuando ésta dispone de medios propios de fortuna con los que atender, decorosamente al menos, a su subsistencia. Pero la realidad es que —por desgracia o por fortuna— las mujeres ricas no abundan. De poco le sirve a la mujer recuperar su plena capacidad patrimonial si no tiene sobre qué ejercitarla. No es sólo que la mayoría de las parejas que se casan están sometidas (en territorio de Derecho común) al régimen de gananciales, es que la economía de casi todos los matrimonios descansa, única o fundamentalmente, en bienes o recursos que son, a su vez, gananciales. De aquí que el convenio de separación tenga que buscar el remedio para la situación de la mujer a través y a expensas del patrimonio común.

La solución consiste, por lo general, en asignar a la mujer una pensión periódica con la que provea a su sostenimiento y en su caso al de los hijos que queden bajo su custodia. El pago de la pensión corre de cuenta del marido y se satisface con cargo a los bienes gananciales. A los problemas que surgen a propósito de la exigibilidad de estas pensiones, convencionalmente señaladas, he aludido incidentalmente al estudiar la validez de los acuerdos de separación e insistiré en ellos un poco más adelante. Quiero ahora someter a examen otro tipo de soluciones, no frecuentes pero sí posibles, y que sustancialmente consisten en repartir de algún modo, y con mayor o menor extensión, la administración de los gananciales. Son imaginables múltiples variantes, desde transferir a la mujer la dirección y manejo de todo el patrimonio común, hasta confiarle únicamente la administración “sensu stricto” de bienes concretos y determinados, pasando por un punto intermedio que consistiría en una seudo liquidación y división de la sociedad conyugal para alcanzar de “facto” un resultado similar al que legalmente no se puede conseguir. Supuesto que la sociedad de gananciales subsiste (ya hemos visto que no cabe disolverla anticipadamente) y que su régimen no puede ser esencialmente alterado, es claro que la consecución de los propósitos enunciados sólo puede lograrse a través de procedimientos indirectos que estriban, en última instancia, en una delegación total o parcial de las facultades de administración o de disposición que corresponden al marido. Esta delegación, de suyo perfectamente válida, nos sitúa frente a dos cuestiones de la mayor importancia para el futuro patrimonial de los cónyuges: revocabilidad de la delegación y forma de articularla.

a”) *Posible irrevocabilidad de estos convenios.*

En principio, estas delegaciones son, desde luego, revocables porque los convenios que les sirven de base y para cuya ejecución se otorgan

no pueden ser eficaces en cuanto pretendan modificar el régimen general de administración de los bienes comunes. Las normas que rigen los gananciales en este importantísimo punto (el de la administración) forman parte de "las condiciones de la sociedad conyugal" a que se refiere el artículo 1.315 y por consiguiente su modificación sólo podría conseguirse por un camino —el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales— impracticable después de celebrado el matrimonio. Así pues, no es válido convenir que la administración de la sociedad de gananciales se transfiera a la mujer, ni articular una administración general mancomunada e indistinta, ni, finalmente, dividir en dos sectores independientes el patrimonio común para organizar dos administraciones simultáneas y paralelas. La ineficacia del convenio no se opone, sin embargo, a que el marido delegue en la mujer la totalidad o parte de sus poderes, sino que afecta únicamente a la irrevocabilidad de la delegación. Mientras el marido conserve la potestad de ejercitar por sí mismo las facultades que confirió a su mujer, y la puerta de la revocación quede abierta, no puede decirse con verdad que el sistema económico de la sociedad conyugal haya sufrido alteración. Ninguna dificultad suscitan en la práctica los apoderamientos generales que —al margen de cualquier divergencia entre los cónyuges— otorgan los maridos a favor de sus mujeres con bastante frecuencia y en virtud de causas muy diversas.

Pero no todos los acuerdos entre los cónyuges se dirigen a cambiar el sistema general de administración de la sociedad de gananciales. A veces, el convenio se proyecta tan sólo sobre bienes concretos y determinados y se propone exclusivamente garantizar a la mujer el cobro de la pensión alimenticia pactada, y evitar el retraso en el pago, la resistencia pasiva del marido, o su abierta y rotunda negativa a seguir pagando. Para evitar estos riesgos, ciertamente previsibles, se estipula que los rendimientos de ciertos bienes (por hipótesis gananciales) queden adscritos al pago de la pensión y se faculta a la mujer para percibirlos directamente. En mi opinión, este convenio es lícito y consecuentemente no parece admisible reconocer al marido la potestad de revocar "ad nutum" la delegación de facultades que comporta (132). La Jurisprudencia, sin embargo, que ha tenido ocasión de examinar un pacto de esta especie, ha dictaminado, por el contrario, su nulidad (133). Las razones invocadas para decla-

(132) Lo que no significa, como veremos más adelante, que esa delegación de facultades sea en absoluto irrevocable.

(133) Cfr. S. de 19 de diciembre de 1932. Las circunstancias del caso fueron éstas: Un matrimonio sin hijos, en trance de separarse privadamente, convino, en escritura pública, que la mujer recibiría en concepto de pensión alimenticia la cantidad de 500 pesetas mensuales, pagaderas mediante el cobro de la renta de cinco casas que eran bienes gananciales. Al efecto, el marido confirió a su mujer un poder para la administración de las casas, y en la escritura se puntualizó: 1.º Que para la venta de las fincas en cuestión sería necesario el consentimiento de los dos esposos, y 2.º Que en el supuesto de venderse alguna de las casas, el precio se invertiría en bienes equivalentes, que quedarían afectos al mismo fin, y serían, por tanto, administrados por la esposa.

rarla se reducen, fundamentalmente, a cuatro: infracción del deber de convivencia que el artículo 56 del C. c. impone a los esposos, transacción prohibida, quebrantamiento del artículo 1.320 que prohíbe modificar después de celebrado el matrimonio las capitulaciones matrimoniales, y "la incapacidad que en general existe entre los cónyuges para crear relaciones contractuales". De estas cuatro razones voy a detenerme aquí exclusivamente en la tercera. Del alcance que en este punto hay que dar al artículo 56 y de la falta de fundamento que tiene aplicar a estos convenios el artículo 1.814 (que prohíbe la transacción sobre cuestiones matrimoniales), me he ocupado ya anteriormente y no es cosa de repetir lo que ya ha quedado dicho. Me limitaré solamente a subrayar que no deja de ser sorprendente que el incumplimiento del común deber de convivencia se convierta, de hecho, en fuente de castigo para una sola de las partes. Por lo que respecta a la supuesta incapacidad contractual recíproca de los cónyuges, se trata de una cuestión que hoy ha sido totalmente superada por la doctrina y en parte por la propia Jurisprudencia en el sentido de que las prohibiciones concretas que formula el Código no autorizan para defender la existencia de una regla general prohibitiva. Se dirá que la prohibición que aquí se infringe es precisamente la de modificar, después del matrimonio, el sistema económico de la sociedad conyugal.

Además, se constituyó hipoteca (que fue inscrita en el Registro de la Propiedad) sobre las cinco casas referidas en garantía del pago de la pensión. El marido respetó el compromiso durante más de seis años, justamente hasta que una de las casas fue expropiada por el Ayuntamiento de Málaga, quien, a la vista del convenio y de la hipoteca, ordenó que se depositara el precio de la expropiación. Como no fue posible llegar a un acuerdo en orden al cobro y ulterior destino de la indemnización, la mujer demandó al marido para que diera cumplimiento a lo estipulado. El Juzgado dio lugar a la demanda y la Audiencia revocó la sentencia. El Tribunal Supremo deniega la casación y, en consecuencia, declara la nulidad del convenio y, consiguientemente, de la hipoteca y del poder (que había sido revocado por el marido poco antes de comenzar el pleito), con lo cual, y pese a que la mujer había ya iniciado los trámites de un pleito de divorcio por servicios y adulterio de su marido, dejó expedito el derecho de éste para cobrar la indemnización y las rentas que en adelante produjeran las demás casas. Todo ello por los motivos que se indican en el texto. Por mi parte, pienso que cualquier persona, que, con los ojos limpios de telarañas jurídicas, contemple este caso y su solución, no acabará de entender en virtud de qué razones un marido, presunto adúltero, que consintió y acaso provocó la separación, puede desdecirse tranquilamente de lo que libremente convino con el único fin de apoderarse del dinero constante y sonante en que se había convertido una de las fincas. Y espera a que esta circunstancia se produzca para declarar que está dispuesto a recibir amorosamente a su mujer en su domicilio (no consta si era el conyugal), para allí cumplir generosamente sus obligaciones de marido, todo lo cual no le había preocupado grandemente durante más de cinco años. Tal vez, hay que reconocerlo, la mujer se pasó de la raya a la hora de exigir garantías (la viabilidad de la hipoteca es, por ejemplo, más que dudosa), y acaso este dato, así como haberse iniciado los trámites para el pleito de divorcio, influyeron en el ánimo del Supremo a la hora de dictar su dura sentencia. Ignoro, claro está, cuál fue la suerte de aquella desavenida pareja, pero imagino que el fallo de nuestro Alto Tribunal debió constituir un poderoso acicate para que el divorcio siguiera adelante.

Pero esto es cabalmente lo que hay que demostrar si no se quiere incurrir en flagrante petición de principio, y como verá quien tenga la paciencia de continuar dispensándose su atención, yo me propongo justamente, probar lo contrario (134).

A la hora de justificar en nuestro derecho positivo el principio de inmutabilidad del régimen económico de la sociedad conyugal se suele cargar el acento sobre el artículo 1.320 del Código civil (que prohíbe modificar después del matrimonio las capitulaciones matrimoniales), o al menos, no se advierte ningún matiz diferencial entre aquella norma y los demás preceptos atinentes a la materia. Tal dialéctica, para mí demasiado simplista, se aplica igualmente al régimen legal supletorio, es decir a la sociedad de gananciales, calificada en algún caso de “capitulaciones matrimoniales tácitas” (135). Semejante calificación, o cualquier otra similar, que tienda a equiparar en cuanto a su origen la sociedad legal de gananciales a los sistemas pactados en capitulaciones matrimoniales, me parece inadecuada y entiendo que no debe ser empleada ni siquiera a título de metáfora. La sociedad de gananciales es un sistema que la Ley impone a los cónyuges sin tener en cuenta su voluntad al respecto, salvo que esa voluntad se haya manifestado formalmente por medio de un contrato matrimonial. Habitualmente los cónyuges que no otorgan capitulaciones matrimoniales se casan ignorando todo o casi todo lo que concierne a sus futuras y recíprocas relaciones económicas. En Castilla, por lo menos, se siente una especie de pudor, no del todo justificado, cuando poco antes de la boda llega el momento de tratar o de hablar de estas delicadas pero importantes cuestiones. Así las cosas, no considero lógico medir con el mismo rasero la modificación de un régimen consciente y libremente aceptado que la alteración del que la Ley impone a los contrayentes, y al que éstos quedan sometidos generalmente sin saberlo. Esta consideración, que a mí me parece elemental, debe servir para graduar la aplicación del principio de inmutabilidad (carente a mi juicio de sólido fundamento en todo caso),

(134) Sobre la prohibición de celebrar contratos entre cónyuges ver más atrás. La Sentencia de 19 de diciembre de 1932 se adhiere a la indefendible teoría de la “unitas carnis” al decirnos que los cónyuges no pueden crear entre sí relaciones contractuales por “constituir una sola personalidad y exigir el contrato la concurrencia de dos o más personas”. Actualmente, es casi una “*communis opinio*” que sobre los cónyuges no pesa una prohibición general de contratar entre sí. La propia Dirección General de los Registros, tan reacia a admitir estos contratos, afirma (cfr. Res. de 16 de marzo de 1959) “la ausencia en nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general de contratar entre esposos, ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1677 del Código civil, entre otros, contemplan situaciones especiales”. La inexistencia de tal norma general prohibitiva concuerda con el sentir de nuestro Derecho histórico.

