

Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial

(El artículo 1.413 del Código civil)

J. ROCA JUAN

SUMARIO: I. *Antecedentes*.—1. El artículo 1.413 Código civil, como precepto limitativo. Reforma de 24 de abril de 1958.—2. Antecedentes en el Derecho español y francés: El principio *non est proprie socia sed speratur fore*.—3. El planteamiento en los juristas hispánicos.—4. La doctrina y la Jurisprudencia inmediatamente anteriores y contemporáneas del Código civil.—5. Los comentaristas del Código.—6. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—7 y 8. Las construcciones de la doctrina francesa y belga. Los autores italianos: Bianchi, Piola, Borsari y Tedeschi.—9 y 10. Obstáculos a la interpretación práctica del artículo 1.413. Tendencia a la reforma. El precepto reformado.—II. *Consideraciones generales sobre el nuevo artículo 1.413*.—1. Aplicación a las situaciones jurídicas en desarrollo. Aplicación del anterior artículo como medio de protección contra los actos de disposición ya realizados al producirse la reforma.—2. Tratamiento protector del precepto reformado: a) La distinción de actos sobre inmuebles y establecimientos mercantiles y las demás categorías de bienes. b) Valor del «consentimiento de la mujer» en los casos en que procede. c) El consentimiento de la mujer en actos de disposición sobre «establecimientos mercantiles».—III. *El patrimonio ganancial como organización*.—1. El derecho de la mujer es un derecho actual en la sociedad de gananciales.—2. La idea de sustitución de valores, límite fundamental a las facultades del marido (que la enajenación tenga lugar a título oneroso).—IV. *Límites externos a la disposición del marido*.—1. La «contravención del Código» y el «fraude de la mujer».—2. La frase «no perjudicarán a la mujer ni a sus herederos».—3. La protección de la mujer en los casos de anormalidad del matrimonio: el artículo 68 del Código.

I

1.—Superada la cuestión relativa a la capacidad de la mujer casada, la existencia de limitaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial tienen, como se ha dicho (1), un distinto fundamento: Mientras en la esfera personal hay una causa sustantiva y normal de restricción —un deber de obediencia—, tal causa no tiene aplicación directa en la esfera patrimonial, y su mayor o menor

(1) Federico DE CASTRO: *Derecho Civil de España*. Vol. II, pág. 262.

extensión depende del régimen jurídico de los bienes de la sociedad conyugal, susceptible de pacto en las capitulaciones matrimoniales. Mas la Ley impone también en este ámbito patrimonial una serie de limitaciones a las facultades de la mujer, que alcanzan su mayor amplitud con referencia al régimen económico más general, el de gananciales, que el Código establece como supletorio a falta de pacto sobre los bienes.

Su carácter de régimen *legal*, establecido en la necesidad de suplir la imprevisión de los cónyuges en punto a una faceta tan importante de la vida matrimonial, hace que su regulación sea llevada a cabo en presencia de dos consideraciones: El carácter tradicional del sistema de gananciales, profusamente desenvuelto y regulado en nuestro Derecho histórico (2), y la necesidad de mantener deslindados los estados jurídicos de marido y mujer, exigencia inmediata del principio de unidad familiar que determina —como dice Cossío— (3) una limitación de la actividad de la mujer *sólo* en la medida en que se reputa necesario para el mantenimiento de la armonía personal y económica de la sociedad conyugal, lo que muestra que no es rigurosamente exacta la frecuente afirmación de que el estado matrimonial supone, para el marido, una ampliación de su capacidad y, para la mujer, una restricción, en la medida en que se amplían las del marido, porque también implica para éste una conducta determinada por derechos y deberes a los que no tendría que atenerse si no le fueran impuestos por su estado.

La prudente aplicación de estas consideraciones nos la muestra el artículo 1.413 del Código civil, en su anterior redacción, que después de facultar al marido para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento de la mujer, establecía el límite justo en que «toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, *en contravención al Código o en fraude de la mujer, no perjudicará* a ésta ni a sus herederos», consecuencia de estimar que tales actos exceden de lo que exige el principio de unidad familiar, y consecuencia también del propio contenido del régimen legal, que atribuye por mitad a los cónyuges, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos (4).

De esta manera se intentó proteger a la mujer, como interesada que no puede, mientras subsiste el matrimonio y por imperativo del principio de unidad familiar, gobernar tales intereses, viniendo a constituir este procepto, como expresó la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1929, «la única arma que podían esgrimir las mujeres perjudicadas en defensa de su derecho,

(2) Vid. el trabajo de CÁRDENAS: *Ensayo histórico sobre las Leyes y doctrinas de los bienes gananciales en el matrimonio*. En «Estudios Jurídicos», t. II, 1884.

(3) Cossío: *La potestad marital*. ANUARIO DE DCHO. CIV., 1948, pág. 27.

(4) Artículo 1.392.

y para evitar la ruina a que inevitablemente serían llevadas, en otro caso, por los maridos poco celosos de su porvenir».

Mas cual fuera la eficacia que a tal «arma» se asignaba en manos de la mujer, el «cómo» emplearla y *en qué momento*, constituían problemas prácticos fundamentales no resueltos totalmente, porque en la interpretación del precepto influyeron diversas consideraciones que actualizaban el planteamiento formulado por nuestro clásico: «Advertendu tamen quos circa praedicta se offert pulchra et subtilis difficultas, si maritus vendidit, donavit, vel alienavit aliqua bona in fraudem uxoris, ut non habeat nec consequatur praedicta medietatem lucrorum, qualiter consulatur uxori et quod remedium habeat pro recuperatione?» (5).

La actual redacción del artículo 1.413, dada por la Ley de 24 de abril de 1958, no pretende, en realidad, como quizá podía esperarse siguiendo la línea de nuestro sistema tradicional, contestar a esa pregunta, sino incorporar a la mujer a la participación con el marido en los actos dispositivos que se refieran a ciertos bienes del patrimonio ganancial, crear un explícito sistema de garantías respecto a otros y mantener como precepto genérico de protección el antiguo artículo 1.413, de aplicación a los actos dispositivos del marido que éste realice en «contravención al Código» o en «fraude de la mujer», los que no podrán «perjudicar a ésta ni a sus herederos, sea cualquiera la condición de los bienes afectados».

Se recurre, así, a una distinción estimativa de los bienes en dos categorías: Inmuebles y establecimientos mercantiles y muebles, dando a los primeros una mayor importancia.

Dice así el nuevo texto: «Artículo 1.413.—El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior, que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el juez de primera instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

Pero veamos su evolución.

(5) Antonio GÓMEZ: *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri, editum per egregium, etc. Salamanticae MDXCVIII, In legem L. LI. LII. LIII., núm. 74, folio 294 vuelto.*

2.—Como antecedentes del precepto de nuestro artículo 1.413 con el carácter tradicional de limitación a las facultades dispositivas del marido, que tenía hasta su actual reforma, se citan el Libro V, título I, Ley 8 del Fuero Viejo (6), y la limitación como establecida por la Ley 5.^a de las Cortes de Santa María de Nieva (7), recogida en la 205 de las del Estilo (8); el Fuero Real (9) y, como antecedente más próximo, la Ley 5.^a, Título IV, Libro 10 de la Novísima Recopilación (10), y el artículo 1.337 del Proyecto de Código civil de 1851 (11).

Pero el sistema de gananciales, como régimen de comunidad restringida, no es un régimen privativo nuestro; por el contrario, señala ROGUIN (12) que, históricamente, el régimen de comunidad apareció en la Edad Media con caracteres análogos en diferentes países, poco más o menos en la misma época y sin influencias visibles de unas legislaciones sobre otras, por lo que, al citar los antecedentes, no es extraña la coincidencia de que el antiguo Derecho francés también estableciera igual limitación de los poderes del marido referentes a la enajenación de los bienes de la comunidad: así POTHIER (13) cita el artículo 225 de la Coutume de París, según el cual, después de afirmar que «le mari est seigneur», añade que «en tal manera puede vender, enajenar o hipotecar, y hacer y disponer por donación u otra disposición entre vivos, a su gusto y voluntad, sin el consentimiento de la mujer, a persona capaz y *sin fraude*», precepto generalizado puesto que también es recogido en las costumbres de Bretaña (art. 424), de Saint Quentin (art. 17) (14) y en las antiguas costumbres de Bélgica (15).

Según GRAULICH (16) el valor de tales preceptos era el permi-

(6) «Esto es fuero de Castilla, entre fijosdalgos: Que así como el marido puede comprar algunas cosas con sua muger o fazer otras ganancias algunas, que de mueble, quier de rais, así como lo ganó con ella, así lo puede vender, e ella non gelo embargar».

(7) De Don Enrique IV, en 28 de octubre de 1473 (Vid. GUTIÉRREZ —Benito—: *Códigos o Estudios...* etc.), t. I, Madrid, 1875, págs. 572 y sigs.

(8) «Si alguno seyendo cassado con alguna muger compró alguna eredad o otra cosa, que gano estando en uno con su muger, estos bienes que así compró o ganó puédelos vender el marido si menester le fuere, con tal que non lo faga el marido maliciosamente, maguer la muger avie su meytad en aquella ganancia de lo qual marido avia ganado o comprado.»

(9) Cfr. Scaevola, *Cod. Civ.* 22, pág. 323.

(10) «Salvo si fuese probado que se hizo cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer.»

(11) Proyecto de 1851, artículos 1.334 y 1.337.

(12) ROGUIN: *Droit Civil comparé. Le régime matrimonial*. París, 1905, pág. 257, núm. 257.

(13) POTHIER: *Oeuvres*. Nouvelle ed. M. DUPIN: T. *Sixième*. París, 1865. «Traite de la Communauté», Seconde partie, pág. 297, núm. 471.

(14) Según GRAULICH, en «Rev. Crit. de Jurisprudence belge», t. VI, pág. 287.

(15) Según BRITZ: *Code de l'Ancien droit belge*, pág. 840.