(135) El criterio indiscriminado que se denuncia en el texto se observa en la S. de 19 de diciembre de 1932, ya comentada, y las de 22 de febrero de 1944 y 20 de mayo de 1965. En esta Sentencia se dice que “en cierto modo el régimen supletorio de gananciales se equipara a unas capitulaciones matrimoniales subsidiarias”.

según que el régimen vigente en el matrimonio sea o no paccionado. El artículo 1.320 es una norma prohibitiva que, por lo tanto, y como antes expuse, no debe ser interpretada extensivamente, y como se refiere exclusivamente a lo pactado en capitulaciones matrimoniales, no puede ser invocado para declarar, sin más, nula o ineficaz cualquier modificación de lo que no haya sido objeto de pacto capitular. La imposibilidad de cambiar después del matrimonio el sistema ganancial no deriva, en rigor, de aquella norma, ni tampoco del artículo 1.394, que al disponer que la renuncia de la sociedad de gananciales no puede hacerse durante el matrimonio está pensando en el beneficio gratuito que se podría seguir para el cónyuge eventualmente favorecido por la renuncia, o en la cesión por precio, y así el precepto se entronca con los que prohíben las donaciones o ventas entre cónyuges (136). Lo que realmente sucede es que la eliminación, ulterior al matrimonio, del régimen de gananciales, o la rectificación del esquema trazado por la Ley para este tipo de comunidad, resulta impedida (más que prohibida) por el artículo 1.315 que no permite el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales "post nupcias". Todo lo dicho nos lleva a la conclusión, y aquí precisamente quería yo llegar, de que las únicas modificaciones de la sociedad de gananciales que no pueden introducirse son aquellas que por su rango e importancia requerirían, para ser válidamente convenidas, el otorgamiento de un contrato matrimonial que ya ha devenido imposible (137). Para saber cuales sean estas modificaciones imposibles hay que estar, por lo tanto, al contexto del propio artículo 1.315, que, al señalar el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales, nos habla de "las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros" expresión que, dentro de su relativa ambigüedad, alude claramente, en mi sentir, al que podríamos llamar estatuto económico del matrimonio. Lo que los cónyuges no pueden hacer, porque su propósito tropezaría ineludiblemente con la limitación temporal del artículo 1.315, es modificar ese estatuto (tampoco sustituirlo por otro, naturalmente), o sea alterar las reglas y principios que constituyen la estructura de la sociedad de gananciales y que gobiernan su vida y funcionamiento (138).

Planteada la cuestión en estos términos hay que preguntarse si cualquier convenio, en principio lícito, estipulado libremente por los cónyuges, infringe la prohibición o limitación del artículo 1.315 por

(136) En todo caso, la renuncia a la sociedad de gananciales constante el matrimonio implica la sustitución por otro del régimen legal, cosa igualmente no permitida.

(137) O que infrinjan directa o indirectamente prohibiciones especiales, como las que afectan a las ventas o donaciones entre esposos.

(138) No cabe, por consiguiente, que los cónyuges muden los criterios que determinan la composición y responsabilidad de los respectivos patrimonios, ni que modifiquen el sistema general de administración. Tampoco es posible que atribuyan a un elemento patrimonial determinado carácter distinto del que tiene, pues ello daría lugar, indirectamente, a una compraventa o a una donación.

el simple hecho de modificar transitoria e indirectamente no ya el régimen de administración de la sociedad de gananciales, sino solamente el de algunos bienes de la misma en particular. La respuesta afirmativa, sobre todo si es indiscriminada, olvidada, insisto en ello, que toda prohibición ha de ser interpretada restrictivamente (y no hay razones especiales que aconsejen seguir un criterio distinto en este caso, antes al contrario, según ya vimos) y desorbita el verdadero alcance que a mi juicio tiene aquel precepto. Cuando los cónyuges no han intentado cambiar el sistema administrativo de la sociedad de gananciales, ni siquiera el propósito que les ha guiado ha sido someter algunos bienes comunes a un régimen distinto, sino que este es sólo el efecto complementario que se sigue de un negocio jurídico que la Ley no les prohíbe celebrar, y que, de suyo, persigue una finalidad diferente, me parece inexacto sostener que se ha modificado el estatuto económico que rige el matrimonio (139). La suspicacia con que la Jurisprudencia y la doctrina miran cualquier acuerdo o convenio entre los cónyuges, les hace ver por todas partes modificaciones prohibidas del régimen conyugal. Este exceso de celo y la consigna de preservar el principio de inmutabilidad de todo pecaminoso contacto que de cerca o de lejos pueda comprometer su inmaculada pureza, ha determinado que, de hecho, se sancione una incapacidad general de los cónyuges para contratar entre sí, especialmente si están casados bajo el régimen de la sociedad de gananciales, que es el caso de la inmensa mayoría de los matrimonios sujetos al Derecho común. Y, sin embargo, esta incapacidad general no existe. La doctrina más autorizada suele reconocerlo así, pero no se da cuenta que, al seguir prisionera del temor reverencial que le inspira el famoso dogma de la irreformabilidad, reduce la posibilidad de que los esposos contraten entre sí a una pura especulación teórica (140). Las consecuencias de este modo de pensar son más graves de lo que a primera vista se aprecia. Hacen imposible (jurídicamente, se entiende) todo intento de colaboración entre marido y mujer, establecido sobre bases serias, y que se proyecte más allá de la pura esfera de las relaciones domésticas. Pensemos, por ejemplo, en el tema, todavía polémico, de las sociedades entre cónyuges, que aún no han podido vencer la tenaz resistencia que la Jurisprudencia le ofrece. Se generaliza así una prohibición que sólo está prevista (art. 1.676 del Código civil) para la sociedad universal. Parece como si fuera cosa obligada presumir que los cónyuges que se proponen contratar se hallan inspirados por un espíritu maligno que les sugiere toda clase de maquinaciones fraudulentas. Esta gratuita presunción de fraude frustra prácticamente el desarrollo normal de cualquier tipo de relación contractual entre esposos y les obliga a cobijarse bajo estructuras formal-

(139) Distinto tratamiento merece el acuerdo dirigido exclusivamente a mudar el régimen administrativo de ciertos bienes comunes. Tampoco en este caso hay, rigurosamente hablando, modificación del estatuto económico de la sociedad conyugal, pero éste resulta inaplicable sin razón alguna que lo justifique.

(140) Así lo reconoce, al fin, la Resolución de 16 de marzo de 1959.

mente irregulares que a la postre descansan sobre alguno de estos dos inaceptables supuestos: o la mujer actúa equivocada creyéndose erróneamente protagonista del contrato que celebra con su marido, o se conforma resignadamente con el papel de puro comparsa.

El artículo 1.676, que acabo de citar, prueba hasta qué punto este inadmisibles resultado se debe a que la Jurisprudencia y, en parte, la doctrina, han ido, en esta cuestión, muchos más lejos que el propio legislador. En efecto, del artículo 1.676 resulta que la única sociedad que los esposos no pueden celebrar entre sí es la que tenga por objeto todos los bienes presentes o todas las ganancias. Luego está claro (recordemos que ninguna prohibición debe interpretarse extensivamente) que permite las sociedades entre cónyuges, siempre que la aportación no tenga la generalidad y amplitud que señalan los artículos 1.672 a 1.675 del C. c. Por tanto la sociedad que se concrete a la puesta en común de ciertos bienes de los cónyuges está permitida, aunque esto lleve consigo que tales bienes queden sujetos a un régimen jurídico (no sólo en cuanto a su administración), peculiar y distinto al que antes estaban sometidos. Esta posibilidad presupone, en consecuencia, que el Código no ve aquí una modificación prohibida del estatuto económico de la sociedad conyugal y confirma, según creo, el criterio que, con relación a este y otros supuestos, estoy defendiendo (141).

(141) Respecto de las sociedades entre cónyuges cfr., particularmente, las Resoluciones de 9 de marzo de 1943 y 16 de marzo de 1959. Esta Resolución está a punto de admitir una sociedad de responsabilidad limitada entre marido y mujer, pero a última hora vacila y retrocede. La Dirección no dice que los cónyuges no puedan celebrar entre sí el contrato de sociedad ni tampoco que con él se altere el régimen de bienes del matrimonio, lo que ya constituye un progreso, pero como, sin duda, el negocio no acaba de gustarle (el capital social se constituyó exclusivamente con bienes gananciales), rechaza su inscripción con el pretexto de que posiblemente nos hallemos ante un caso prohibido de autocontratación, y sobre todo, por temor de que se cree "un patrimonio separado del propio ganancial y se atente al principio general de responsabilidad establecido por el artículo 1.911 del C. c.". No me parecen convincentes estas razones. Por lo que afecta al autocontrato, como apunta acertadamente CÁNOVAS COUTIÑO (al comentar la Resolución en la R. C. D. I., 1959, pág. 533), aparece tan desvaído y alejado que la propia Dirección no se decide a aceptar rotundamente la objeción que en este sentido había formulado el Registrador. Efectivamente, no se ve el autocontrato por ninguna parte. Que la aportación a la sociedad descansa, en última instancia, en la voluntad del marido, porque al ser gananciales los bienes aportados, tanto por el marido como por la mujer, la disposición parte del esposo (directamente respecto de los primeros e indirectamente respecto de los segundos); no tiene nada que ver con el hecho insoslayable de que la constitución de una sociedad es algo más que una pura aportación de bienes. Hay, además, la fijación del fin de la sociedad (al que, en definitiva, quedan adscritos aquellos bienes) y la articulación de las normas que han de regir su vida corporativa y que determinan los derechos y obligaciones de los socios. Todo esto (nada menos) es objeto del contrato de sociedad, y, naturalmente, no lo establece unilateralmente el marido, sino que lo conviene a través de un contrato que celebra precisamente con su mujer. La mujer necesita licencia del marido (que éste concede tácitamente al brindarse a contratar con ella) para constituir la sociedad, pero el necesario cumpli-

Después de esta disgresión, quizá demasiado larga pero necesaria, fijemos de nuevo la mirada sobre el supuesto especial que había despertado nuestra atención. Se trata, como recordará el lector, de afectar determinados bienes gananciales al pago de la pensión alimenticia que con ocasión de separarse promete el marido satisfacer a la mujer. Esta afección consiste en conceder a la esposa la facultad de percibir directamente los rendimientos que aquéllos bienes

miento de este requisito no le obliga a ceptar el papel de fundadora contra su voluntad, que en todo caso debe existir y manifestarse para que la sociedad quede constituida. El marido no contrata en su propio nombre y en el de su mujer, ni actúa simultáneamente en representación de la sociedad de gananciales (que carece de personalidad jurídica) y de la sociedad en trance de constitución, ni, finalmente, y esto es lo importante, vincula los bienes aportados como consecuencia de un acto unilateral. No hay, pues, autocontrato.

Donde la argumentación del Registrador cobra mayor envergadura es al destacar el riesgo de que la mujer, en el ejercicio de sus derechos sociales, quede por completo sometida a la autoridad y control de su marido. De aquí se seguiría más que la incidencia en la figura del autocontrato, la inutilidad de la sociedad pactada entre cónyuges y, consecuentemente, la dudosa licitud de la figura, especialmente en presencia de tipos sociales que excluyen la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales. En el caso que motivó el recurso, el marido se encontraba en situación de privilegio por cuanto que su aportación era cuantitativamente muy superior a la de su esposa, en términos tales que era prácticamente el dueño y señor de la sociedad. Pero esto, evidentemente no es un problema específico de las sociedades entre esposos, ni, por tanto, una razón para oponerse a la posible validez de las mismas. Lo que tiene más envidia es decidir, si para ejercitar los derechos inherentes a sus participaciones sociales, la mujer necesita o no el consentimiento del marido, por ser aquellas participaciones bienes gananciales. El Registrador, en su informe, alude al problema de la eventual enajenación de las participaciones de la mujer y recuerda la doctrina de la Resolución de 9 de marzo de 1943, a tenor de la cual la esposa, por estar sometida a la potestad del marido, no puede desenvolver libremente su actividad social. A mi entender, estos obstáculos no son tampoco decisivos. Puesto que la Ley autoriza la sociedad entre esposos es porque acepta que una vez constituida la sociedad, y por lo que respecta al ejercicio de los derechos sociales, ambos cónyuges quedan situados en una posición parigual. De lo contrario habría que entender que el legislador ha jugado al equívoco y escamotea a la mujer con una mano las posibilidades que le ofrece con la otra. La solución no cambia aunque las participaciones que legitiman a la mujer para ejercitar sus derechos sean bienes gananciales. Se dirá que estamos consagrando entonces una modificación del régimen económico de la sociedad conyugal. Pero si llevamos las cosas por este camino, tendremos que concluir, en buena lógica, que toda sociedad pactada entre marido y mujer altera el sistema económico conyugal cualquiera que este sistema sea. Imaginemos que la sociedad se constituye por un matrimonio casado bajo el sistema de separación absoluta de bienes. La constitución de la sociedad somete los bienes aportados por cada cónyuge a un mecanismo administrativo específico y determina, además, la comunicación de las ganancias que se obtengan merced a ellos. No se alegue para desvirtuar esta realidad que la sociedad constituida goza de personalidad distinta e independiente de la de cada uno de los socios. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles (sobre todo si se trata de sociedades de fondo personalista) no es más que un resorte técnico que se propone dotar de autonomía (absoluta o relativa) al patrimonio social, así como simplificar las relaciones con terceros. Entre los socios existe una situación de comunidad (distinta, desde luego, de la comunidad romana) en lo que respecta a la pertenencia sustantiva o material de los

produzcan (lo que se consigue por medio de un poder, para mí irrevocable, en los términos y con el alcance que después veremos) y en arbitrar los medios para impedir que el marido, sin el consentimiento de la mujer, pueda disponer, por sí y ante sí, de tales bienes.. Esta última garantía, si los bienes afectados son inmuebles, no requiere hoy la adopción de ninguna medida especial, por cuanto que el reformado artículo 1.413 del C. c. exige, en todo caso, el consen-

bienes sociales, que sólo formalmente son de un nuevo sujeto, y existe a pesar de que, en ocasiones, los derechos sobre el patrimonio común vengan incorporados a títulos o participaciones tratados como un nuevo objeto jurídico. En último término, es indudable que aunque sea a través de la personalidad jurídica reconocida al ente social, se cambia sustancialmente el régimen jurídico de los bienes concretos que los cónyuges han aportado al acervo común. Por tanto, contra la viabilidad de sociedades entre esposos no se puede aducir en ningún caso que a través de ellas se produce una alteración del estatuto económico del matrimonio, pues este argumento, de ser válido, se opondría siempre a que marido y mujer pudieran celebrar entre sí el contrato de sociedad. Planteadas las cosas de este modo, volvemos a entrar en el círculo vicioso: la Ley permite, de un lado, las sociedades entre cónyuges, y de otro, las hace imposibles. Para salir de este atolladero lógico sólo hay un medio: entender que el Código, al autorizar esas sociedades, lo hace con todas sus consecuencias, lo que presupone que el legislador no estima que por virtud de las mismas se opere una modificación prohibida del sistema económico conyugal.

Por lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada, existe el problema específico que suscita la eventual transmisión de las participaciones sociales adjudicadas a la mujer. ¿Puede ésta sin consentimiento del marido enajenar dichas participaciones? A mi juicio, la respuesta debe ser negativa. La seriedad del contrato celebrado entre marido y mujer impide, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.256 del C. c., que su cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes (el marido), pero salvado este principio no hay razón para que los bienes adquiridos a cambio de la aportación (es decir, las participaciones sociales) no se rijan por las normas que regulan genéricamente la economía del matrimonio. La mujer debe ser equiparada al marido en el ejercicio de los derechos que le corresponden *dentro* de la sociedad, pero esto no se opone a que si las participaciones que ostenta son gananciales su enajenación no tenga que atenerse a los preceptos que disciplinan su transferencia. Con ello no se conculca el artículo 20 de la L. S. R. L., que declara nulos los pactos que prohíban totalmente la transmisión de participaciones sociales, pues es evidente que la imposibilidad de que la mujer disponga de las suyas sin consentimiento del marido, no deriva de ningún pacto o estipulación contractual ni es una circunstancia que objetivamente afecte a la participación. Las sociedades anónimas constituidas entre marido, mujer y otras personas se aceptan sin empacho a pesar de que, por lo que toca a las acciones suscritas por la esposa, tropecemos con el mismo problema. En cambio no parece que el marido, en función de las facultades que le concede el artículo 1.413, y, al amparo de la presunción del artículo 1.407, pueda disponer a su arbitrio, sin contar con su mujer, de las participaciones sociales adjudicadas a ésta. Permitir tal disposición sería tanto como autorizarle para despojar a su consorte de la condición de socio, que él mismo le ha reconocido, con vulneración indirecta, pero clara, de lo establecido por el artículo 1.256, que antes hemos invocado.

Veamos ahora si es cierto que una sociedad de responsabilidad limitada pactada entre cónyuges y constituida exclusivamente con bienes gananciales conculca el principio general establecido por el artículo 1.911 del C. c. Para encarar adecuadamente la cuestión hay que tomar este punto de partida: La limitación de responsabilidad es un beneficio que se puede alcanzar de modo indirecto a través de la constitución de una sociedad anónima o de responsa-

timiento uxorio para esta clase de disposiciones. Para los bienes muebles, y en particular, para los títulos valores, su depósito a nombre de la mujer puede constituir una medida suficientemente eficaz.

Perfilado el supuesto cumple que comprobemos, en primer lugar, si con él se consuma una modificación prohibida de la sociedad de gananciales. De cuanto llevo dicho hasta aquí, no es difícil predecir cuál ha de ser mi dictamen. De una parte el destino a que quedan

bilidad limitada, por cuanto que la Ley, al llevar en estas sociedades la concesión de personalidad jurídica hasta sus últimas consecuencias, sólo declara responsable, por razón de las obligaciones contraídas en el ejercicio de las actividades sociales, el patrimonio de la sociedad. Para eliminar el riesgo que comporta la responsabilidad ilimitada, es necesario, pero al mismo tiempo suficiente, constituir, de forma regular y completa, una sociedad limitada o una anónima. Por consiguiente, cuando se afirma que los esposos no pueden celebrar entre sí una sociedad de responsabilidad limitada a base de aportar a ella exclusivamente bienes gananciales, porque con ello se atenta al principio de responsabilidad patrimonial universal, se está prejuzgando la solución del problema. Lo que hace falta saber es si dicha sociedad puede cumplir o no todos y cada uno de los requisitos a que la Ley subordina su válida constitución. El primero y más importante de esos requisitos, desde el punto de vista que aquí nos interesa, es que haya efectivamente sociedad. Es decir, que no se monte una mera apariencia societaria para encubrir bajo estructuras puramente formales el objetivo que realmente se busca, a saber: la limitación de responsabilidad. La sociedad exige conceptualmente que dos o más personas aporten dinero, bienes o industria (según la dicción del artículo 1.665 del C. c.) para alcanzar un fin común. Se requiere, pues, una pluralidad (o dualidad) de personas, y, paralelamente, una pluralidad de aportaciones. Pero esta última exigencia también se cumple, a mi juicio, cuando los socios aportan a la sociedad unos bienes que previamente les pertenecen en común (cualquiera que sea el tipo de comunidad que medie entre ellos). La sociedad queda montada (seria y eficazmente montada) a través de la adscripción de los bienes comunes a un destino específico y distinto del que antes tenían. Así, pues, la sociedad concertada entre marido y mujer, aunque el patrimonio social se integre sólo con bienes gananciales, encaja también dentro de ese esquema mínimo y necesario. Lo importante es que exista realmente la "affectio societatis", que no se trate de una sociedad simulada con el exclusivo fin de ejercer el comercio o la industria, eludiendo la aplicación del artículo 1.911 del C. c. Es perfectamente imaginable una sociedad de responsabilidad limitada pactada entre cónyuges al amparo de una "affectio societatis" completamente veraz. Como es frecuente, por el contrario, que se constituyan entre extraños, sociedades anónimas que sólo se propongan limitar la responsabilidad del único y verdadero dueño del negocio. Por eso sorprende un tanto la tolerancia con que se contempla la sociedad anónima en tema de sociedades entre cónyuges. El Registrador, al defender la nota que dió lugar a la Resolución de 16 de marzo de 1959, nos dice que "sería lícita la constitución de una sociedad anónima entre un marido, su mujer y otras personas". Sin duda, deslumbra la especial estructura de la sociedad anónima, con olvido de que la misma puede prestarse igualmente a las temidas combinaciones fraudulentas. O quizá sea que los escúpulos se desvanezcan ante la obligada concurrencia de una tercera persona (cfr. art. 10 LSA). Porque tal vez la presencia del "tercer hombre" sirva para dar luz verde a las sociedades de responsabilidad limitada en que los otros dos fundadores sean el marido y la mujer, aunque de este modo se estimule el conocido truco del testaferro que circula como moneda corriente en la fundación de anónimas, sin que los otorgantes se preocupen poco ni mucho en disimular que el tercero en discordia concurre a los únicos efectos de llenar una formalidad.

adscritos los bienes objeto del convenio encaja perfectamente en una de las funciones que de modo general debe cumplir el patrimonio común (cfr. art. 1.408-5). De otra, no se modifica el estatuto económico de la sociedad conyugal, pues, el marido continúa siendo el administrador general de los gananciales. Únicamente quedan limitadas, no eliminadas, sus potestades sobre uno o más bienes previamente concretados, pero ello es simple consecuencia de un acuerdo que no se dirige primordialmente a conseguir este resultado, sino que persigue otra finalidad diferente y lícita: proveer al decoroso sustento de la mujer. La limitación es tan sólo el efecto secundario de un convenio válido que el marido ha celebrado con su mujer.

Acabo de decir que el convenio por el cual el marido (separado de hecho) se obliga a pagar a su mujer una pensión alimenticia es eficaz y válido, pero se me objetará que este punto es asimismo cuestionable, y que, por ello, la admisibilidad de mi tesis depende en gran medida de que previamente quede despejada esta incógnita. Porque también la Jurisprudencia se ha mostrado, en ciertos casos, hostil a estos pactos sobre los que igualmente proyecta su sombra el dogma de la inmutabilidad del régimen conyugal (142). A mi entender, el problema, que desde luego existe, debe ser llevado a otro terreno. No hay modificación prohibida del régimen conyugal porque, en principio, el derecho de la mujer separada de hecho a reclamar alimentos no nace del pacto o acuerdo entre los cónyuges sino de la Ley, es decir, del artículo 143 del C. c. (143). Lo que cabe discutir

(142) Cfr. en este sentido la S. de 19 de diciembre de 1932, de la que antes me he ocupado extensamente, y las Resoluciones de 30 de noviembre de 1917 y 1 de julio de 1943. La primera de estas dos Resoluciones se ocupó de una escritura de hipoteca constituida para garantizar el pago de una pensión vitalicia concedida por el marido a la mujer, de quien se hallaba separado de hecho según declaró en la escritura. La Dirección rechaza la inscripción y utiliza como argumento capital que el deber de vivir juntos impuesto por el artículo 56 es de orden público. El convenio que contempló la de 1 de julio de 1943 no consistía exactamente en concertar el pago de una pensión vitalicia, sino en el acuerdo, formalizado en acto de conciliación, de satisfacer el marido a la mujer (separada de hecho), en dos mensualidades, la suma de mil pesetas. La Resolución esgrime contra la validez del convenio, entre otros argumentos, la prohibición de alterar, después de celebrado el matrimonio, el régimen económico familiar. Conviene advertir que esta Resolución deniega la inscripción de la escritura de venta otorgada por el Juez al llevar adelante la ejecución que autoriza el artículo 476 de la LEC. En realidad, pues, el problema que se le planteaba al Centro directivo tenía su vertiente principal orientada hacia el Derecho procesal, y, desde este punto de vista, su pronunciamiento es muy discutible, sobre todo si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo, bien que con referencia al juicio ejecutivo, ha declarado que la aplicación del artículo 1.479 y consiguiente nulidad de la sentencia de remate, obtenida en el declarativo interpuesto para pedir la nulidad de la obligación reclamada, no priva a las enajenaciones realizadas, en el procedimiento de apremio subsiguiente, de su estabilidad y firmeza. Cfr. SS. de 14 de abril de 1958 y 15 de octubre de 1907.

(143) La Jurisprudencia, después de algunas vacilaciones, concede alimentos a la mujer separada de hecho de su marido. Cfr. SS. de 16 de octubre de 1903, recogida por la de 17 de febrero de 1942; 28 de junio y 21 de diciembre de 1951 y 21 de diciembre de 1953. La doctrina de estas sentencias permite,

es si ese derecho puede quedar fijado o concretado a través de un pacto ya que el artículo 146 C. c. establece que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, el 149 dispone que el obligado a dar los alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos pagando la pensión que se le fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa a quien tiene derecho a ellos, y, finalmente, el artículo 1.814 prohíbe la transacción sobre los alimentos futuros.

En mi opinión, desde luego, el obstáculo que representan los preceptos citados no es, ni mucho menos, insalvable. El artículo 146 no se opone a que el alimentante y alimentista fijen a "priori" la cuantía de la pensión. Lo que impide, a mi juicio, es que con el pacto se pretenda cerrar la puerta a la revisión judicial. Es decir, en nuestro caso, y no obstante el pacto, la mujer podrá pedir que la pensión convenida se eleve si sus necesidades son mayores o han aumentado, y el marido podrá solicitar que se disminuya en caso de que aquella sea excesiva o sus recursos económicos desciendan. Análogo significado hay que dar, a mi juicio, a la prohibición de transigir sobre los alimentos futuros. El convenio que los fije no puede impedir el juicio dirigido a revisarlos, y no es apto, por tanto, para surtir los efectos propios y característicos de la transacción que, como antes hemos visto, consisten precisamente en hacer imposible el planteamiento judicial de una contienda. Por consiguiente, sólo si el pacto pretende obtener este resultado su eficacia debe quedar excluida (144). Pero estas obligadas premisas no postulan necesi-

a mi juicio, invalidar el argumento esgrimido por los fallos citados en la nota anterior, en cuanto que fundan la nulidad del pacto de prestar alimentos en la infracción del artículo 56 del C. c. Una de dos, o la separación de hecho es una situación de tal irregularidad que no puede amparar el ejercicio de ninguno de los derechos dimanantes del estado conyugal, incluido el de pedir alimentos, en tanto no se normalice, o de lo contrario hay que convenir que el incumplimiento de aquel precepto no tiene por qué determinar la nulidad del acuerdo dirigido a reconocer y fijar la pensión alimenticia. El derecho alimenticio de la mujer cobra precisamente sustantividad y autonomía en presencia de situaciones de separación, pues cuando las relaciones conyugales discurren normalmente se satisface natural y espontáneamente a través de la vida común. Por consiguiente, mientras la comunidad de vida se mantenga, cualquier acuerdo referente a la asignación de una cantidad para gastos de la mujer no pasa de ser una simple medida de orden doméstico interno que no compromete las facultades del jefe de la familia.