(16) *Ob. cit.*

tir la *anulación* de los actos del marido realizados en fraude de la parte que la mujer y sus herederos debían tener en los bienes de la comunidad en el momento de la disolución, y PIRSON (17) cita un precepto de la Coutume de Brabant, según el cual el marido debe usar de su libertad de disponer «como buen padre de familia, obrar de buena fe y sin fraude», preceptos que, sin embargo, en su aplicación práctica, tuvieron mínima eficacia, a pesar de su considerable importancia teórica (18), y ello debido, quizá, a que, a partir del siglo XVI, la concepción del régimen de comunidad matrimonial como verdadera asociación de bienes e intereses, en la que cada cónyuge tenía una función doméstica bajo la autoridad del marido —que era la preponderante desde el siglo XIII— se transformó por el triunfo de dos reglas: «El marido es señor y dueño de la comunidad» y «uxor non est proprie socia sed speratur fore», enunciado éste por DUMOULIN al comentar el artículo 109 de la primera Costumbre de París (19), con la consecuencia de que la mujer sólo adquiriría la condición de *asociada* en el momento de la disolución (20), cuyos principios vinieron a dominar todo el Derecho francés moderno, aunque —señala ROGUIN (21)— la doctrina francesa, influida por la tendencia a mejorar la situación de la mujer, haya cerrado los ojos a este hecho.

3.—En nuestro Derecho no puede dudarse de la eficacia práctica de la limitación hasta tiempos recientes, pues nuestros autores trataron el problema del abuso de facultades por el marido, en fraude de la mujer, y precisamente de un modo casuístico: Así AZEVEDO (22) contempla el supuesto de los gastos excesivos (*impensas magnas*) que el marido hiciere en sus bienes de mayorazgo «ánimo fraudulento causa praedjudicanti uxori»; AYERVE DE

(17) PIRSON: Nota en «Rev. Crit. de Jurispr. belgeue», 1948, págs. 239 y sigs.

(18) ROGUIN: Loc. cit., núm. 539, lo afirma de la restricción «sin fraude», del artículo 225 de la *Coutume de Paris*, que considera procedente del principio general «fraus omnia corrumpit», estimándolo de «efectos prácticos casi nulos».

(19) Vid. CHERON: *Etude sur l'adage uxor non est proprie socia sed speratur fore*. Thèse, París, 1901, introducción.

(20) BONNECASE: *Elementos de Derecho Civil*, t. II, trad. castellana, México. Biblioteca Jurídico-Sociológica, pág. 285, señala estas dos fases en la evolución de la estructura del régimen de comunidad en el antiguo Derecho francés, en los siglos XIII y XVI, con caracteres distintos en una y otra fase, singularmente en la primera el marido era señor y dueño de los muebles y del goce de los inmuebles, pero no podía enajenar los gananciales sin el consentimiento de su asociada. Vid., también, MEYNIAL: *Le caractère juridique de la communauté entre époux*. En «Rev. Trim. Dr. Civil», 1903, págs. 811 y sigs.

(21) ROGUIN: Loc. cit., núm. 262.

(22) AZEVEDO: *Consilia... Aeditio prima duplici... Vallisoleti.—Anno Domini, 1607, Consilium trigesimum octavum, 9 y 10, folio 229.*

AYORA (23) se refiere a los siguientes casos: Que el marido venda, arriende o dé en renta casa o viña a alguno de sus parientes en *bajo precio*, mucho *menos de lo que valía*, «no podrá ni sacar otro tanto la mujer *si no lo hizo por defraudar a la mujer de su mitad*»; la venta o alquiler del marido a un pariente suyo, da casa o viña, «por gratificarle o hacerle donación» («quia illa dicitur *donatio velata* licet sub titulo venditionis, vel locatione facta fit... etc»); las deudas de juego «o otras deudas semejantes»; la venta anticipada de frutos de heredad, o lana de los ganados «en mucho menos de lo que valían o el trigo antes del tiempo de la cosecha», «por tomar el dinero adelantado para pagar alguna de dichas deudas, o que la muger no estaba obligada a pagar o contribuir en ellas con su mitad»; GUTIÉRREZ (24) se refiere a que «si maritus aliqua bona super lucrata constante matrimonio eo durante consumtit, ludendo, meretricando, vel in alios malos usos convertendo...». Por último PALACIOS RUBIO (25) señala como supuestos la enajenación mediante precio de bienes gananciales, dando el dinero a hijos habidos de anterior matrimonio; ventas por precio inferior al valor real y ventas por precio justo para emplearlo en juegos u otros malos usos, o cuando el comprador participó en el fraude o dolo con que se hiciera la enajenación.

La forma casuística de exponer los supuestos, que emplean los juristas hispánicos, nos sirve, sin embargo, para descubrir cómo en ellos estaban latentes dos ideas distintas respecto a la disposición abusiva por el marido de los bienes gananciales: Una la que representa una aplicación del patrimonio ganancial a fines distintos de los que le son propios, bien con ánimo de favorecer a un tercero (*donatio velata* —así AYERVE, PALACIOS RUBIO—), bien para llevar a cabo una conducta desordenada («ludendo, meretricando, vel in alios malos usos convertendo» —así AYERVE DE AYORA, GUTIÉRREZ, PALACIOS RUBIO—). La otra, más específica, es la que representa la intención de defraudar a la mujer («ánimo fraudulento & causa praeiudicanti uxori» —así AZEVEDO— y GÓMEZ: «si maritus vendidit, donavit, vel alienavit aliqua bona in fraudem uxoris»), con la consecuencia de dictar un tratamiento diferente: Para el supuesto de fraude, GÓMEZ preconiza el remedio más enérgico: La recuperación de los bienes enajenados («Quod remedium habeat

(23) AYERVE DE AYORA: *Tractatus de partitionibus bonorum omnium inter conjuges, parentes et liberos. eorumque Haeredes, in quator partes distinctus jam primum in Germania edita, recognita et auctiosa reedita... etc.* Nova Editio correctior. Coloniae Allobrogum. Sumtib. Fratrum de Tournes. MDCCLVI. De partitionibus. Pars. I, núms. 14 y 15.

(24) GUTIÉRREZ: *Joannis. Opera Omnia, Post secundam editionem hispanicam jam primum in Germania edita, recognita et auctiosa reedita... etc.* Francofurti Sumptibus Haeredum D. Zacharie Paltenij p. m. anno MDCXIX. Practicarum quaestionum Civilium. Libri Quinque. Quaest. CXXI, núm. 6.

(25) PALACIOS RUBIOS: *Commentaria et repetitio rubricae et capituli Per resiras de donationibus inter virum et uxorem.* LXVI, núm. 28, Letra N. MDCXV.

pro recuperatione?») (26), y concede la acción revocatoria, distinguiendo entre enajenaciones «quae pondere, numero, vel mensura consistunt, vel in aliis rebus mobilibus», que el marido y sus herederos debían restituir de propio patrimonio, salvo que hecha excusión esto no fuera posible, en cuyo caso «poterit mulier agere contra possessorem secundum materiam revocatoriam alienationis eorum quae fit in fraudem creditorum», y enajenaciones «facta in specie quae extat», en cuyo caso la mujer puede indistintamente actuar «contra possessorem», «etiam nulla facta excussione», tal y como en materia de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, pero exigiendo en todo caso la prueba del dolo del marido, que no puede presumirse por el solo hecho de contratar, salvo en el caso de enajenación de todos los bienes u otra causa semejante (27), opinión que, más tarde, recoge y acepta Benito GUTIÉRREZ (28).

Por otra parte, AZEVEDO, en el supuesto que contempla, también concede la revocación («tunc revocabuntur, quatenus uxori praeiudicarent») (29).

En cambio, para los supuestos de bienes empleados por el marido «ludendo, meretricando, vel in alios malos usos convertendo», GUTIÉRREZ (30) considera que el marido y sus herederos están obligados a imputarlos en su parte en el momento de la división, dejando a salvo toda restricción al poder de administración del marido, opinión común, según expresa SALA (31).

Estas ideas, puestas en relación con los conceptos de enajenaciones «en contravención al Código» y «en fraude de la mujer», que luego habían de aparecer en el artículo 1.413, y mantienen en el último párrafo del precepto reformado, quizá sirvan para llegar a una determinación de ambos conceptos, todavía intocados, aparte de que, como luego veremos, el tratamiento preconizado para los supuestos de fraude, que es la acción revocatoria, es el mismo que durante mucho tiempo han preconizado los autores modernos e, incluso, la Jurisprudencia francesa, ante la inconcreción técnica, durante mucho tiempo mantenida, del derecho de la mujer en el patrimonio ganancial.

4.—La doctrina anterior y contemporánea al Código civil adoptó una postura radical, mostrándose gran número de autores partidarios, con el apoyo de la Ley 5.ª, Título IV, Libro X de la No-

(26) GÓMEZ: Loc. cit.

(27) GÓMEZ: Loc. cit., pfo. 73. El texto dice: «bonatio» (?) omnium bonorum vel alias ex alia causa vel respectu.

(28) BENITO GUTIÉRREZ: Loc. cit., pág. 581.

(29) AZEVEDO: Loc. cit., folio 229, núm. 10.

(30) GUTIÉRREZ: Loc. cit., núm. 6.

(31) SALA: *Ilustración*, 3.ª ed., t. I, 1832, Lib. I, Tít. IV, núm. 24: «... y por cuanto esta ley, para que no valga la enajenación, exige expresamente este mal ánimo: Por defraudar o damnificar a la mujer, convienen casi todos nuestros intérpretes ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciere el marido, jugando o viviendo viciosamente».

vísima Recopilación, de la nulidad de las enajenaciones hechas por el marido en fraude de la mujer (32): Así, SÁNCHEZ DE MOLINA (33), para el cual «no será válida la enajenación, si se probare que estaba hecha con ánimo de defraudar o perjudicar a la mujer»; en sentido análogo VALERO DE TORNOS (34), y FERNÁNDEZ ELÍAS (35); y con invocación del Código, BONEL Y SÁNCHEZ (36), para quien las enajenaciones del marido para defraudar a la mujer, en el ejercicio de su cargo de administrador, son nulas, relacionando el artículo 1.413 con el 4, puesto que —afirma— «no hay Ley ninguna que autorice directa ni indirectamente las enajenaciones en fraude de la mujer».— Contrariamente FALCÓN (37), después de sostener que la limitación del derecho del marido es el *abuso*, deriva la cuestión por el cauce de la prodigalidad, poco en consonancia con el hecho de que «el marido, en el uso de sus facultades, damnifique *intencionalmente* a la mujer, y enajene *por odio a la misma*».

GARCÍA GOYENA (38) parece mostrarse también partidario de la nulidad, puesto que entiende que toda enajenación realizada contra los requisitos del artículo 1.336 del Proyecto, y lo hecho contra leyes prohibitivas, es nulo, lo que refuerza con la afirmación le que el marido, respecto a los terceros, es verdadero y absoluto propietario *salva la excepción* del artículo 1.337 del Proyecto, que precisamente expresa ya las dos limitaciones a la facultad de disposición que pasarían al artículo 1.413: Que enajene «en contravención de la Ley o en fraude de la mujer», limitaciones que fueron calificadas de «prudentes y equitativas» aunque se criticó su colocación en el articulado del Proyecto (39), cuya crítica parece fué recogida por la redacción definitiva del Código, que las formuló en el párrafo segundo del artículo 1.413.

La Jurisprudencia anterior al Código, por su parte, acogió el criterio de la doctrina expuesta, como lo prueba la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1861 (que anotamos de la Colección de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Título IV, año 1861, Sentencia núm. 239, pág. 594) que declara

(32) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios*, t. V. Madrid, 1912, pág. 843, expone que para la Ley Recopilada la circunstancia del fraude producía la nulidad del acto.

(33) SÁNCHEZ DE MOLINA: *El Derecho Civil español en forma de Código*, Madrid, 1861, pág. 40.

(34) JUAN VALERO DE TORNOS: *Derecho Civil*, t. II. Madrid, 1867.

(35) FERNÁNDEZ ELÍAS: *Notísimo tratado histórico-filosófico de Derecho Civil español, precedido de una introducción...* 2.^a ed. Madrid, 1880. Vol. I.

(36) BONEL Y SÁNCHEZ: *Código Civil español*, t. IV. Lib. IV. Barcelona, 1891, pág. 413.

(37) FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español común y foral*, 5. ed. Barcelona, 1897.

(38) *Concordancias*, t. III. Madrid, 1892, pág. 340.

(39) Ramón O. DE ZÁRATE: *Observaciones al Proyecto de Código Civil*. Burgos, 1852.

válida la enajenación del marido «sin licencia ni otorgamiento de la mujer *salvo si se probare* la intención de defraudar a ésta.

5.—Hay que llegar a la doctrina de los comentaristas del Código para encontrar el precedente inmediato del criterio jurisprudencial que ha prevalecido hasta época muy reciente, por lo menos en cuanto a uno de los aspectos de la cuestión, si bien el alto Tribunal no lo aceptó con todas sus consecuencias. Singularmente MANRESA (40), quien parte de considerar que, cuando la mujer no puede ser indemnizada porque no hay bienes bastantes, se impone la necesidad de *anular* el acto ilegal o fraudulento, concediendo a la mujer una acción de nulidad durante cuatro años, a partir de la disolución de la sociedad. Sostiene este comentarista que tal es el pensamiento del legislador, y plantea el problema del momento en que tal acción puede ser ejercitada por la mujer, afirmando que ésta no puede hacer nada mientras el matrimonio dure, la regla es vana, por lo que la mujer tiene derecho a poner de relieve el acto ilegal o fraudulento del marido, a fin de hacer constar su existencia y prevenir todo perjuicio *en el futuro*. «El acto, así, no puede quedar sin efecto durante la unión —dice— porque el legislador no consiente este recurso extremo, sino cuando no haya otro medio de reparar el daño», y ello con apoyo en los artículos 1.413, y 1.419, para concluir que la mujer puede entablar juicio ordinario contra el marido y los adquirentes, para que se declare que las enajenaciones han sido hechas en contravención al Código o en fraude de la mujer, reservándose el derecho a pedir la nulidad de esos actos cuando llegue el caso de la liquidación de la sociedad y resulte que no quedan bienes bastantes para indemnizar a la mujer, concediéndole mientras tanto una anotación preventiva, cuando los bienes enajenados sean inmuebles (41).

Qué consideraciones influyen en este comentarista para afirmar que el legislador no consiente «el recurso extremo» de que la enajenación fraudulenta quede sin efecto «durante la unión», son seguramente la imprecisa delimitación de la naturaleza del derecho de la mujer en el patrimonio ganancial, por la penetración del principio de que la mujer «non est proprie socia sed speratur fore» (42), derecho que unos consideraban como de «dueña cuya posesión es revocable y ficta hasta la disolución del matrimonio, en cuyo momento adquiriría la posesión efectiva e irrevocable de sus ganancia-

(40) MANRESA: *Coment.*, 1.412-1.416, págs. 579 y sigs.

(41) Es, también, la opinión de VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. V.

(42) GARCÍA GOYENA: *Loc. cit.*, lo expresa claramente: «Los derechos de la mujer durante la sociedad se reducen a participar de los bienes que se encuentren a la disolución: más bien que realmente asociada, tiene ella la esperanza y, si se quiere, el derecho de serlo entonces *non est proprie socia, sed speratur fore*, pág. 338.

les» (43), y otros como un dominio «in habitu» a diferencia del marido que tiene un dominio «in actu» (44), y la existencia del artículo 1.419, en relación con el 1.418, del Código, según los cuales se procederá a la formación del inventario una vez «disuelta la sociedad», y que en el inventario «se traerá a colación el importe de... las enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas con sujeción al artículo 1.413». Criterio éste, aparentemente, de acuerdo con la tradición de nuestros clásicos, puesto que, si bien afirmaron que el derecho de la mujer sobre los gananciales es «in habitu», no dejaron de afirmar también que la mujer es «vere domina lucrorum quae fiunt constante matrimonio» (45), explicando COVARRUBIAS (46), que el marido es dueño actual *sólo* «por causa de su autoridad, administración y potestad de enajenar que tiene».

Se mantiene así el criterio de la nulidad del acto en contravención del artículo 1.413, pero las consideraciones apuntadas mueven a MANRESA a condicionarla a la previa excusión negativa en bienes del marido suficientes para cubrir el valor de la participación de la mujer en los bienes gananciales enajenados, una vez practicada la liquidación, condicionamiento tan lleno de peligros para la eficacia práctica del precepto, que intenta cubrirlos con la cautela de la anotación preventiva de la sentencia que declare el fraude. La aportación de este autor estriba, sin embargo, en conceder a la mujer el ejercicio de la acción *antes* del momento de la liquidación, aunque retardando y condicionando su efecto al momento de la disolución.

Por otra parte, MANRESA trasluce su habitual sentido práctico, que escapó a otros autores, como SÁNCHEZ ROMÁN (47), quien apartándose del criterio de la nulidad actual del acto fraudulento (que considera él derivado de la Ley recopilada), o diferida —que es el criterio de MANRESA—, lo estima válido con la única sanción de negarle eficacia respecto a la mujer y sus herederos lo que equivale a una literal interpretación de la frase «no perjudicará» que emplea el artículo 1.413, agregando que «percibirán su parte de gananciales como si el acto fraudulento no se hubiera celebrado», cuya te-

(43) Vid. CÁRDENAS: Loc. cit.

(44) FERNÁNDEZ ELÍAS: Ob. cit. Este autor sostiene la existencia de tres personalidades integrantes y necesarias en el matrimonio: El marido, la mujer y la institución que de la unión de ambos surge, respetando la doble personalidad, pero unificándola en una personalidad compleja y autónoma. Vide, además, LACRUZ, y allí citados, en *Naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.». Enero, 1950.

(45) Así, GARCÍA: *Tractatus de expensis et meliorationibus*. Valladolid, 1592. XIII, núm. 20 (cit. por LACRUZ, Loc. cit.).

(46) COVARRUBIAS: *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, II, 19. (Lo tomamos igualmente de LACRUZ: Loc. cit., pág. 11.)

(47) SÁNCHEZ ROMÁN: *Est.*, t. V, D. de Familia, Madrid, 1913, pág. 843.

sis acepta exactamente DE DIEGO (48), sin que ninguno de ambos autores contemple el supuesto de que, precisamente por la actividad fraudulenta del marido, no sea posible que la mujer o sus herederos encuentren bienes de donde percibir su parte en los gananciales.

SCAEVOLA (49) vislumbra un mayor empeño en la interpretación del artículo 1.413, contemplando previamente la tesis de la nulidad del acto de enajenación del marido realizado en «contravención al Código», frase a la que no concede un valor propio, sino de mera referencia al principio general de que son nulos por naturaleza los actos celebrados en contra de la Ley. No muy claramente expone que «penetrando esta interpretación en el campo de los gananciales» hace suponer que el marido obra en contravención al Código e incurre en la prescripción del artículo 1.413, siempre que enajena u obliga los bienes para atenciones no previstas en los artículos 1.408, 1.409 y 1.410, lo que da al precepto igual o mayor alcance que tiene su segunda parte, relativa al fraude de la mujer, interpretación que, aun considerándola «un punto de vista nuevo, amplio y digno de atención», rechaza, por estimar que «no es de suponer, teniendo en cuenta los antecedentes del asunto, que el legislador tratara de llevar tan altos sus pensamientos y que innovare esencialmente la legislación antigua sin haberlo manifestado con claridad», concluyendo que el artículo 1.413 no tiene otro objeto que *acentuar* en favor del marido aquellas reglas que fijan la contratación en general.