(144) En rigor, yo creo que la transacción en que está pensando el artículo 1.814, al prohibir la que verse sobre alimentos futuros, es la que estriba en renunciar al derecho alimenticio mediante el pago de una contraprestación, lo que enlaza el precepto con el artículo 151. Como dice MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XXVIII, edición de 1953, revisada por EUGENIO VÁZQUEZ GUNDFÍN, pág. 348) siguiendo a PLANIOL y RIPERT: "los créditos alimenticios son indudablemente inalienables, pero, por otra parte, en tanto la pensión no ha sido fijada judicialmente, están afectadas por una evidente indeterminación con referencia a su cuantía. Esa indeterminación es tal que las cifras y sus modalidades pueden fijarse judicialmente tan sólo después de debatirlas los interesados; debates que evitan un pleito y han de considerarse como transacciones. Tal transacción no es propiamente

riamente, claro está, la total inocuidad jurídica del convenio dirigido a establecer la pensión. Es absurdo que los cónyuges tengan que acudir a un pleito para señalar, siquiera sea provisionalmente, el montante de aquélla si están de acuerdo sobre este punto. Para evitar este inaceptable resultado, fuerza es reconocer un cierto valor jurídico a la fijación convencional de la pensión. Consecuentemente, estimo que el pacto es, "prima facie", válido, en tanto no se alegue y demuestre en el juicio correspondiente que procede su revisión. No se me alcanzan las razones por las cuales el acuerdo de las partes, sobre todo si se ha formalizado en escritura pública, no ha de surtir efectos similares al de la sentencia dictada en el juicio de alimentos provisionales. Las pensiones ya devengadas serán exigibles, incluso por vía ejecutiva, y aunque después se reduzcan judicialmente no podrá repetirse la diferencia en cuanto a lo ya satisfecho (145).

nula, y sería inadmisibles que los próximos parientes no pudieran llegar a un acuerdo válido acerca de la cuantía de los alimentos que uno de ellos ha de pagar al otro y tuvieran, por tanto, que acudir a un pleito irremediablemente. Pues bien, no es nula, pero puede ser controlada en todo caso por los tribunales". Hago mios íntegramente estos argumentos clarísimos, que justifican a la perfección la tesis que defiendo en el texto. Discrepo, tan sólo, en que se califique de "transacción" el convenio dirigido a fijar la pensión alimenticia. Sólo hay transacción, insisto en ello, cuando hay litigio (actual o potencial) que quiere zanjarse para eliminar la intervención de la jurisdicción ordinaria. No es cosa obligada que los cónyuges discutan a la hora de fijar los alimentos, pues pueden llegar a un acuerdo sin que previamente haya existido divergencia (o, al menos, divergencia grave), y, por otra parte, en tanto no declaren terminantemente que zanja por el acuerdo la posible controversia, dando así carácter transaccional al convenio, no habrá verdadera transacción. Y aunque la haya, el artículo 1.814 tampoco postula la nulidad total y absoluta del convenio, sino solamente la imposibilidad de que con él se obtenga el típico efecto transaccional. Añadiré que yo no veo claro que el juicio ya entablado sobre la cuantía de los alimentos no pueda cortarse mediante una transacción. Ciertamente, esta transacción (verdadera transacción) no puede crear una situación irreversible, pero lo mismo ocurre a la sentencia que ponga fin al proceso si se quiere dar cabal cumplimiento a lo que el artículo 146 dispone. Aunque el juicio definitivo sobre alimentos haya quedado fallado, siempre podrá el alimentante plantear otro para demostrar que han desaparecido las necesidades del alimentista o que sus propios recursos económicos han disminuido sustancialmente en relación a los que sirvieron de base en su día para fijar la pensión. Por eso dije antes que para mí la única transacción que está claramente prohibida por el artículo 1.814 es la que comporta la renuncia al derecho alimenticio mediante el pago de una contrapartida.

(145) Cfr. artículo 1.616 de la LEC. La ejecución sólo es posible por lo que respecta a las pensiones ya devengadas. No cabe el embargo por razón de las pensiones futuras ni siquiera aunque el importe de la pensión haya sido determinado en el juicio definitivo. Así lo establece la Sentencia de 26 de enero de 1951. La solución es lógica puesto que las pensiones futuras pueden ser revisadas en el caso que cambien las circunstancias del alimentante o del alimentista. Por análogas razones resulta difícilmente admisible la constitución de hipoteca para garantizar el pago de las pensiones en que se haya concretado una deuda alimenticia legal. La hipoteca constituida en garantía de rentas o pensiones periódicas (única modalidad hipotecaria aplicable a este supuesto) sujeta indefinidamente "inter partes" los bienes hipotecados al pago de unas pensiones previamente determinadas, y esto se compadece mal con la duración.

Más delicada es la interferencia del artículo 149. Como este artículo concede al alimentante (es decir al marido en nuestro caso) el derecho a prestar los alimentos en su propio domicilio la confrontación del precepto con la separación de hecho nos enfrenta con un problema de evidente envergadura para nosotros cuya solución requiere discriminar toda una gama de situaciones y posibilidades diversas. Comenzaré por reiterar (ver sobre esta cuestión lo dicho más atrás) que la separación de hecho no suprime el derecho de cada cónyuge a exigir el retorno a la vida en común. El marido, pues, puede indiscutiblemente ejercitar ese derecho y en tal caso las actitudes posibles de la mujer se reducen a tres: acceder a las exigencias de su esposo, plantear la separación judicial, o negarse, pura y simplemente, a reanudar la convivencia. En el primer caso se restablece, aunque sólo sea en lo puramente externo y material, la comunidad de vida, y consecuentemente todos los pactos y convenios estipulados en función de la separación de hecho quedan sin efecto. En la segunda hipótesis, es decir si la mujer opta por plantear la separación judicial, entran en juego los artículos 67 y 68 del Código civil, y por consiguiente, la pensión alimenticia que se debe pasar a la mujer será la que fije el Juez, pero éste, nada, lo impide, puede ratificar con su superior autoridad la cuantía de la previamente pactada por los esposos, e incluso sancionar los acuerdos encaminados a asegurar el pago. Entra en el ámbito de las facultades reservadas a la autoridad judicial, recordémoslo, conferir a la mujer, atendidas las circunstancias del caso, "la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos". Es decir, el convenio que nos ocupa, iniciada la separación judicial, queda sin efecto, pero podrá ser, de hecho, con-

incierto y la cuantía fluctuante de la obligación alimenticia. Si la finca pasara a un tercero por enajenación voluntaria o forzosa (en virtud de ejecución, por ejemplo, para el cobro de pensiones atrasadas) la situación sería todavía más irregular. En virtud de lo dispuesto por el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, el tercer adquirente sería responsable del pago de unas pensiones que son legalmente de cuenta exclusiva del alimentante. En caso de adquisición determinada por la ejecución promovida para el cobro de pensiones atrasadas (y también en el supuesto de enajenación voluntaria si se acepta sobre esta cuestión la opinión afirmativa de algunos hipotecaristas), el adquirente, además, resultaría subrogado en la obligación personal, con lo cual el alimentante quedaría liberado y fuera de la relación alimenticia, y es evidente que bajo ningún pretexto puede aceptarse tan anómalo resultado. La ejecución instada en virtud de escritura pública para hacer efectivas pensiones atrasadas no ofrece ninguno de estos inconvenientes, y por eso yo pienso que no debe haber reparo en despacharla. La validez de la escritura y la procedencia, en su caso, de modificar la pensión no son cosas que puedan discutirse en el juicio ejecutivo ni siquiera al amparo del artículo 1.467-1.º de la LEC, salvo que aquélla haya sido declarada ineficaz en el juicio declarativo correspondiente.

En cuanto a la imposibilidad de conceder efecto retroactivo a la sentencia dictada en juicio definitivo que rectifique la pensión señalada en el provisional, cfr. SS. de 18 de abril de 1913, 14 de diciembre de 1945 y 7 de febrero de 1946. Por lo demás, parece que, acordado el pago de una pensión, debería ser imposible promover el juicio de alimentos provisionales. Salvo que se inste la separación judicial, pues en esta hipótesis el convenio queda de suyo revocado.

validado por el Juez. Supongamos, por último, que la mujer: sin acudir a los Tribunales, se niega a reanudar la vida conyugal. Se expone con ello, de un lado, a que el marido, en la medida en que ésto sea posible, actúe coactivamente su derecho, de otro, a todas las consecuencias desfavorables que puede acarrearle, en un futuro proceso de separación, su resistencia a cumplir el deber que le reclama su esposo. Se arriesga, igualmente, a que el marido considere, con fundamento a mi juicio, que han quedado revocados todos los acuerdos celebrados al tiempo de separarse, pues dichos acuerdos tienen como obligado presupuesto, ya que el deber de convivencia no puede ser eliminado por pacto, que ambos esposos perseveren en su voluntad de vivir separados.

Sin embargo, una cosa es que el marido ejercite, incluso extrajudicialmente, su derecho a exigir que la vida en común se restrablezca y otra muy diferente, que aparente ejercitarlo sin verdadero propósito de unirse a su mujer, con el exclusivo objeto de apartarse y desdarse de lo prometido (146). O que las circunstancias del caso sean tales que resulte peligroso o inmoral imponer a la mujer la convivencia, especialmente si el marido en lugar de ejercitar una acción directamente encaminada a conseguirla se limita a invocar su derecho en un proceso incoado con la única finalidad de discutir la validez y eficacia de lo acordado al tiempo de llevarse a cabo la separación. Ciertamente el Juez no puede declarar en un proceso ordinario el derecho de la mujer a no vivir con su marido, pues semejante declaración sólo cabe dentro del proceso especial de separación para conocer del cual, si se trata de matrimonio canónico, es únicamente competente la Jurisdicción Eclesiástica. Pero sí puede apreciar, a mi juicio, la mala fe del marido, o los obstáculos de todo orden que se opongan a una convivencia razonable, a los únicos y exclusivos efectos de mantener las obligaciones legales o convencionales, que sobre aquél pesan y de las que quiere desligarse por el cómodo expediente de recabar la restauración de la vida en común, que él tampoco quiere, y a sabiendas de que es prácticamente imposible o muy difícil volver a ella. El Tribunal Supremo, en una sentencia que merece todos los elogios, niega al marido la opción del artículo 149 y acepta las razones fundadísimas que la mujer, separada de hecho, aduce para rechazar la convivencia que se le propone (147).

(146) Como fue, al parecer, lo que sucedió en el caso contemplado por la Sentencia de 19 de diciembre de 1932.