Para este comentarista la mujer sigue siendo una *dueña in potentia*, que es *acreedora* frente a su marido en cuanto a los bienes gananciales, por lo que concluye que el artículo 1.413 concede a la mujer la facultad de oponerse a las enajenaciones hechas en su fraude, estableciendo la igualdad de casos con el acreedor defraudado, con aplicación al derecho de la mujer de las presunciones de los artículos 1.292 y 1.297, pudiendo revocar las enajenaciones fraudulentas cuando el adquirente haya sido cómplice en el fraude.

Por último, un esquema constructivo fué formulado por PITA (50); para este autor podía la mujer, constante matrimonio, impugnar la «validez, existencia o eficacia» de los contratos que sobre bienes gananciales realice el marido con tal de que pruebe el *perjuicio* y el *fraude* como elementos inexcusables. Considera de eficacia discutible la petición de que se declare el fraude «para en su día», petición—y es lo esencial de la tesis—que únicamente

(48) DE DIEGO: *Inst.*, Madrid, 1930, t. II, pág. 452.

(49) SCAEVOLA: *Coment.* Vol. XXI, art. 1.413, págs. 324 y sigs. Madrid, 1905.

(50) PITA: *Impugnación de contratos sobre gananciales, hechos por el marido. Carácter de la acción correspondiente. Prescripción.* En «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», t. 134, pág. 253 y sigs.

puede aconsejarse cuando conocidamente haya otros bienes, pues en este caso, al no haber *perjuicio actual*, no podrán prosperar las acciones de nulidad y rescisión. Considera monstruoso atar de pies y manos a la mujer impidiéndole impugnar los actos de despojo del marido hasta que llegue el divorcio o la muerte, concluyendo que si la mujer se considera como acreedora, su acción es rescisoria (art. 1.290) y si se le considera partícipe y principal obligada, su acción es de nulidad (art. 1.300), de donde el término de prescripción es de cuatro años, a contar desde la consumación del acto, puesto que puede accionar constante matrimonio.

6.—Veamos ahora el criterio jurisprudencial: La sentencia de 8 de mayo de 1900 abandonó el criterio de la nulidad que había acogido la Jurisprudencia anterior, declarando los actos del marido «válidos en sí mismos e ineficaces (sin declarar el tipo de ineficacia), en cuanto a la mujer, si se han celebrado con visible intención de perjudicar a ésta»; más tarde, la Sentencia de 12 de diciembre de 1929 acogió en gran parte el criterio de MANRESA, reduciendo el derecho de la mujer, a obtener «una especie de información *ad perpetuam* hecha en forma contradictoria, con el fin de obtener una ejecutoria que sirva de base necesaria y eficaz para cuando llegue el caso de traer a colación el importe del fraude, a tenor del artículo 1.419»; doctrina que se aparta del criterio de MANRESA sólo en que deniega la anotación preventiva sobre los bienes enajenados sobre la base de que tal anotación no está consignada en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria; que la anotación preventiva equivale a una mácula que entorpece la libre contratación; que en el artículo 42 «no está claramente comprendido el *derecho personal* de la mujer, reconocido por el párrafo segundo del artículo 1.413 del Código civil, a que se declare que determinada enajenación se realizó con ánimo de defraudarla, pues esa anotación equivaldría a una prohibición de enajenar no autorizada por la Ley para estos casos».

Mayor eficacia práctica podría haberse obtenido por el camino que inició la Sentencia de 26 de mayo de 1930, en la cual aparecen conceptos que no llegaron a desarrollarse. Así, dejando aparte la declaración de la mujer como una «legítima acreedora de esperanza» (que más bien parece hacer como mero tributo al principio «non est proprie socia sed speratur fore»), esta sentencia contenía los siguientes elementos: a) Declaró a la mujer *legal asociada* en el patrimonio ganancial. b) Declaró que la enajenación del marido con infracción de los preceptos del Código o con fraude de la mujer perjudicándola en su interés como legal asociada en el patrimonio ganancial, constituye un *mal uso* de las facultades concedidas por la Ley al marido para enajenar y obligar los bienes de la sociedad conyugal. c) Que el dicho mal uso de facultades da lugar al ejercicio por la mujer del derecho del artículo 1.413. d) Que

el contrato de enajenación ha de reputarse *válido* «en cualquier otro caso». e) Que la impugnación exige un *perjuicio* del interés de la mujer como legal asociada en el patrimonio, cuyo origen esté en el fraude, faltando el cual son inoperantes las consecuencias favorables o adversas de la enajenación; y f) Que el artículo 1.413 servía para «limitar la omnimoda facultad del marido para enajenar y obligar los bienes de la sociedad conyugal».

A pesar de ello, y de la expresa declaración de la mujer como «legal asociada» en el patrimonio ganancial, difiere la efectividad de su derecho «a cualquier caso de disolución de la (misma) sociedad» (51), pero apunta, como puede verse, elementos bastantes para haber intentado una construcción del derecho de la mujer al amparo del artículo 1.413, singularmente la declaración de ésta como legal *asociada* de un *patrimonio* ganancial y la ineficacia del acto fraudulento.

Pero, por el contrario, la Sentencia de 17 de abril de 1950 volvió explícitamente al criterio de la ya citada de 1929, concretando que el artículo 1.413 era un caso «especial e independiente de la rescisión en general, que sirve de base para reclamar *después de la disolución* los derechos que le concede el artículo 1.413», siempre que «no hubiera otro medio de reparar el perjuicio», considerando los contratos rescindibles «en lo que fuera necesario para reparar el perjuicio, lo que no puede determinarse hasta la disolución de la sociedad conyugal».

Esta doctrina jurisprudencial se apartó, como hemos visto, aunque sea parcialmente, de los criterios anteriores y aún contiene una mayor imprecisión al formular esta especie de rescisión atípica que justifica muy cumplidamente que los autores más recientes clamaran ante la ineficacia del precepto (52).

Quizá el punto de partida de la tímida, por así decirlo, doctrina de la Judisprudencia y los comentaristas esté en la ya apuntada pe-

(51) La citada Sentencia declara: «el artículo 1.413 viene a limitar la omnimoda facultad del marido para enajenar y obligar los bienes de la sociedad conyugal, cuyo mal uso es tanto como causar indudable agravio al interés reconocido de la mujer como legítima acreedora de esperanza, para el día de la disolución...»; pero ello precisa acreditar «la correspondiente infracción de algún precepto del Código civil o que la enajenación realizada por el marido constituye un fraude origen del perjuicio para el interés que la mujer tiene representado por su cualidad de legal asociada en el patrimonio llamado de gananciales... porque en cualquier otro caso el contrato de enajenación ha de reputarse *valedero*, cualesquiera que puedan ser sus repercusiones en dicho patrimonio, así favorables como adversas, si no se ha probado que el contrato fué hecho cautelosamente para defraudar o damnificar a la mujer». Sostiene que es precisa la prueba de «la dañada intención de causar perjuicio a la mujer, en fraude de los legítimos intereses que en la sociedad legal tiene asignados durante su existencia y para ser efectivos en cualquier caso de liquidación de la misma».

(52) Vide BORRELL: *Derecho Civil español*, t. IV, Barcelona, 1955, pág. 450, y ROYO MARTÍNEZ: *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 213.

netración en nuestra doctrina del principio expresado por DUMOULIN, negando a la mujer un derecho *actual* (obsérvense las palabras de GARCÍA GOYENA al describir el derecho de la mujer en el patrimonio ganancial como «a participar de los bienes que se encuentren al tiempo de la disolución», teniendo «la esperanza y, si se quiere, el derecho de ser asociada entonces (53) con la descripción que hace POTHIER: «Mientras existe la comunidad tiene la mujer un «derecho informe», «una simple esperanza de participar en los bienes que componen la comunidad a su disolución», «sólo por la disolución comienza el derecho de la mujer y deviene un derecho verdadero y efectivo...» (54), y probablemente la consideración de que a mayor y más enérgica protección del interés de la mujer podía producirse una mayor debilitación del crédito de la sociedad conyugal, viniendo a establecer un criterio indefinido que en nada remediaba este obstáculo: basta considerar que si la mujer obtenía la declaración de fraude en la enajenación, el adquirente, hasta la disolución, ignoraba a qué atenerse respecto a la seguridad de su adquisición y denegada, además, la anotación preventiva, le bastaba la interposición de un tercero de buena fe, mediante una segunda enajenación para que el derecho de la mujer fuera absolutamente ilusorio.

El Tribunal Supremo rectificó más recientemente su criterio, en sentido que encerraba mayores posibilidades, en su Sentencia de 25 de mayo de 1956, en la que, partiendo de considerar el *móvil* del negocio jurídico de enajenación realizado por el esposo (considerando 1.º), estimó que el contrato de compraventa realizado por el marido a favor de otra persona es simulado, disimulando una donación entre las partes que «por carecer de causa y ser, además, ilícita al efectuarse con ausencia de precio, da lugar a su revocación por aplicación de los artículos 1.413 y 1.419», que no infringió la sentencia recurrida porque «desde que ocurre la enajenación de bienes de la sociedad conyugal puede la mujer ejercitar las acciones conducentes para obtener la declaración de perjuicios y fraude, bien estimando que el contrato en que se contiene es *simulado*, o bien que se tenga en cuenta la declaración que pretende al producirse la disolución de dicha sociedad» (considerando 2.º), confirmando el fallo del juez de instancia que declaró la plena nulidad de la escritura de enajenación y mandaba devolver a la sociedad de gananciales el inmueble enajenado. Como puede apreciarse, la aportación de esta sentencia es importante, en cuanto concedió un valor *actual*, constante matrimonio, a la protección del interés de la mujer en el matrimonio ganancial, siquiera cuando se prueba la disimulación del negocio de enajenación, por el hecho de encubrir con una escritura de compraventa una donación que

(53) GARCÍA GOYENA: Loc. cit., pág. 338, t. III.

(54) POTHIER: Loc. cit., pág. 312, núm. 497.

estima ilícita por estar ausente el precio, con la consecuencia de declararla nula, reintegrando el bien a la sociedad, *sin que ello infrinja el artículo 1.419*, que hasta entonces había sido un obstáculo, como hemos visto. Todo lo cual podía considerarse, sin perjuicio de su notoria imprecisión técnica, un avance considerable en la protección del interés de la mujer.