(147) Cfr. S. de 21 de diciembre de 1953. Anteriormente habían accedido a la opción las SS. de 3 de noviembre de 1905 y de 17 de noviembre de 1916. La que ahora comentamos consideró un supuesto en que el marido, que vivía en casa de su hermana, quiso acogerse al artículo 149. El hecho de carecer el marido de domicilio propio es aprovechado por el Supremo para invocar el tenor literal del precepto que concede al alimentante la facultad de satisfacer los alimentos en "su propia casa". Pero fácilmente se advierte que si la sentencia se apoya en la letra del artículo 149 es porque considera aquella circunstancia como una razón de orden moral que se opone al ejercicio de la opción, doctrina que la Jurisprudencia había aplicado con alguna reiteración bien que referida a otros supuestos. El consi-

En resumen, pues, los pactos o acuerdos que se proponen garantizar, en la forma antes expuesta, el pago de una pensión alimenticia, aunque interfieran de algún modo las facultades administrativas del marido sobre bienes gananciales determinados, son, a mi entender, válidos y vinculantes, y, en la misma medida en que lo son, debe admitirse la irrevocabilidad del poder otorgado para ejecutarlos. La irrevocabilidad no llega a ser absoluta porque tampoco es absolutamente irreversible el convenio básico, que pierde su eficacia, según hemos visto, si cesa la separación de hecho o si el marido se opone a que la separación continúe mediante el ejercicio directo y veraz del derecho que en este sentido le corresponde. La declaración judicial que declare excesiva o improcedente la pensión pactada lleva consigo, igualmente, la ineficacia del convenio.

derando cuarto de la sentencia invoca aquella doctrina y dice que "tiene declarado esta Sala, en SS. de 5 de julio de 1901 y 25 de noviembre de 1919, que el derecho de opción que el artículo 149 citado concede no es absoluto e inflexible, sino que se halla subordinado a la condición de que no haya estorbo alguno ni legal ni moral para que el alimentista se traslade a la casa del alimentante". En cuanto a la interdependencia entre el derecho de opción y el que asiste al marido en términos generales para exigir la reanudación de la vida común, la sentencia, después de reconocer que el fundamento de la petición de alimentos y su concesión por el tribunal "a quo" es la separación de hecho en que viven los cónyuges, agrega que "someter a la esposa demandante a la autoridad inmediata y continuada del marido sería algo más que resolver una petición de auxilios materiales, pues se resolvería una cuestión de fondo moral, como es la convivencia entre los cónyuges, y la situación anómala determinada por desarmonías o desavenencias conyugales, cuestión que podría encajar, tal vez, en el artículo 56 del propio Código, pero que rebasa el ámbito y la finalidad del artículo 149, y cuya solución, en el sentido que el recurrente pretende, podría producir a la demandante una situación incómoda y en cierto modo violenta, que le haría amargos los alimentos recibidos si acaso éstos no eran prestados con los sentimientos de cordialidad y afección que los antecedentes no garantizan plenamente, o con una insuficiencia que sería tan real como difícilmente comprobable". En cambio, el Tribunal Supremo aún no ha llegado a proclamar la validez de un pacto tendente a fijar la pensión. Conviene, no obstante llamar la atención sobre la S. de 21 de diciembre de 1951, cuyos antecedentes son éstos: al separarse de hecho los cónyuges se convino el pago de una pensión alimenticia por parte del marido y en beneficio de la mujer. Posteriormente la pensión experimentó varios aumentos hasta que el marido se negó a seguir subiendo. La demanda de la mujer es estimada en parte, y el recurso se rechaza pese a que el marido fundamenta el recurso, entre otros motivos, en la infracción del artículo 56 y la consiguiente nulidad del pacto. La sentencia se ampara en el formalismo de la casación, que impide el planteamiento de cuestiones nuevas, y como el problema de la validez del acuerdo no se examinó en primera instancia, rehuye ocuparse del particular. Sin duda, no cabe obtener de este fallo consecuencias favorables para la tesis que defiendo, pero no deja de ser significativo que ni siquiera de pasada se aluda a la nulidad, a pesar de que esta declaración hubiera, a la postre, resultado intrascendente para el resultado del pleito, pues en rigor la acción de la mujer no se fundaba en el convenio.

b'') *Medios técnicos para transferir a la mujer todo o parte de la administración del patrimonio común.*

Pasemos ahora a examinar el otro problema que antes anunciaba. Decía que para transferir a la mujer la administración de todos los gananciales, o de parte de ellos, es necesario que el marido delegue en ella sus facultades de administrador y representante de la sociedad conyugal. Nos hemos ocupado hasta ahora de la revocabilidad o irrevocabilidad de la delegación pero queda aún por tocar el tema de la forma de instrumentarla. La cuestión parece, a primera vista, de una gran simplicidad: la mujer queda legitimada para administrar, enajenar y obligar los bienes gananciales si el marido otorga a su favor un poder de representación. La eficacia, y por supuesto, la licitud de este medio de legitimación es tan indiscutible como evidente, pero, al mismo tiempo, plantea una cuestión que es necesario resolver. ¿El poder otorgado por el marido para que la mujer *actúe en su nombre* (de no ser así no estamos ante un poder de representación propiamente dicho) compromete también la responsabilidad de los bienes propios del marido a las resultas de los actos ejecutados al ejercerlo? La formulación de la pregunta nos descubre de inmediato que el problema tiene diferente alcance según que el poder se haya conferido para enajenar los bienes gananciales o para obligarlos. En el primer caso, está claro que el poder constreñido a la enajenación de éste o de aquél bien ganancial, o de todos los bienes que componen el activo del patrimonio común, no faculta a la mujer para disponer de los bienes propios del marido. En el segundo, por el contrario, la contestación no es tan sencilla, lo que al tiempo de asesorar a unos cónyuges que pacíficamente quieran separarse nos puede colocar frente a una situación espinosa y difícil. Porque cabe que a un marido no le importe que su mujer comprometa y obligue los bienes gananciales (todos o algunos) pero que, en cambio, no esté dispuesto a admitir, bajo ningún concepto, que haga lo mismo con los suyos.

Para desbrozar el camino conviene, ante todo, dejar sentada esta afirmación: el marido responde con su propio patrimonio de las obligaciones que asuma en su calidad de administrador de la sociedad de gananciales. Generalmente el marido no actúa específicamente con este carácter o condición, sino simplemente en nombre propio, y en tal evento es incuestionable que en virtud del artículo 1.911 del Código civil responde de las obligaciones contraídas con todos sus bienes (privativos) presentes y futuros, sin perjuicio de la responsabilidad que además alcanza a los gananciales. Pero aunque quiera actuar como administrador de la sociedad legal no por eso consigue liberar su propio patrimonio de las responsabilidades que dimanen de las obligaciones que contraiga. Esta regla no está expresamente formulada por el Código civil, pero no es difícil inducirla de su articulado. En primer lugar, es sumamente dudoso que el marido pueda contratar exclusivamente en nombre de la sociedad de gananciales, supuesto que la misma, según ha proclamado reiteradamente la Juris-

prudencia, carece de personalidad jurídica. En segundo término, no es justo que el marido sustraiga su patrimonio a las responsabilidades provenientes de las obligaciones por él contraídas bajo el pretexto de que actúa como administrador de la sociedad de gananciales siendo así que el patrimonio común responde de todas sus obligaciones, incluso, como hemos visto, de las que haya asumido únicamente en su propio y exclusivo interés. Finalmente los artículos 1.422 y 1.423 presuponen esa responsabilidad al disponer que en la liquidación de la sociedad de gananciales se pagarán, después de devolver la dote y los parafernales de la mujer, las cargas y obligaciones de la sociedad, y sólo después y con el remanente será satisfecho el capital del marido. No resulta posible, pues, dividir las obligaciones del marido en dos categorías, según que hayan sido contraídas en su exclusivo interés o en el de la sociedad de gananciales para correlativamente escindir las responsabilidades entre su patrimonio y el patrimonio común. Consecuentemente cuando la mujer obre *en nombre y representación* de su esposo las obligaciones que asuma repercutirán no sólo sobre los bienes gananciales sino también sobre el patrimonio particular del marido poderdante.

Este resultado, altamente peligroso para los maridos con fortuna personal, puede, sin embargo, ser evitado arbitrando un distinto procedimiento de legitimación. Cuando la mujer actúa *en nombre propio* como órgano de gestión del patrimonio común obliga a éste y naturalmente obliga también sus propios bienes pero no compromete los que sean propiedad privativa de su esposo. El principio de que sólo resulta obligado quien es autor (por sí o por su representante) del acto que origina la obligación no tiene por qué ser ignorado en este caso. Así lo confirma el artículo 10 del Código de comercio. La mujer autorizada por su marido para ejercer el comercio obliga a las resultas de su actividad mercantil, además de sus propios bienes, los que "ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal" pero no los que pertenezcan al marido, salvo que la autorización los comprenda expresamente. La mujer casada comerciante, y precisamente por serlo (en otro caso será comerciante el marido), ejerce el comercio en nombre propio. Y por esta razón la Ley, con buen sentido, exime de responsabilidad los bienes propios del varón (148). La solución, a mi juicio, puede generalizarse para ser aplicada a todos los casos en que la mujer, legitimada para comprometer los bienes gananciales, actúe, sin embargo, en nombre propio (149).

La autorización para enajenar u obligar en nombre propio bie-

(148) BERGAMO, *Las responsabilidades patrimoniales derivadas del ejercicio del comercio por mujer casada*, en R. D. P., 1948, pág. 876.

(149) Se dirá que anteriormente he defendido que el artículo 10 del C. de Com. no podía aplicarse analógicamente. En realidad no he dicho tanto. He sostenido que la licencia general no faculta a la mujer para obligar los bienes gananciales. En este sentido, y sólo en éste, el artículo 10 del C. de Com. constituye una norma excepcional que sujeta a responsabilidad los gananciales, por ser también ganancial lo que la mujer gane al ejercer el comercio. Pero la irresponsabilidad personal del marido por la gestión mercantil de su mujer obedece a una "ratio"

nes y derechos total o parcialmente ajenos, es una figura jurídica doctrinalmente admitida y de la que se hace uso en la práctica, sobre todo en la práctica mercantil, con gran frecuencia (150). Su aplicación a una hipótesis como la nuestra, en que nos hallamos ante un patrimonio común despersonalizado, no tropieza, a mi modo de ver, con inconveniente alguno. Después de todo, el marido actúa normalmente en nombre propio aunque simultáneamente obre como administrador de la sociedad de gananciales. Parece pues, evidente la posibilidad de articular una actuación similar y paralela de la mujer que se da, desde luego, cuando por ministerio de la ley está facultada para obligar los gananciales (cfr. arts. 62 y 1.442 del C. c.) y que igualmente puede darse si su legitimación procede de la voluntad del marido. El artículo 1.416 del C. c. exige únicamente el *consentimiento* del marido para que la mujer pueda obligar los gananciales. Pero claro está que ese consentimiento no tiene por qué exteriorizarse necesariamente por medio de un poder de representación. El marido lo presta igualmente si accede a que su mujer administre "propio nomine" todo el patrimonio ganancial o una parte de él. Sólo es necesario, para no confundir el consentimiento con la licencia marital "sensu stricto", que la autorización se refiera claramente a los bienes gananciales (151). Por lo demás la diferencia entre el poder y la autorización tal como acabo de explicarla se refiere sólo a las consecuencias o efectos que se deducen del distinto modo de actuar la mujer. No obstante la delegación de facultades que la autorización comporta, el marido sigue siendo administrador de la sociedad de gananciales y, por consiguiente, puede ejercitar por sí las que ha conferido a su mujer. Lo mismo que acontece con el poder, la autorización es, en términos generales, revocable. En estas condiciones resulta evidente que, al igual que el poder, la autorización no presupone en modo alguno modificación del estatuto económico de la sociedad conyugal (152).

muy distinta que sí es claramente susceptible de aplicación analógica. Desde este punto de vista el artículo 10 no es un precepto excepcional, sino simple aplicación del principio que se recuerda en el texto.

(150) Por ejemplo, la venta de mercaderías que el comerciante, autorizado para vender, tiene en comisión o depósito.

(151) La actuación de la mujer en su propio nombre es pensable no sólo para negocios obligatorios, sino también para actos dispositivos, incluso sobre inmuebles. VON TUHR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, traducción española de RAVA, tomo II, vol. 1.º, pág. 244, indica que la autorización para disponer en nombre propio de bienes ajenos no es admisible cuando la enajenación debe indicar, dada la naturaleza de los bienes enajenados, la persona de su titular o propietario. Pero evidentemente este inconveniente no existe aquí, toda vez que la mujer es también dueña (condueña) de los gananciales. El artículo 10 del C. de Com. presupone que la mujer casada comerciante, si usa de las facultades dispositivas que le concede (puede no sólo obligar, sino también enajenar o hipotecar los bienes comunes), actúa en nombre propio.

(152) La autorización del marido para que su mujer ejerza el comercio es, desde luego, revocable en todo caso. No sólo porque el ejercicio del comercio implica actividad personal de la esposa, que el varón ha de consentir, sino porque, además, lleva consigo, según hemos visto, la posibilidad de que la mujer enajene y obligue los bienes comunes.

Mediante el empleo del expediente técnico que acabo de examinar se logra que los bienes propios del marido queden libres de responsabilidad por razón de las obligaciones que la mujer asuma. Pero esta solución no siempre resultará satisfactoria, pues el marido que estudia y discute los términos de una separación privada, no aceptará fácilmente que su mujer pueda exponer todo el patrimonio común al riesgo de una responsabilidad ilimitada. No se olvide que integran el haber ganancial los frutos, rentas e intereses que devenguen los bienes propios del marido, y también, por supuesto, los ingresos que obtenga en su oficio o profesión. Surge ante nosotros otro peliagudo problema nada fácil de resolver. Porque, y con esto llegamos al fondo de la cuestión, ¿es posible que el marido condicione su consentimiento (el del artículo 1.416) con el fin de limitar de algún modo la responsabilidad de los gananciales?