7.—Con respecto a los Derechos francés y belga, la unánime aceptación del famoso adagio de DUMOULIN y las vicisitudes de la Codificación motivaron que la doctrina no encontrara en el Código un precepto equivalente a nuestro artículo 1.413; la protección de la mujer giraba alrededor del artículo 271 de estos Códigos, relativo solamente a las situaciones de anormalidad del matrimonio, promovido ya juicio de divorcio: «Toda obligación contraída por el marido con cargo a la comunidad, toda enajenación hecha por él de inmuebles, con posterioridad a la fecha de la ordenanza de que se ha hecho mención en el artículo 238, será declarada nula si se prueba que ha sido hecha o contratada en fraude de los derechos de la mujer», precepto tan insuficiente que dió lugar a que, en Bélgica, se dictara la Ley de 20 de julio de 1932 (art. 214-j), según la cual «si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes, el Presidente del tribunal de primera instancia del último domicilio conyugal ordenará las medidas urgentes y provisórias que exija el interés del otro cónyuge y de los hijos», cuyo precepto, según la Comisión de la Cámara, se dictó para «limitar y poner remedio preventivo a los abusos del poder marital» (55).

Y es que, en realidad, el artículo 1.421 del Código francés vino a ampliar las facultades del marido, con respecto al Derecho anterior, pues la única restricción que le impuso fué la prohibición, en principio, de las donaciones, teniendo que ser una —como dice CHERON (56)— «Jurisprudencia pretoriana» la que, inspirándose en la razón y en la tradición, pusiera límites al derecho del marido, con el razonamiento de que el Código *no repudió* la idea de que el marido debe respetar los derechos eventuales de la mujer, produciéndose en tiempos recientes, y como consecuencia de las corrientes feministas y de la moderna realidad social, un movimiento de reforma tendente a reforzar la posición de la mujer, tema todavía controvertido (57).

Así, con la reducida área de aplicación del artículo 271, la doctrina y la Jurisprudencia buscaron justificación a las limitaciones del poder marital en el ámbito de los principios generales, sobre

(55) GRAULICH: Loc. cit., pág. 287.

(56) CHERON: Loc. cit.

(57) Vid. CHOTEAU: *La réforme des régimes matrimoniaux*. En «Le Droit privé français au milieu du XX siècle. Etudes offertes a Georges Ripert», t. I, pág. 455 y sigs. París, 1950.

la base de dos tesis diferentes: La primera sosteniendo que el artículo 271, para el supuesto de enajenación del marido en fraude de la mujer, es una aplicación general del artículo 1.167 (acción revocatoria). Ha sido el criterio de la Jurisprudencia de estos países cuando ha querido encontrar un principio general que justifique la acción de la esposa (58), siguiendo esta opinión numerosos autores (59). La segunda opinión es la de que, el precepto es una excepción o supuesto distinto al de la acción pauliana. Esta segunda opinión arranca de una postura crítica de la primera: BAUGNIET (60) funda el carácter excepcional del precepto, respecto al artículo 1.167, en que la acción de la mujer ha de ejercitarse sólo *durante* el pleito de divorcio, pues por lo demás se inspira en el mismo principio que la acción pauliana: Protección a la víctima del fraude. Pero otros encuentran una justificación más sustancial a la condición excepcional del precepto, observando que, aunque la acción pauliana satisface las exigencias del crédito más que la acción de nulidad —que permite a la mujer inquietar, incluso, a los adquirentes de buena fe—, cuyos efectos son demasiado enérgicos, hay motivos más que suficientes para dudar de la «exactitud jurídica» de esta solución: Porque la mujer no se presenta como *accredora*, sino como *asociada*, pudiendo atacar el acto por el que el administrador ha dispuesto abusivamente del activo social, y su acción expresa la existencia de un derecho *inerte*, pero *actual*; porque la acción pauliana se dirige contra los actos por los cuales el deudor crea o aumenta su insolvencia, y ello puede aplicarse aquí malamente porque no puede explicarse satisfactoriamente qué es eso de la insolvencia del marido respecto a su mujer, y ésta quedaría sin protección frente a aquellos actos por los cuales el marido, sin comprometer las restituciones, hubiera hecho desaparecer las economías o enriquecimientos realizados por la comunidad, y ello es inaceptable (61). Se observa también que los actos del marido, fraudulentos, no se dirigen a obtener una insolvencia para impedir el pago de un crédito a su mujer, sino que obra en fraude cada vez que ejercita sus poderes de gestión para frustrar los beneficios que obtendrá la mujer ejercitando los derechos que ella posee en la comunidad. Tales actos pueden ser incluso materiales, y ejercitados por simple rencor, que no están en el ámbito del artículo 1.167; como puede darse el caso de que aun teniendo un patrimonio propio

(58) Según PIRSON: Loc. cit., pág. 245.

(59) BEUDANT, t. III, núm. 845, pág. 47; BAUDRY-LACANTINERIE et CHE-
NAUX: *Traité des Personnes*, t. III, núm. 225, pág. 138; LAURENT, t. III,
núm. 253, pág. 293; HUC, t. II, núm. 359.

(60) BAUGNIET: en «*Rev. Crit. Jur. belgeue*», 1951, pág. 123, Nota a
Sentencia de 18 de febrero de 1950.

(61) GAUDEMET: Nota sobre *Communauté conjugale. Alienation par le
mari d'un immeuble en fraude des droits de la femme*, en «*Rev. Trim. Droit
Civile*», 1910, págs. 423 y sigs., núm. 13.

cuanzioso, realice actos que perjudiquen a la comunidad. En una palabra, que el fraude del marido no es el fraude pauliano, sin perjuicio de que la mujer puede ejercitar contra su marido una acción pauliana propiamente dicha cuando concurren las circunstancias propias de ésta, o sea, cuando después de la disolución de la comunidad conserve contra su marido un crédito exigible, singularmente una pensión alimenticia (62).

Tales consideraciones han hecho buscar a los autores, dentro de esta dirección, una justificación más específica a la acción de la mujer, cuyos criterios pueden resumirse así: Los que sostienen la existencia de un *abuso de derecho* o *desviación de poder* en la conducta del marido, y los que se apoyan en la acción general de fraude, según el principio «*fraus omnia corrumpit*».

La primera de estas posiciones es la de RIPERT (63), según el cual todo administrador que usa de los poderes que le son conferidos por la Ley para satisfacer sus propios intereses, comete una especie de desviación de poder, y el acto se encuentra viciado por el objeto perseguido. En el Tratado, con PLANIOL, se expresan en el sentido de que la acción fraudulenta del marido representa la comisión de un abuso de derecho o, más exactamente, una desviación de poder (64). Igualmente, GAUDEMET (65), quien, partiendo de que el acto del marido no se realiza *sin derecho*, y, por tanto, no es nulo, constituye una desviación de poder; se apoya en la consideración de que la idea del abuso del derecho, muy especialmente en el Derecho de familia, juega históricamente el papel de un agente de progreso, en cuanto limita, en interés de la protección de los débiles, ciertos poderes muy vagamente definidos por la Ley (66).

El segundo criterio aparece combinado con el anterior. Así JOSSEKAND (67), cita como ejemplo de abuso fraudulento de la Ley, apoyándose en su texto, al marido que se prevale de las facultades del artículo 1.421, considerando que los actos son nulos por haberse realizado en fraude de los derechos de la mujer, aunque externamente se hayan utilizado las facultades legales. También BONNECASSÉ (68), por los mismos motivos, adopta el criterio de la nulidad del acto. El primero invoca el principio «*fraus*

(62) PIRSON: Loc. cit., págs. 239 y sigs.

(63) RIPERT: *La règle moral dans les obligations civiles*, 3.^a ed., París, 1935, pág. 318, cita como caso destacable los poderes del marido sobre la comunidad, puesto que disipándola actúa en el uso de sus facultades legales: «*apotest perdere, dissipare, abuti*», sin límites objetivos al ejercicio del derecho.

(64) PLANIOL-RIPERT, t. VIII, núm. 546, pág. 612.

(65) GAUDEMET: Loc. cit., pág. 425.

(66) GAUDEMET: *Nota a Jurisprudencia*, en «Rev. Tr. D. Civil», 1909, pág. 672.

(67) JOSSEKAND: *Los móviles en los actos jurídicos del Derecho privado*. Puebla, 1946. México. Trad S. Larios.

(68) BONNECASSÉ: Loc. cit., pág. 306.

omnia corrumpit) y el exceso de poder; el segundo, que el acto del marido, sólo en apariencia, o literalmente, se mantiene dentro de los límites de sus facultades. De la nulidad de pleno derecho se muestran igualmente partidarios COLIN-CAPITANT (69) y DE PAGE (70).

PIRSON (71) discrepa por igual de la tesis de la acción pauliana y de la nulidad absoluta del acto: Lo primero porque la mujer no es acreedora, sino partícipe en la comunidad; lo segundo, porque el fraude no está dirigido contra una disposición de orden público, concluyendo que el efecto del acto fraudulento es su *inoponibilidad* respecto a la mujer, aunque conservando su eficacia entre el marido y el tercero, inoponibilidad sólo en la medida de los derechos que la mujer posee en la comunidad (72).

La otra cuestión planteada es la relativa al momento en que la mujer puede ejercitar la acción en defensa de su derecho.

En este punto el criterio clásico es negar la acción a la mujer hasta después de la disolución, o hasta que se produzca el supuesto de anormalidad del artículo 271 del Código relativo al divorcio, según el siguiente razonamiento: Mientras no se practique la liquidación se ignora si hay perjuicio; cuando la liquidación tenga lugar se tendrán en cuenta estas enajenaciones, su valor se imputará a la parte del marido, y ni la mujer ni sus herederos habrán sufrido perjuicio. Por otra parte, el artículo 271 declara nulas las enajenaciones hechas por el marido en fraude de la mujer después de la ordenanza a que este precepto se refiere; luego sólo después de esta ordenanza y en el supuesto de este artículo, puede la mujer pedir la nulidad de tales actos (73). En suma, el planteamiento se reduce a que la anulación será la *consecuencia* y no el *preliminar* de la liquidación (74).