En línea de principio, el panorama legal, si apetece encontrar una respuesta afirmativa, no se puede presentar más sombrío. Según el artículo 1.408-1.º del C. c., la sociedad de gananciales responde de todas las deudas y obligaciones de la mujer en los casos "en que puede legalmente obligar a la sociedad". El artículo 10 del C. de c., del que he hecho mención hace poco y que contempla un supuesto concreto de responsabilidad de los gananciales derivada de actos de la mujer, se produce con igual generalidad, pues extiende aquélla a todos los bienes que componen la comunidad conyugal. Cualquier limitación o concreción de lo que estas normas establecen parece, a primera vista, chocar con el artículo 1.911 del C. c., que no admite, por ser indudablemente imperativo, más excepciones que las que estén expresamente reconocidas por la Ley. Veamos, no obstante, si esta dialéctica, pese a su aparente y formidable solidez, presenta alguna grieta o fisura. En particular voy a centrar mi atención sobre el artículo 10 del Código de comercio. El ejercicio del comercio por mujer casada es tema para nosotros del mayor relieve, ya que, con frecuencia, la mujer que se separa de hecho recurre a la actividad mercantil para resolver sus problemas económicos.

La doctrina española, por lo general, entiende, implícita o explícitamente, que el artículo 10 del Código de comercio es poco menos que de orden público, y no admite, por tanto, que el marido limite la responsabilidad establecida por aquella norma (153). Ni siquiera se acepta que la autorización del marido se concrete a un negocio determinado al cual se ciñan también las responsabilidades contraídas por la mujer. En nuestro derecho —se dice— no se admite la empresa mercantil individual con responsabilidad limitada. Todos los bienes de la mujer y todos los gananciales quedan solidariamente afectos a las resultas de los actos de la mujer, autorizada (de forma expresa o presunta) para ejercer el comercio, sin que al marido le sea dable salvar del riesgo más que sus propios bienes.

(153) En este sentido, BERGAMO, cit., pág 879. Diversamente, según el propio autor reconoce, la doctrina francesa e italiana dominante.

Sin perjuicio del respeto que me merece la indiscutible autoridad de los autores que así opinan, y aunque reconozco que dada la índole y naturaleza de los argumentos que manejan mis probabilidades de éxito son casi insignificantes, me atrevo, sin embargo, a decir que la tesis que sustentan me parece excesivamente rígida e inflexible. Creo que todo el que se pare un poco a meditar sobre el artículo 10 del C. de c. y sus posibles repercusiones, convendrá conmigo en que se trata de una norma particularmente peligrosa, sobre todo si se estima que su aplicación no admite ningún correctivo. El marido que autoriza a su cónyuge para que ejerza el comercio puede encontrarse, de la noche a la mañana, con que la mujer, excitada por el afán de lucro, ha comprometido e incluso enajenado (el artículo 10 le faculta también para disponer) todo el patrimonio ganancial. Se dirá que como la autorización es revocable el marido tiene el remedio en su mano y, por tanto, no debe quejarse si la aventura mercantil de su mujer llega demasiado lejos. Me temo que la validez de este argumento es más teórica que práctica. No siempre el marido está en condiciones de ejercer un control riguroso y efectivo sobre el negocio de su mujer, y esto sin necesidad de situarnos ante la hipótesis-límite de la separación de hecho. Francamente yo pienso que los maridos que autorizan a sus esposas para ejercer el comercio, o no saben a lo que se exponen, o tienen una fe ignaciana en la exquisita prudencia de su consorte. Me permito creer que la mayor parte de estas autorizaciones, sobre todo si son tácitas o presuntas, descansan en el supuesto de que las obligaciones mercantiles de la mujer sólo podrán hacerse efectivas sobre los bienes que componen la empresa que aquélla regenta. Por esto, no es de extrañar que algunos maridos declaren, al otorgar la autorización, y valga por lo que valiere, que la mujer, al ejercitar el comercio que se le autoriza, sólo podrá obligar los bienes que constituyan el establecimiento mercantil. En mi práctica profesional ha tenido ocasión de examinar algunas licencias concedidas en estos términos, expedidas, justamente, por maridos separados de hecho (154).

Acaso se me objete, y por eso me hago cargo de la presunta objeción, que estoy haciendo una montaña de un grano de arena. Para excluir el patrimonio ganancial de los riesgos implícitos a la actividad mercantil que la mujer, basta con que ésta constituya al efecto (con autorización del marido) una sociedad de responsabilidad limitada. Por supuesto, una tal sociedad constituida entre marido y mujer, y de la que ésta llevara la gerencia, sería una buena solución

(154) ¿Cuál será la validez de estas autorizaciones si se sostiene que el artículo 10 del C. de c. es rigurosamente imperativo? ¿Serán totalmente nulas, o sólo habrá de tenerse por no puesta la limitación de responsabilidad? Ninguna de las dos soluciones es buena. La primera deja en el aire a los terceros que de buena fe contraten con la mujer. La segunda, desconoce que la voluntad del marido no se ha manifestado en forma pura, sino condicionada, y que en materia, al menos, de declaraciones inter vivos la declaración no puede dividirse en dos partes, una válida y otra nula. Cfr. artículo 1.116 del C. c.

en muchos casos. Y digo "sería" porque como he indicado anteriormente la Jurisprudencia aún no ha dado su espaldarazo definitivo a las sociedades entre cónyuges. Por otra parte, no siempre es conveniente, por razones diversas, constituir una sociedad, y naturalmente la constitución no parece viable si los esposos están en trance de separarse. El socorrido recurso del testaferrero (la mujer busca un falso socio), tan de moda en nuestros tiempos, y al que se acude unas veces porque no hay otro remedio (la necesidad obliga) y otras por simple comodidad, o por móviles ilícitos, es un expediente poco recomendable y siempre peligroso. La simulación jamás resuelve los problemas jurídicos, solamente los elude, con mejor o peor fortuna, según las circunstancias.

Descartada la sociedad, al menos como solución única del problema, vuelve éste a ofrecernos, en toda su desnudez, su duro perfil. Y es entonces, enfrentados cara a cara con él, y apartados los subterfugios conducentes a orillararlo, cuando debemos preguntarnos, ¿realmente el artículo 10 del C. de c. se opone terminantemente a que el marido limite las eventuales responsabilidades de los bienes comunes? La contestación negativa no sé hasta qué punto es respetuosa con la autoridad marital y con las facultades que correspondan al marido como administrador de la sociedad de gananciales, tan celosamente defendidas desde otros ángulos, y que, sin estridencias innecesarias, deben ser desde luego salvaguardadas. Porque, a pesar de que alguien pudiera pensar lo contrario, yo no estoy tratando aquí de poner en entredicho —urge ya que lo aclare— el principio de la primacía del varón dentro de la esfera familiar, principio inmutable por ser de derecho natural, sino que sólo trato de oponerme a su aplicación desafortunada y anacrónica. Volviendo al tema, entiendo que lo lógico es reconocer al varón, precisamente porque es el jefe de la sociedad conyugal, la potestad de graduar las autorizaciones que conceda a su mujer. Pues bien, esta racional posibilidad de matización es la que excluyen quienes piensan que el artículo 10 del C. de c. es inderogable. Con ello, nos sitúan en esta, para mí, inaceptable disyuntiva: o el marido no autoriza a su mujer para que ejerza el comercio o la autoriza a ciegas. No hay, pues —convengamos en que la postura es típicamente española—, término medio de ninguna especie. Y precisamente porque yo creo —no sé si lo habré razonado suficientemente— que también en esta materia, como en tantas otras, hay que huir de las actitudes extremas, es por lo que voy a someter a revisión, aun a riesgo de fracasar en la empresa, los argumentos que amparan la opinión que, sin temor a equivocarnos, podemos calificar de ortodoxa.

Para empezar, y con el fin de calificar totalmente mi pensamiento, estimo oportuno formular algunas distinciones. Una cosa es que, por razón de las obligaciones de la mujer, no quepa limitar la responsabilidad de la sociedad de gananciales a un sector de su patrimonio, y otra muy diferente que sea imposible seleccionar las obligaciones de las cuales han de responder los bienes comunes, y respecto del primer punto, tal vez sea viable separar la hipótesis concreta de ejer-

cicio del comercio por mujer casada de los demás casos en que pueda, con el consentimiento del marido, obligar los bienes de la comunidad conyugal. Por otra parte, la exégesis del artículo 10 del C. de c. nos sitúa frente a dos cuestiones distintas: responsabilidad de los gananciales a las resultas de la actividad mercantil de la mujer, y facultades de ésta en cuanto a la enajenación y gravamen del activo de la sociedad. En rigor, la interferencia del artículo 1.911 del Código civil, único precepto capaz de insuflar carácter imperativo a las disposiciones contenidas en los artículos 1.408-1.^o del C. c., y 10 del C. de c., se limita exclusivamente a la posibilidad o imposibilidad de sustraer parte de los bienes gananciales a las acciones que ostentan los acreedores de la mujer para exigir el pago de sus créditos.

Replanteado de esta forma el problema, debo empezar por reconocer que en términos generales no me parece posible que el marido, al prestar el consentimiento del artículo 1.416, limite la responsabilidad del patrimonio común a bienes determinados. El artículo 1.408-1.^o del Código civil es terminante y equipara, a estos efectos, las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges, si bien respecto de la mujer es necesario que pueda legalmente obligar a la sociedad, lo que acontece, cabalmente, si cuenta con el consentimiento del marido. La aplicación del artículo 1.911 postula que el patrimonio común responda ilimitadamente de las deudas de sus titulares siempre que hayan sido eficazmente contraídas por el cónyuge que legalmente sea gestor de la comunidad o que ostente la delegación del mismo (155). Esta solución, pese a su severidad, no tiene por qué crear dificultades demasiado graves. El marido puede facultar a la mujer para que administre e incluso para que enajene ciertos bienes gananciales sin que su consentimiento comprenda la potestad de obligar los bienes de la sociedad, salvo por lo que toca a las consecuencias directamente derivadas de los actos de administración o de disposición expresamente autorizados. La cuestión, en cambio, presenta, como ya he destacado, un cariz muy distinto si de lo que se trata es de autorizar a la mujer para que ejerza el comercio. Es necesario, por consiguiente, puntualizar, con la mayor exactitud posible, el significado y el alcance del artículo 10 del C. de c.

Al abordar esta tarea conviene subrayar, ante todo, que el citado precepto constituye, en cierto modo, una excepción a lo que con carácter general establece el artículo 1.416 del C. c. He dicho "en cierto modo" porque si bien es verdad que el artículo 10 del C. de c. contempla la hipótesis de que la mujer haya sido autorizada por su marido para comerciar, esa autorización, no presupone (o al menos no lo presupone necesariamente) que haya querido también autorizarla para obligar los bienes gananciales. La razón por la que, a pesar de esto,

(155) La gestión del patrimonio común corresponde al marido y también a la mujer por lo que se refiere a los gastos domésticos. Excepcionalmente la administración de la sociedad pasa a la mujer, quien así deviene gestora general y legal del mismo, en los supuestos del artículo 1.441 del C. c.

el artículo 10 sujeta a responsabilidad dichos bienes es doble. Por una parte, juega una consideración de equidad que ya he recordado (156); la responsabilidad del patrimonio común es la contrapartida del eventual incremento que puede experimentar al beneficiarse con los resultados favorables de la actividad mercantil de la mujer. Por otra, se tuvo en cuenta, seguramente, la conveniencia de proteger a los terceros que contraten con la mujer, quienes frente a una autorización genérica (expresa o presunta) pueden suponer, con fundamento, que el marido respalda, al menos con los bienes gananciales, la gestión mercantil de su esposa. Pero si ésta es efectivamente la fundamentación del artículo 10 del C. de c., de ella no se sigue que aquella norma deba tener necesariamente carácter imperativo. Es más, contemplado desde el punto de vista teleológico, el artículo 10 del C. de c. resulta no sólo peligroso, sino excesivo. Para dejar a salvo las exigencias de la equidad basta someter a responsabilidad los bienes adquiridos por la mujer en el ejercicio del comercio, que es cabalmente lo que prescribe el artículo 12 del propio Código del que en seguida nos ocuparemos. A fin de no dejar a los terceros en la incertidumbre es suficiente que el Registro mercantil publique que la responsabilidad de los gananciales por las deudas mercantiles de la mujer sólo llega hasta ese límite. Y ni la equidad ni la seguridad del tráfico pueden justificar en absoluto la exorbitante facultad que el artículo 10 concede a la mujer al permitirle enajenar e hipotecar *todos* los bienes comunes. Precisamente esta segunda parte de la norma, con la que nada tienen que ver ni el artículo 1.911 ni el 1.408-1.º del Código civil, nos ha de inducir a pensar que la misma tiene sólo carácter dispositivo. Porque es casi atentatorio contra las potestades del marido obligarle a compartir, innecesariamente, durante el tiempo en que esté vigente su autorización, las facultades de disposición que, como administrador de la sociedad de gananciales, ostenta sobre los bienes comunes. El ejercicio de comercio por mujer casada es perfectamente posible aunque no esté facultada para enajenar e hipotecar los gananciales excepción hecha, claro está, de los elementos del negocio o negocios que explote y que por su propia naturaleza estén destinados a la venta. Una autorización del marido concebida en estos términos me parece indiscutiblemente válida, eficaz y lícita. Es más, después de reformado el artículo 1.413 del C. c., debe estimarse automáticamente modificado el artículo 10 del C. de c. Es absurdo que la mujer casada comerciante pueda enajenar e hipotecar libremente los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial y que el marido necesite el consentimiento uxorio para llevar a cabo los mismos actos. La diferencia de trato resulta aun más inexplicable e irritante si la referimos a una marido que también ejerza el comercio. Insisto en que la licencia a que se refieren los artículos 6 y siguientes del Código

(156) En el mismo sentido, GARRIGUÉS, *Tratado de Derecho mercantil*, II, pág. 337.

de comercio no debe confundirse con el consentimiento del artículo 1.416 del Código civil. Es, solamente, el permiso (o la no oposición) del marido para que su mujer adquiriera el "status" de comerciante, y pueda, en consecuencia, ejercer el comercio (156 bis).