Tal doctrina, que procura a la mujer una protección «a retardamento» (75), ha sido largamente criticada por exponerla a la desaparición de las pruebas del fraude del marido y de los terceros y a la ineficacia de su acción, debiendo contentarse con una indemnización a cargo del marido y los cómplices, quizá insolventes en el intervalo; y lo cierto es que la doctrina y la Jurisprudencia han reaccionado contra este criterio, intentando justificar

(69) COLIN-CAPITANT, t. I, núm. 209.

(70) DE PAGE, t. I, núm. 963, págs. 1005-1008.

(71) PIRSON: en «Rev. Tr. D. C.», julio, 1947. Nota, págs. 271.

(72) Sobre el tema de la inoponibilidad, anteriormente BASTIAN: *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, París, 1929. Y SINAY: *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la Jurisprudence récente*. «Rev. Trm. D. Civil», 1948, págs. 183 y sigs. Sostienen que éste es también el efecto de la acción pauliana, que se limita a reparar *in natura* el perjuicio sufrido por el acreedor, sólo en la medida del perjuicio y en cuanto a las relaciones entre acreedor y tercero adquirente.

(73) Vid. CHERON: Loc. cit., pág. 155.

(74) PLANIOL-RIPERT, t. VIII, núm. 535.

(75) Expresión de MOREAU, cit. por PIRSON, loc. cit.

la acción de la mujer sin esperar a la disolución (76). Como medio de obstaculizar en lo posible el fraude del marido, René PIRET señala (77), que en virtud de disposiciones disciplinarias, en Bélgica, el Notario a quien el marido se dirija para la venta de un inmueble común, o para la constitución de una hipoteca sobre bienes inmuebles, debe, antes de autorizar el acto, averiguar los motivos por los cuales la mujer no interviene en él, y si éste se realiza en fraude de los derechos de aquélla, rehusar en estos casos su ministerio. Señala igualmente que la Ley de 20 de julio de 1932 permite a la mujer pedir que se prohíba al marido toda enajenación o toda disposición de bienes comunes que comprometan sus intereses o los de sus hijos, lo que constituyen medidas preventivas.

La cuestión, sin embargo, tiene un interés relativo a nuestro propósito, por haber acogido nuestra Jurisprudencia la posibilidad de accionar la mujer antes de la liquidación, como vimos en su lugar, y por el criterio sustentado en la reciente reforma en orden a las medidas preventivas.

8.—La doctrina italiana relativa al Código de 1865, directamente influida por la doctrina francesa, comentó la facultad concedida al marido para enajenar y obligar los bienes de la comunidad, sin el consentimiento, y aun contra la voluntad de la mujer, desde puntos de vista distintos: Unos (78), criticando tal concesión de facultades por estar, incluso, en contradicción con el antiguo Derecho francés, que exigía al marido para enajenar, el concurso de la mujer; otros, como BIANCHI (79), justificando esta supremacía del marido con argumentos que toma de TROPLONG, sostiene que a nadie puede maravillar que el «artífice tenga derecho a transformar como mejor le agrade la propia obra», ya que las adquisiciones son, de ordinario, obra del marido, afirmando ingeniosamente que el marido puede abusar cuando, en lugar de previsor y aficionado a la familia, es un marido «ligero», pero en este caso «no es probable que, con un marido de tales condiciones, se puedan lograr las adquisiciones de que habla el artículo 1.436». Sostiene que es grave la dificultad de descubrir el fraude del marido, lo que remite a los Tribunales, aconsejando que deben juzgar «con justicia y vigor, pero con prudencia y sin pasión», concluyendo que la prueba del fraude corresponde a la mujer en el momento de la disolución, debiendo el marido reembolsar, y pudiendo dirigirse la acción contra el tercero adquirente para impugnar el acto, si fué cómplice en el fraude.

Ante la ausencia de un precepto equivalente a nuestro artícu-

(76) PIRSON: *Loc. cit.*

(77) PIRET: *Juris Classeur de Droit comparé.*

(78) BORSARI: *Comment.*, pfo. 3.465.

(79) BIANCHI: *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1892, pág. 546.

lo 1.413, PIOLA (80), que parte de considerar al marido como un mandatario, invoca los preceptos relativos a la sociedad, según los cuales el administrador obliga a la sociedad siempre que actúe sin fraude.

El vigente Código italiano no aporta en este punto más innovación que la de extender la comunidad, no sólo a las utilidades, sino también a las adquisiciones, que el legislador de 1865 no aceptó por considerar el sistema poco conforme con las tradiciones italianas (81), si bien las trabajos preparatorios, partiendo ya de que la mujer es partícipe en la comunidad constante matrimonio, intentaron la necesidad del consentimiento de la mujer para enajenar inmuebles, con el recurso de la autorización judicial en defecto de aquél, autorización que había de sustituir el consentimiento del cónyuge con carácter constitutivo para la perfección del negocio jurídico de enajenación. A pesar de ello, el Código vigente no recogió este criterio y siguió el del Código anterior de establecer como limitaciones a las facultades de enajenación del marido, que tenga lugar a título oneroso (82).

En general la cuestión, ante la ausencia de un precepto análogo a nuestro anterior artículo 1.413, se reduce a buscar límites a las facultades del marido: Así, TEDESCHI (83), que defiende la nulidad del acto fraudulento por entender aplicable a los poderes de administración del marido la misma limitación que para la sociedad resulta del artículo 1.720, solución semejante, como vemos, a la propuesta por PIOLA; por lo que se concreta a si la mujer puede, o no, ejercitar su acción durante la comunidad, problema que, a su juicio, resulta de que, al concederle a la mujer el artículo 1.444 la facultad de renunciar a los gananciales, parece faltar el interés de la acción, ya que puede, mediante esta renuncia, desentenderse de la comunidad. Opina, frente a BIANCHI y PIOLA, que es preferible la solución de permitir a la mujer el ejercicio de la acción durante la comunidad, que no impide el hecho de que tenga facultad para renunciar los gananciales, ya que ésta es una facultad de la mujer cuyo ejercicio puede ser determinado, precisamente, por la falta de activo, que es lo que se quiere impedir con la anulación del acto ilegítimamente realizado por el marido.

9.—El examen de las notas que hasta ahora llevamos consignadas induce a la conclusión de que toda la incierta protección de la mujer frente a las actuaciones del marido en fraude de ésta, derivaba, probablemente, de un concurso de influencias propias

(80) PIOLA: *Comunione dei beni fra coniugi*. En «Digesto italiano».

(81) PISANELLI: *Relazione del Progetto del 3.º Libro del Codice Civile* (GIANZANA: *Lavori preparatori*, vol. I, pág. 107).

(82) Vid. Nicola y Francesco STOLEI: *Il Nuovo Codice Civile Commentato*, Libro I, Delle persone. Napoli, 1939, art. 218.

(83) TEDESCHI con JEMOLO: *En Tratt. Dir. Civile de VASSALLI*.

y extrañas que atañen a la consideración jurídica de la mujer casada en cuanto a su posición respecto a la autoridad marital, a la naturaleza del régimen de gananciales y a la poco concreta delimitación de la naturaleza del derecho de la mujer en el patrimonio ganancial, dándose la circunstancia de que, habiendo tenido en cuenta nuestro legislador los precedentes históricos de la regulación de los gananciales en nuestro Derecho, la interpretación y alcance del párrafo segundo del anterior artículo 1.413 parecía estar claramente influida por los principios elaborados por la doctrina francesa. Que los redactores del Código tuvieron en cuenta el precedente de la Novísima Recopilación, lo muestra el haber añadido el párrafo segundo del precepto citado, que no contiene el artículo 1.412 del Código francés, ni el italiano de 1865. En cambio, ya vimos el absoluto paralelismo entre la doctrina de POTHIER respecto a la naturaleza del derecho de la mujer en la comunidad, y las palabras de GARCÍA GOYENA al explicar el Proyecto de 1851, arrancando posiblemente de aquí que el principio «uxor non est proprie socia...», que tanto influyó todo el Derecho francés en este punto, tomara carta de naturaleza en nuestra patria, por su aparente coincidencia con la afirmación de nuestros clásicos de que el derecho de la mujer en los gananciales es un derecho «in habitu». La consecuencia fué que sólo se concedió a la mujer una protección tan precaria como la que nuestra Jurisprudencia estructuró, incluso hasta en la Sentencia de 25 de mayo de 1956, citada antes, que inició un camino de mayor eficacia aunque de poca precisión técnica.

Ciertamente que está justificado el esfuerzo de la doctrina francesa para encontrar un principio general que limite la facultad casi omnimoda que al marido concede el artículo 1.421 del Código de Napoleón, principios que ha buscado por distintos caminos, según los puntos de partida: Si la mujer es sólo una acreedora con un derecho eventual a concretarse el día de la liquidación, el remedio pauliano venía a satisfacer en cierto modo las exigencias de la protección de la mujer y la seguridad del crédito; si la mujer es partícipe o asociada a una comunidad, el camino se busca a través del principio «fraus omnia corrumpit», o a través del abuso de derecho o desviación de poder, que bajo la apariencia de una legalidad externa, proporcionada por el artículo 1.421 del Código, implica la intención fraudulenta del marido.

Mas la doctrina y la Jurisprudencia españolas contaban con un precepto sobre el que construir con flexibilidad de criterio la protección de la mujer, dados los términos en que se expresaba el artículo 1.413 en su párrafo segundo. Apunta CARRARO (84),

(84) CARRARO, Luigi: *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*. En «Riv. Trim. di Diritto e procedura civile», 1949, págs. 782 y sigs.

que toda dificultad de una represión de la conducta fraudulenta está en esto: De un lado, en la necesidad de abstracción de la norma jurídica, que puede ser utilizada para fines en pugna con los que han inspirado al legislador al dictarla, y, de otro, la inoportunidad de privar en estos casos de eficacia a la norma para no comprometer la certidumbre del derecho. Lo difícil es que el intérprete encuentre el punto de equilibrio entre estas dos exigencias. Por ello no faltan los esfuerzos doctrinales para construir la excepción general de dolo sobre la base del principio de buena fe (85), y esta dificultad, respecto al concreto supuesto del artículo 1.413 anterior a la reforma, no la encontraron los intérpretes porque el Código consagró los dos conceptos que servían de límite a las facultades atribuídas al marido como jefe de la entidad familiar en orden al patrimonio común: La idea de actos realizados en *contravención al Código* y en *fraude de la mujer*.

Sin embargo, las apuntadas influencias pesaron en la mente de nuestros autores, y el carácter eventual, in potentia, «informe» —según POTHIER— del derecho de la mujer a los gananciales, juntamente con la necesidad de dar certidumbre a las relaciones de la sociedad conyugal con los terceros, produjo que a la mujer no se le dispensara una protección contra la lesión de un derecho actual, y que toda reparación hubiera de dilatarse hasta el momento de la liquidación, momento en que tal derecho se concreta, lo que parece apoyar, a primera vista, el artículo 1.419.

Dificultades que movieron ya hace tiempo a nuestros autores y a los juristas prácticos a pedir una reforma de nuestro artículo 1.413, en el sentido que después propugnarían sin éxito, como hemos visto, los trabajos preparatorios del moderno Código italiano: Así HINOJOSA (86) pedía el remedio de la indefensión de la mujer por el procedimiento de darle intervención eficaz en la administración del patrimonio conyugal, intervención que habría de ser imprescindible para enajenar e hipotecar los bienes inmuebles de la sociedad y especialmente de los «valores públicos».

La ponencia defendida por COBIÁN Y MAYNAR en el Congreso de Abogados Españoles, de San Sebastián, el año 1919, sobre el tema presentado por don Manuel BREVA, de Castellón de la Plana, decía así: «modificación de los artículos 1.387 y 1.413 del Código civil en el sentido de que se conceda capacidad jurídica a la mujer casada para enajenar sus bienes parafernales, sin licencia de su marido y que se *exija el consentimiento de la misma* para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales» (87).

(85) En España el reciente libro del profesor COSSIO: *El dolo en el Derecho Civil*. Ed. Rev. Dcho. Privdo. Madrid, 1955, prueba este aserto.

(86) Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, citado por ISABAL: «Rev. Dcho. Privado», 1920, págs 197 y sigs.

(87) La referencia en PITA: Loc. cit., págs. 253 y sigs.

ISABAL, después de destacar que el sentido general de la legislación moderna era exigir la intervención de la mujer para la enajenación de bienes inmuebles gananciales (88), afirmaba que el marido es dueño casi absoluto por las restricciones del artículo 1.413, que reconoce el derecho de la mujer, «si bien de un modo que muchas veces ha de resultar, en definitiva, ineficaz» (89).

Por último, DÁVILA (90) se mostró partidario de conceder intervención a la mujer, siquiera en garantía de los adquirentes, sobre todo en aquellos actos que, por su finalidad, no están dentro del interés de la comunidad, aunque se mostró escéptico por entrar el supuesto en la política legislativa, y más recientemente, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (91) planteó un complicado supuesto de aplicación del antiguo artículo 1.413, ocupándose del problema.

10.—La reforma de abril de 1958, siguiendo esta tendencia, adopta la solución más radical, a falta de criterios firmes en orden a la interpretación del artículo 1.413, y se sitúa frente al criterio tradicional incorporando definitivamente a la mujer casada a los actos dispositivos de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial.

Tal solución supone, a nuestro parecer, un explícito reconocimiento del fracaso de las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que, durante tanto tiempo, no consiguieron una protección eficaz del interés de la mujer en los bienes gananciales por el cauce del artículo 1.413, en cuanto precepto simplemente limitativo, que por otra parte es el punto de vista más hondamente arraigado en nuestro tradicional sistema de gananciales.

Pero si los ineficaces criterios interpretativos anteriores estaban notoriamente influidos por la doctrina francesa, construída sobre el viejo principio de DUMOULIN, habremos de reconocer también que la solución del nuevo precepto, aunque no en sus fundamentos, tiene su precedente en sistemas un tanto alejados del que nos es tradicional, aun siendo sustancialmente sistemas de comunidad restringida.

Una brevísima ojeada al Derecho extranjero, en el punto concreto que nos interesa ahora, produce como resultado el dato de que la gran mayoría de los sistemas en que se exige el consentimiento de la mujer para enajenar bienes inmuebles del patrimonio común, descansan sobre bases completamente distintas de nuestro sistema de gananciales. Lo hacen sobre la base de que

(88) ISABAL: *El artículo 1.413 del Código Civil y las legislaciones forales*, cit. antes, «Rev. D. Priv.».

(89) ISABAL: *Sociedad de gananciales*, en «Enciclopedia Jur. Seix», pág. 895.

(90) DÁVILA: *Los poderes del marido sobre disposición y obligación de los bienes gananciales*. En «Rev. Crit. D. Inmobil.», 1948.

(91) ANUARIO DE D. CIVIL, t. IX, julio-septiembre, 1956, págs. 918 y sigs.

ambos cónyuges tienen la titularidad de disposición de los bienes de ese patrimonio, incluso la coadministración, sin que aparezca la jefatura doméstica del marido respecto al patrimonio, como es característico de nuestro sistema. De manera que no se atribuye al marido la disposición —como comienza haciendo nuestro nuevo precepto reformado— con consentimiento de la mujer, sino a ambos cónyuges conjuntamente, en ciertos casos y con referencia a ciertos bienes, fuera de los cuales, tanto el marido, como la esposa, pueden disponer libremente.

Es decir, juega el principio de absoluta equiparación, y las limitaciones no están encaminadas a la protección de la mujer, sino del interés de la familia. Hungría (Ley IV de 1952 (92), Cuba (Ley de 20 de diciembre de 1950) (93), Suecia (94), Noruega (95) (Ley

(92) Paul SZIGETI expone que la Ley IV de 1952 pone fin radicalmente a la libertad de los esposos en lo que concierne a su régimen matrimonial y les impone el de comunidad de adquisiciones, incluso con carácter retroactivo. En lo que nos concierne, el artículo 30 de dicha Ley establece que los esposos no pueden disponer de los bienes comunes más que de común acuerdo. Todo contrato a título oneroso, concluido por uno de los esposos se considera celebrado con el consentimiento del otro, salvo si el contratante sabía que el otro esposo no estaba de acuerdo. Cuando el contrato concierne a un objeto afecto al uso personal del esposo contratante o a la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana, el esposo no puede invocar el defecto de consentimiento, a no ser que haya protestado expresamente al tercero antes de la conclusión del contrato. (Vid. «Juris Classeur. Droit Comparé»).

(93) El artículo 8.º de la Ley de 20 de diciembre de 1950 establece que los actos de disposición no son válidos más que si los esposos consienten, previéndose los casos de disenso.

(94) Según G. FORSSJUS rige legalmente el sistema de «bienes matrimoniales», que se contraponen a los «personales». Sobre aquéllos tiene cada cónyuge un derecho eventual a la mitad en el momento de la disolución. Sobre los inmuebles, el mobiliario común, instrumentos de trabajo y bienes de uso personal de los hijos, recae un «derecho matrimonial» de los cónyuges, los inmuebles no puede enajenarlos su propietario ni gravarlos con hipoteca sin el consentimiento por escrito del cónyuge, en presencia de dos testigos. Para los demás bienes basta el consentimiento verbal. El consentimiento puede ser sustituido por autorización del Tribunal. El acto no consentido o autorizado puede ser impugnado por el otro cónyuge en el plazo de tres meses, desde que tuvo conocimiento de la enajenación, o en el año siguiente a la enajenación o constitución de hipoteca, si se trata de inmuebles. (En «Juris Classeur», loc. cit.).

(95) Evald RYGH (loc. cit. «Jur. Classeur») cita el artículo 14 de la Ley de 20 de mayo de 1927, que exige el consentimiento del cónyuge para enajenar o hipotecar los inmuebles, si sirven como habitación común o son necesarios al ejercicio de la profesión de los esposos. Este consentimiento es también necesario en ciertos casos, cuando se trata de consentir arrendamientos sobre inmuebles comunes. También para los muebles, si son parte de los bienes comunes, y son necesarios al ejercicio de una profesión o a la educación y atención de los hijos (art. 15). El cónyuge que no concurre puede demandar la nulidad del acto, en plazo de tres meses, desde la fecha en que tuvo conocimiento de la enajenación, y como máximo en el plazo de un año siguiente a su publicación si se trata de inmuebles, o a la tradición, si se trata de muebles (art. 16). Si el consentimiento es injus-

de 20 de mayo de 1927), Holanda (Leyes de 14 de junio de 1956 y 1 de enero de 1957) (96), Polonia (Decreto-Ley de 29 de mayo de 1946 y Código de la Familia, de 26 de junio de 1950) (97), Rumania (98), Checoslovaquia (Código de la Familia de 7 de diciembre de 1949) (99), incluso Alemania (100), son claros ejemplos

tamente rehusado puede la Administración acordar la autorización. En el caso de maniobras fraudulentas de un esposo, puede el otro demandar la reparación, en el momento de la partición.

(96) Van OMMEREN señala que la Ley de 1 de enero de 1957 modificó el artículo 164 del Cód. civ. en el sentido de cada esposo deberá ser autorizado por el otro para aquellos actos de disposición relativos a la habitación o al mobiliario que ella contiene, hacer donaciones, salvo las habituales y razonables, y concluir ciertos contratos, limitaciones que se aplican a todos los regímenes matrimoniales, y a todos los bienes de esta clase, sean propios o comunes. El Juzgado de Paz puede conceder autorización en caso de ausencia o incapacidad del cónyuge; pero si éste rehusa, debe acudir al Tribunal. El cónyuge que no autorizó puede pedir la nulidad del acto en el plazo de un año, a contar desde la fecha en que tuvo conocimiento del acto. En el caso de comunidad de ganancias y pérdidas, cada cónyuge conserva la gestión de su patrimonio propio, sin que la mujer necesite autorización o licencia para contratar (Ley 14 junio 1956), salvo para los actos antes referidos a los que en todo caso se aplican las limitaciones dichas.