Por esta razón, y aunque comprendo que la cosa es más discutible, tampoco veo demasiado claro que el marido, al conceder su autorización, no pueda limitar la responsabilidad de los bienes comunes a los que adquiriera la mujer mediante el ejercicio del comercio. Según resulta del artículo 12 del C. de c., esta limitación de responsabilidad funciona "ipso iure" cuando la mujer se encuentra en alguno de los casos a que se refiere el artículo 11 (157). Se dirá que el artículo 12

(156 bis) BERGAMO, ob. cit., pág. 879, dice que como el ejercicio del comercio no se concibe sin la posesión y gestión, "nomine proprio" de determinados bienes, es evidente que la mera concesión de la autorización marital para comerciar, retocando las normas civiles, debe llevar implícita la transferencia a la mujer de una parte del patrimonio matrimonial. De esta forma trata de justificar el artículo 10 del Código de comercio en este punto. A mi juicio, la afirmación de BERGAMO es irrefutable en el sentido de que el ejercicio del comercio presupone la necesidad (normalmente) de poseer y manejar determinados bienes. Pero de ahí no se sigue, ni muchísimo menos, que para comerciar sea necesario que la mujer pueda disponer libremente de todo el patrimonio común, e incluso de todo su patrimonio privativo. Una cosa es que de las obligaciones mercantiles contraídas por la mujer responda ésta con todos sus bienes (por aplicación del art. 1.911) y hasta que esta responsabilidad se extienda a los gananciales, y otra, que la esposa comerciante pueda invertir en el negocio que explote el valor de todos sus parafernales y de todos los gananciales, mediante la previa enajenación (o hipoteca) de unos u otros. El artículo 10, en este punto, sólo puede apoyarse en la presunción, establecida en beneficio de terceros, de que el marido, al conceder a su mujer autorización para ejercer el comercio, ha querido conferirle igualmente esas amplísimas facultades. Pero así entendido el artículo 10 (y yo, por lo menos, no soy capaz de encontrarle otra explicación), no puede sostenerse seriamente que sea imperativo, por lo menos en lo que respecta a la posibilidad de que la mujer enajene o grave los bienes comunes sobre los cuales el poder de administración y de disposición corresponde, como regla general, única y exclusivamente al marido. La presunción de consentimiento que entraña la autorización general no puede ya extenderse, después de modificado el artículo 1.413 del C. c., a la disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Es insostenible presumir que el marido ha querido conceder a su mujer unas potestades más amplias aún de las que él mismo tiene. Por todo lo expuesto, estimo que el marido, al conceder licencia a su mujer para el ejercicio del comercio, puede, sin embargo, establecer que tal autorización sólo comporta la facultad de disponer de los bienes que integren la empresa concreta que la mujer explota, y cuya enajenación sea necesaria para el normal desenvolvimiento del negocio.

(157) Estos casos son: divorcio (hoy, separación judicial), incapacidad, ausencia, o interdicción del marido. En el primero de estos supuestos, la sociedad de gananciales se disuelve (por el simple efecto de la sentencia; ver más atrás), y por lo tanto no tiene sentido actualmente aplicar a la mujer separada judicialmente el artículo 12 del Código de comercio. Mientras el patrimonio común acumulado hasta entonces no se liquide y reparta, los acreedores de la mujer, posteriores a la separación, no podrán dirigir su acción contra bienes concretos de la masa más que dentro de los límites establecidos por el artículo 12. Pueden pedir, además, el embargo y remate de la participación de la mujer en esa masa patrimonial. Ostentará, por último, el derecho que les concede el artículo 403 del C. c. En el caso de ausencia del marido, la mujer puede:

del Código de comercio presupone precisamente que la mujer ejerza el comercio sin autorización del marido y que ésta es la razón, unida al riesgo inherente a la actividad mercantil, que justifica la limitación de responsabilidad. Aunque esto sea cierto, nadie me negará que es un contrasentido limitar la responsabilidad de los gananciales precisamente cuando la mujer ostenta por ministerio de la Ley la administración del patrimonio común, con "idénticas facultades y responsabilidades que el marido cuando la ejerce" (así sucederá normalmente en los casos en que es aplicable el artículo 12 en virtud de lo dispuesto por los artículos 1.441 y 1.442 del C. c.) y no admitir que la limitación pueda establecerse en los supuestos normales de administración por el marido, supuestos en que la mujer carece de la potestad de obligar los gananciales sin consentimiento de aquel. Por otra parte, si examinamos atentamente los artículos 10 y 12 del C. de c., a la luz del principio de responsabilidad patrimonial universal, en seguida echaremos de ver que mientras la responsabilidad del patrimonio común, cuando la mujer ostenta legalmente la gerencia de la sociedad de gananciales, es una lógica derivación de aquél, y, por tanto, el artículo 12 constituye una limitación del mismo, en las hipótesis a que se refiere el artículo 10 la responsabilidad de los gananciales no dimana del artículo 1.911 del C. c., sino de las consideraciones especiales antes recordadas y que son las que mueven al legislador a establecerla. El artículo 1.911, aplicado a las obligaciones que contraiga la mujer con simple autorización del marido, sólo postula, como antes vimos, que de estas obligaciones responda con todos *sus* bienes pero no con los que integran la comunidad conyugal, respecto de los cuales carece de la potestad de obligarlos sin consentimiento (distinto de la simple licencia) de su esposo. Estas consideraciones, es decir, la interpretación conjunta de los artículos 10 y 12 del Código de comercio puestos en contacto con las normas civiles que con ellos guardan relación, me llevan a pensar que tampoco en este aspecto el artículo 10 es imperativo y que, dentro de los límites señalados por el artículo 12, debe reconocerse al marido la posibilidad de limitar la responsabilidad de los gananciales siempre que esta limitación figure ex-

optar entre pedir la disolución de la sociedad de gananciales, y en tal caso nos encontraremos en una circunstancia similar a la anterior, o solicitar simplemente que se le transfiera la administración de los bienes de la sociedad conyugal (art. 1.441-2.º del C. c.). Si el marido ha sido condenado a pena que lleve consigo la interdicción civil, la mujer puede pedir la disolución de la sociedad de gananciales, pero esta disolución no es total por cuanto que la mujer hace suyos los llamados gananciales ulteriores (art. 1.436-1.º), y, además, puede solicitar la administración de los bienes de la sociedad conyugal, derecho que también tiene (aunque en este caso la sociedad de gananciales subsista íntegramente) en caso de incapacitación del marido (art. 1.441-3.º y 1.º). Por consiguiente, el artículo 12 del Código de Com. sólo es aplicable a los supuestos siguientes: incapacidad o interdicción del marido o ausencia del mismo si, en este último supuesto, la mujer no ejercita su derecho a pedir la disolución de la sociedad de gananciales. Todas estas hipótesis comportan el derecho de la mujer a pedir la transferencia de la administración de los bienes comunes.

presamente en la licencia y se haga constar en el Registro mercantil. Esta doble exigencia y la prueba a cargo del marido, o en su caso de la mujer (158), de que los bienes que se pretenden sustraer a la acción de los acreedores no han sido adquiridos a consecuencia del ejercicio del comercio, parecen suficiente garantía para los acreedores (159).

El carácter imperativo del artículo 10 del C. de c., que yo excluyo según se desprende de lo que he dicho, debe quedar concretado en todo caso a la vinculación del patrimonio ganancial por razón de las obligaciones mercantiles de la mujer. Pero, sin duda alguna, a mi juicio, el artículo 10 no se opone a que estas obligaciones sean solamente las contraídas por la mujer en la explotación de un negocio específico. El artículo 10 se refiere a las obligaciones mercantiles de la mujer que cuenta con autorización de su marido para ejercer el comercio, pero no entra ni sale, porque no es de su competencia, en el problema de si dicha autorización tiene que ser siempre general. Para resolver esta cuestión hay que acudir, exclusivamente, al examen a interpretación de los artículos 6, 7 y 9 de aquel cuerpo legal. Ciertamente estos preceptos se producen en términos generales, pero no hay razón alguna, en mi opinión, que obligue a entenderlos en su sentido rigurosamente literal. Parece, por demás; evidente que si el marido puede lo más, que es autorizar a su mujer para que ejerza cualquier clase de comercio, también podrá, y con mayor motivo, lo menos, es decir, autorizarla solamente para dedicarse a un género de comercio determinado. No cabe invocar en defensa de la opinión contraria, el interés de los terceros. La validez de las obligaciones mercantiles asumidas por la mujer casada comerciante exige siempre la prueba de que han sido contraídas en el ejercicio del comercio, y esta prueba apenas es concebible, si no se conectan los actos que las han originado con una empresa concreta y tangible. La licencia expresa a que se refiere el artículo 7 del Código de comercio no debe plantear ningún problema en este sentido. Será general, si el marido se limita a autorizar a su mujer para ejercer el comercio sin ulteriores puntualizaciones, o especial en el caso de refe-

(158) Igualmente procede en los casos de los artículos 11 y 12.

(159) La tesis que sustento no supone admitir subrepticamente la empresa mercantil individual, con responsabilidad limitada, figura que; naturalmente, no se da tampoco cuando sea directamente aplicable el artículo 12. La mujer, que es el deudor (no se olvide que por ser comerciante contrata en nombre propio), responde de las deudas que contraiga en su gestión mercantil con todos sus bienes, y también con los que, en su momento, le correspondan al liquidar los gananciales. Únicamente se limita la responsabilidad "in actu" de éstos. Además, la regulación de la empresa individual de responsabilidad limitada, si se articula, como parece lógico, de modo similar a como está establecida para las sociedades que disfrutan de ese beneficio, comportará sólo la vinculación del patrimonio mercantil a la cifra de responsabilidad que se fije al señalar el capital de la empresa. Cuando el patrimonio líquido desborde ese nivel el exceso será de la libre disposición del empresario, y, si éste lo retira de la empresa, sobre tal exceso no podrán cobrarse los acreedores. Nada de todo esto sucede en nuestro caso.

rirse únicamente a uno o más negocios determinados. En cambio, señalar el alcance de la licencia presunta contemplada por los artículos 7 y 9 puede parecer más complicado. En mi opinión, sin embargo, la presunción (pues de presunción se trata) que estos artículos establecen, debe entenderse, en principio, referida exclusivamente, al negocio o negocios que la mujer explote. No es lícito interpretar la conducta pasiva del marido (en la que se apoya, en última instancia, la presunción legal) como una conformidad genérica para que la mujer se dedique libremente a la clase de comercio que le venga en gana. Lo racional es referir esa conformidad al negocio mercantil que la mujer esté desempeñando.

Tampoco es función del artículo 10 puntualizar las condiciones que han de reunir las obligaciones de la mujer para su validez. Esto depende, únicamente, de los términos en que esté concebida la autorización del marido. Las mismas razones que amparan la posibilidad de limitar el alcance de la licencia al ejercicio de un género de comercio, justifican que el marido fije un "quantum" determinado al importe de las obligaciones que su mujer contraiga al desempeñar la profesión mercantil. El artículo 10 especifica solamente los bienes que responden de las deudas asumidas por la mujer al ejercer el comercio y, en este sentido, se puede sostener, aunque yo discrepe de tal opinión, que la responsabilidad que establece es ilimitable. Pero ahora tratamos de una limitación de otra especie que es ajena, por tanto, al contenido normativo del precepto citado. La limitación cuantitativa de la responsabilidad, conseguida a través del señalamiento de una cantidad máxima para cada una de las operaciones que la mujer contraiga, o para alguna de ellas, no tropieza, a mi juicio, con dificultad ninguna, ni, por supuesto, está en contradicción con el principio de responsabilidad patrimonial universal. Todos hemos tenido a la vista poderes que recortan cuantitativamente las facultades del apoderado (generalmente se trata de poderes mercantiles) y a nadie se le ha ocurrido pensar que semejante limitación sea ilícita ni que vulnere norma o principio alguno. Lo que el marido puede hacer si confiere poderes a un tercero (y quien dice a un tercero dice a su propia esposa) para que regente un establecimiento mercantil del que sea titular, parece que podrá igualmente hacerlo cuanto autorice a su mujer para que, por cuenta propia, ejerza el comercio, ya que a consecuencia de esta actividad resulta obligado el patrimonio común (160). Naturalmente, la eficacia de las limitaciones está subordinada a que figuren expresa y claramente consignadas en la licencia y a que se inscriban en el Registro Mercantil.

(160) La limitación tal vez sea inoperante referida a las operaciones que constituyan la materia del "giro o tráfico del establecimiento". (Cfr. artículo 286 del C. c.). Pero es indiscutiblemente lícita por lo que toca a los actos complementarios o auxiliares de dicha actividad, por ejemplo: obtención de créditos, compra de maquinaria, adquisición o traspaso de locales, etc.

Por último, y respecto de obligaciones civiles, es decir, las que se contraigan con el consentimiento del artículo 1.416, si bien estimo imposible la limitación de la responsabilidad a ciertos bienes comunes (ver sobre este punto lo dicho más atrás), no existe inconveniente alguno en que el marido sólo consienta que su mujer asuma obligaciones concretas o fije su cuantía máxima. Ni el artículo 1.911, ni el 1.408-1, se oponen a estas limitaciones, pues ambos tienen por finalidad extender a todos los bienes que componen el patrimonio de la persona (en nuestro caso particular el patrimonio común) las responsabilidades derivadas de las obligaciones contraídas por su titular, bien directamente, bien con su consentimiento (161).

c') *El consentimiento uxorio.*

Hasta aquí he contemplado la solución convencional de la separación de hecho desde el punto de vista de la mujer. Mejor dicho, he estudiado cuáles son las soluciones, por supuesto imperfectas e incompletas, que un pacto de separación puede brindar a la mujer. Hora es ya que enfoque las cosas al revés y me detenga a considerar qué clase de ventajas pueden derivarse para el marido de una separación paccionada. Inútil es decir que si he dejado al marido para el final no ha sido porque al elaborar este trabajo haya adoptado preconcebidamente una actitud feminista, sino porque, sin duda, los problemas que la separación de hecho suscita (en el orden jurídico-patrimonial, se entiende) son mucho más graves de cara a la mujer que de cara al marido. Hasta la reforma de 1958 estos problemas prácticamente no existían. El marido separado de hecho conservaba intactas sus potestades sobre el patrimonio común, potestades que amparaban el otorgamiento de toda clase de actos de administración, e incluso de disposición a título oneroso. Subsistía, claro está, la prohibición de que el marido obrase en fraude de la mujer o en contravención de lo dispuesto en el Código, pero incluso esta mínima garantía se difuminaba de tal forma, en la interpretación jurisprudencial del antiguo artículo 1.413, que las más de las veces resultaba prácticamente ineficaz (162). Actualmente, las facultades del marido

(161) La única limitación cuantitativa que choqa con el artículo 1.911 será la que pretenda establecer una cifra más allá de la cual la persona no responda, abstracción hecha de la cuantía de los actos que originen las obligaciones. Por ejemplo, yo no puedo decir que respondo de las obligaciones que contraiga mi apoderado sólo hasta el límite de cinco millones de pesetas. Pero sí puedo establecer que mi apoderado no podrá contraer ninguna obligación que rebases esa cifra. Parece necesario, porque en otro caso la actuación del representante vendría prácticamente imposible, que la limitación se refiera a cada operación en singular.

(162) Esta interpretación jurisprudencial ha sido rectificada a partir de 1956. Sobre esta cuestión y, en general, sobre lo que debe entenderse por actos del marido realizados en fraude de la mujer o en contravención del Código, he expuesto ampliamente mis opiniones en el trabajo. El nuevo artículo 1.412 del Código civil, ya citado, ver especialmente págs. 85 y sigs. de la separata.

sobre los bienes gananciales tampoco vienen directamente afectadas por la separación de hecho, pero como el artículo 1.413, en su nueva versión, las limita de suyo considerablemente, la posición del marido que se separa de su mujer ya no es tan cómoda como lo era antes.

Sabemos, en efecto, que el marido necesita el consentimiento de su mujer, o autorización judicial, para disponer a título oneroso (163) de los inmuebles o establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial. Lógicamente el marido que ha roto la convivencia con su mujer se encontrará en graves dificultades si quiere otorgar algún acto que requiera el consentimiento uxorio. Para los maridos que se dediquen, con mayor o menor habitualidad e intensidad, al tráfico inmobiliario, el problema puede llegar a ser muy grave. En consecuencia, al marido que se separa de hecho le interesará obtener un consentimiento general que le permita prescindir de la obligada intervención de su mujer en cada acto que lo precise.

Como ya expuse en otra ocasión (164), es perfectamente válido el consentimiento uxorio del artículo 1.413 prestado en términos generales. La práctica ha sancionado la posibilidad y eficacia de estos consentimientos generales disipando así las dudas que, recién reformado el Código, se apuntaron sobre el particular. Como es natural, la mujer puede limitar su consentimiento a ciertos bienes inmuebles; por ejemplo, a los "inmuebles-mercaderías" (si su marido se dedica a negocios inmobiliarios) reservándose la facultad de consentir, o no, caso por caso, la enajenación de otros bienes. Cabe también el otorgamiento de un consentimiento condicionado. Las condiciones impuestas por la mujer vincularán al marido en tanto en cuanto quiera valerse de aquel consentimiento, pero no le impiden acudir al Juez en demanda de autorización si las exigencias de la mujer llegan a parecerle inaceptables (165).

El problema fundamental que nos plantea el consentimiento uxorio, frente a una separación de hecho, es el de su revocabilidad. En principio, según reconoce unánimemente la doctrina, y resulta claramente de su propio fundamento (tutelar los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales) no cabe duda sobre la naturaleza revocable del nuevo instituto (166). Esto supuesto, lo que tenemos ahora que preguntarnos es si la mujer puede renunciar a la facultad revocatoria que le corresponde y, por tanto, si es viable y lícito un consentimiento otorgado expresamente con carácter irrevocable. La cuestión guarda, como se ve, un riguroso paralelismo con la que abordamos al inquirir si la licencia marital podía ser irrevocablemente concedida.

Se pensará, a primera vista, que yo, que he defendido la semejanza

(163) Las disposiciones gratuitas sólo se le permitían y se le permiten con carácter excepcional.

(164) Cfr. trabajo últimamente citado, pág. 70.

(165) Cfr. el nuevo artículo 1.413, cit., págs. 76 y 77.

(166) Cfr. trabajo últimamente citado, págs. 77 y sigs.

entre el consentimiento uxorio y la licencia marital (167) y que además he sostenido la posibilidad, ante supuestos de separación de hecho, de que, en ciertas hipótesis al menos, la licencia pueda otorgarse de forma irrevocable, estoy obligado aquí a defender una solución similar. Como no me gusta andarme por las ramas anticiparé que quien esto crea se equivoca. Mi dictamen, aunque aparentemente pueda parecer contradictorio, es opuesto a la posibilidad de otorgar irrevocablemente el consentimiento a que se refiere el nuevo artículo 1.413 (168). Para desvanecer esta aparente contradicción basta con aclarar que la similitud que he señalado entre las dos instituciones se refería principalmente a su naturaleza jurídica y a la mecánica de su funcionamiento, pero es claro que esta asimilación no postula una identidad absoluta de tratamiento jurídico en todos los casos.

La licencia marital (me refiero a la que contemplan los artículos 60, 61 y 1.387 del C. c.) limita las facultades dispositivas de la mujer sobre sus propios bienes. El derecho de veto que comporta descansa en el respeto a la autoridad marital (según la opinión dominante), aunque para mí no es más que una garantía indirecta que se concede al varón en orden a la efectividad de sus potestades como administrador de la sociedad de gananciales. Por esto he sostenido que la separación de hecho, al mismo tiempo que priva el ejercicio de aquella potestad de su fundamento moral, permite eliminarlo (transitoriamente) siempre que aquella excepcional y anómala situación modifique o suspenda la facultad del marido que le sirve de fundamento jurídico, es decir, el derecho a exigir la entrega de los frutos y rendimientos que produzcan los bienes parafernales.

El consentimiento "uxorio" lo que pretende únicamente es proteger los intereses y derechos de la mujer en la sociedad de gananciales. Su supresión, constante el matrimonio, no sólo supone una modificación directa y general de las normas que rigen el patrimonio común (mientras que la supresión de la licencia marital sólo constituye una modificación indirecta o mediata), sino que, además, no puede buscarse en la separación de hecho razón alguna, supuesta la subsistencia de la sociedad de gananciales, capaz de justificar el cambio. Las facultades del marido como administrador de la sociedad conyugal, proyectadas sobre los frutos de los parafernales, devienen exorbitantes si cesa la vida común y no existen cargas en el matrimonio o el levantamiento de éstas ha quedado al cuidado de la mujer. Puesto que la licencia marital se funda en esa proyección especial de las facultades del marido, parece lógico suprimirla cuando aquellas facultades, en las que en última instancia descansan, resulten legítimamente cercenadas. Pero los derechos de la mujer en la sociedad de gananciales, que durante la vigencia de ésta son de signo marcadamente

(167) Trabajo cit., págs. 17 y sigs.

(168) Los supuestos especiales de consentimiento uxorio irrevocable a que me referí en mi trabajo tantas veces recordado (págs. 78 y sigs.), nada tienen que ver con la irrevocabilidad, pura y simple, de que me ocupo en el texto.

defensivo, no tienen por qué venir afectados por la separación de hecho. Antes al contrario. Es precisamente en estos casos cuando pueden rendir su máxima utilidad, pues los intereses de la mujer corren, entonces, más peligro que nunca. Es inevitable que al socaire de la separación surjan situaciones que constituyan un estímulo o una tentación para el fraude. Precisamente uno de los designios del legislador de 1958 fue poner en manos de la mujer un instrumento más contundente, para hacer efectiva la prohibición final del artículo 1.413, que la simple acción de impugnación de los actos que el marido realice en fraude de sus derechos. (169). El marido no puede, pues, pretender que su mujer, al tiempo de separarse, preste irrevocablemente su consentimiento a los futuros actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial, que pretenda otorgar en lo sucesivo. Lo único que cabe hacer es condicionar la subsistencia de los demás pactos que integren el convenio de separación a la circunstancia de que la mujer no retire el consentimiento que confiere.

(Continuará.)

(169) Esto no quiere decir que el consentimiento uxorio no sea "a priori" renunciabile; es decir, al tiempo de convenir, en capitulaciones matrimoniales, el régimen de bienes del matrimonio. Que la modificación del artículo 1.413 obedezca al propósito de tutelar más eficazmente los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales, no significa que la nueva norma sea, en este punto, imperativa. En principio, yo considero posible que la mujer renuncie a esa especial protección y se conforme con la que le ofrecen los párrafos segundo y tercero del precepto. Por eso sostuve (trabajo citado, pág. 9) que era válido pactar una sociedad de gananciales constituida al viejo estilo. En tanto en cuanto subsista la posibilidad de que la mujer impugne los actos que el marido realice en fraude de sus derechos, o en contravención del Código (disposiciones gratuitas no permitidas), y la de poner coto, mediante la intervención de la autoridad judicial, a una administración desordenada o inmoral, facultades, todas, por supuesto, irrenunciabiles, no hay por qué otorgarle, incluso contra su voluntad, una protección más eficaz. Otra cosa es que, si ese instrumento de protección (el consentimiento uxorio) está en vigor, bien por que la mujer no haya renunciado a él al establecer sus capitulaciones, bien porque éstas no se hayan otorgado, sea lícito renunciar irrevocablemente al mismo. Semejante renuncia, como expongo en el texto, representa una modificación efectiva y directa del régimen de bienes, sin que, en este caso, haya razón alguna que pueda legitimarla.