(97) Sophie BORTEN señala que el régimen establecido por el Decreto-Ley de 29 de mayo de 1946, era el de comunidad restringido, de adquisiciones: en lo que nos concierne ahora, después de atribuir a cada cónyuge la propiedad y disposición de sus bienes personales y de las adquisiciones, establecía que ningún cónyuge podía, sin el consentimiento del otro, bajo pena de nulidad, enajenar ni gravar los inmuebles y los establecimientos mercantiles adquiridos durante el desarrollo del régimen, salvo que hubiesen sido adquiridos por sucesión o donación. El consentimiento del cónyuge podía ser sustituido por autorización del Tribunal, en caso de rehusarlo o encontrarse en la imposibilidad de consentir, siempre que el acto no fuera contrario al interés de la familia. La Ley de 26 de junio de 1950, llamada Código de la Familia, dispone más genéricamente que los actos de disposición relativos a las adquisiciones, que exceden del cuadro de la administración corriente, sólo pueden ser efectuados con el consentimiento común de los esposos, sustituible por autorización del Tribunal.

(98) Charles GRUBER destaca que el moderno Código de la Familia establece como régimen legal forzoso los gananciales. El artículo 35 dispone que el concurso de los dos esposos para cada acto de disposición no es necesario porque cada uno ellos se presume que tiene el consentimiento del otro para la administración y disposición de los bienes comunes, con excepción de los bienes inmuebles y derechos reales, para los que se exige el consentimiento expreso de los dos.

(99) Víctor BORTEN menciona el Código de la Familia de 7 de diciembre de 1949, que establece como régimen legal el de la comunidad de adquisiciones. Cada esposo puede realizar los actos de administración corrientes y los que excedan de este área precisan el consentimiento común de los esposos, y en caso de desacuerdo, la autorización del Tribunal. (Tomamos esta nota, como las anteriores, del «Juris Classeur. Droit Comparé.»)

(100) A partir de 1.º de abril de 1953 se impuso el régimen legal de separación de bienes, sin modificar los regímenes convencionales existentes antes de esta fecha. En el punto que interesa a nuestro objeto, por remisión del parágrafo 1.519, 2.º, del B. G. B., rigen los 1.442 y 1.456. El primero establece que un cónyuge no puede disponer de su cuota en el patrimonio común, ni de los objetos singulares pertenecientes a éste; no está facultado para exigir la división. El segundo, que el marido no es responsable ante

de este aserto con la excepción de Portugal, cuyo sistema en este punto se aproxima al nuestro reformado (arts. 1.118-1.119) y algunos Estados U. S. A. (101). En cuanto a Italia, a pesar de que los trabajos preparatorios del vigente Código no se sustrajeron a esta corriente y preveían la exigencia del consentimiento de la mujer para la enajenación de bienes inmuebles comunes, suplida por la autorización del Tribunal en caso de negativa injustificada, criterio acogido en la Relazione a S. M. il Re Imperatore (102), es lo cierto que, como hemos visto antes, no pasó al texto Codificado, que se limita a reproducir el precepto del Código de 1865 (103).

Creemos que la observación que aquí hacemos puede tener importancia en la futura aplicación del precepto, porque la manera de sentir de nuestra opinión social, y la situación que el Código reconoce al marido como preeminente (y lo prueba el que la reforma del art. 1.413 se haga con la intención de que el interés de la mujer quede «más protegido», sin duda alguna *frente* al esposo), puede que haga vacilar en el futuro los criterios interpretativos ante muchos supuestos prácticos.

II

1.—El nuevo artículo 1.413 ha entrado en vigor formando parte de una revisión que afecta a otros muchos preceptos, limitándose la Ley que lo instituye a utilizar la siguiente fórmula: «artículo 1.º Los siguientes artículos del Código civil quedan redac-

la mujer por la administración del patrimonio común, aunque por una aminoración del patrimonio común ha de prestar indemnización a éste, si la ocasiona con intención de perjudicar a la mujer o por un negocio jurídico que celebre sin el necesario consentimiento de ésta.

(101) Mlle. J. BRODU expone que en los nueve Estados en los que se admite el régimen de comunidad, el marido administra los bienes comunes. Sin embargo, en Arizona, Idaho, Nevada, Nuevo México, Oklahoma, Texas y Washington, el marido puede enajenar los muebles sin autorización de la mujer. En Louisiana, el marido puede enajenar los bienes muebles o inmuebles, a título oneroso, sin el consentimiento de la mujer, pero no a título gratuito. Tampoco precisa el consentimiento de la mujer en Oklahoma ni en Texas, salvo lo que concierne a los de uso familiar, para cuya enajenación sí es necesario.

(102) Relazione a S. M. Il Re Imperatore, número 15: «La Commissione Parlamentaria se ha preocupado de garantizar a la mujer frente a eventuales abusos del marido y por ello ha pedido volver al sistema del Proyecto Preliminar por el cual el marido no podía enajenar o hipotecar los bienes sin el consentimiento de la mujer o la autorización del Tribunal. No está justificada la preocupación por los posibles abusos del marido, porque en esta hipótesis está prevista la separación de bienes.» (Vid. STOLFI: *Il nuovo Codice Civile*. L. I, «Delle persone». Napoli, 1939, art. 218.)

(103) Artículo 220: «Sólo el marido puede administrar los bienes de la comunidad y estar en juicio para las acciones referentes a la misma; pero no puede, salvo a título oneroso, enajenar o hipotecar los bienes cuya propiedad caiga en la comunidad.»

tados en la forma que se expresa», omitiendo toda disposición de derecho transitorio, y una disposición derogatoria.

De manera que, aparentemente al menos, la reforma de este precepto plantea —sobre todo dado el carácter permanente de la unión conyugal— el clásico y fundamental problema de la delimitación de fronteras temporales entre la eficacia de la Ley nueva y la regulación anterior. No puede desconocerse que el sistema de gananciales tiene, y tenía antes de la reforma, un carácter supletorio en defecto de pacto constitutivo de régimen, distinto, siendo un sistema patrimonial que, por su tradición y honda raigambre en los territorios de Derecho común, es, por así decirlo, casi sobrentendido como aceptado por la inmensa mayoría de los matrimonios españoles. Casi puede tenerse por cierta, con referencia al régimen de gananciales, la vieja y desacreditada fórmula francesa del «contrato tácito». Mas sucede que los matrimonios contraídos bajo el sistema ganancial con anterioridad a la reforma del precepto que nos ocupa, sobre una realidad legal que confería al marido la disposición exclusiva de los bienes integrantes del patrimonio que pudiera formarse, quedaron privados, ante la mera sustitución del precepto por su actual redacción, de la posibilidad de pactar un sistema distinto al de la incorporación de la mujer a las facultades dispositivas sobre los bienes considerados como más importantes de cuantos integran el patrimonio ganancial.

Así, las situaciones nacidas al amparo del régimen legal anterior no quedan claramente delimitadas, ante la declaración general de irretroactividad del artículo 3 del Código y la falta de expresa «disposición contraria» del legislador.

Pero la cuestión planteada aquí creemos debe ser resuelta a la luz de dos consideraciones: Una la de que la retroactividad o irretroactividad de las leyes no obedece a un principio inderogable y apriorístico, sino deducible poniendo en relación la Ley nueva y la antigua y la finalidad política del legislador; otra, que sobre la base del principio general de irretroactividad, que el artículo 3 del Código establece, cabe conectar la consideración anterior, dejando a salvo las situaciones creadas al amparo de la Ley antigua —irretroactividad— y aplicando la Ley nueva a sólo los desarrollos de la situación jurídica fundamental, posteriores a la reforma, que caen en el ámbito del fin político del legislador, obteniendo así un tipo de retroactividad atenuada o mínima.

No cabe duda que la finalidad política del legislador, al reformar el artículo 1.413, ha sido —como la Exposición de Motivos de la Ley expresa— que «los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales queden, sin mengua del sistema, más protegidos...», de tal modo que la finalidad protectora del precepto (no olvidemos que la necesidad de protección de la mujer deriva de que no rige, como en otros Ordenamientos, un principio de equiparación de los cónyuges, sino de jefatural marital) alcanza a la mujer ca-

sada bajo el régimen patrimonial de los gananciales, no sólo a las mujeres que, *en lo sucesivo*, se sometan a este régimen. (Por otra parte, parece que el criterio de la irretroactividad absoluta del precepto reformado fué propuesto como enmienda al proyecto de Ley y expresamente rechazado).

Sin embargo, creemos que la retroactividad del precepto reformado hay que considerarla concretamente respecto a la situación jurídica fundamental en desarrollo, teniendo en cuenta que el nuevo precepto contiene, siguiendo el quizá discutible criterio de distinción entre inmuebles y establecimientos mercantiles, de un lado, y los demás bienes de distinta naturaleza, de otro, un doble sistema de protección (y de protección frente al marido): El que pudiéramos llamar «preventivo», respecto a la primera categoría de bienes, que consiste en la incorporación de la mujer a las facultades dispositivas, y el de las medidas inconcretas de aseguramiento que, desde luego a posteriori, podrá adoptar el juez a solicitud fundada de la mujer, cuando el marido haya venido realizando disposiciones arriesgadas de bienes del patrimonio, no comprendidos en el grupo anterior. De tal manera que la retroactividad ha de referirse exclusivamente a que el precepto afecta a todo régimen legal de gananciales en desarrollo, pero no a los actos dispositivos que se hayan realizado por el marido solamente al amparo de las facultades que le confería la situación en desarrollo con anterioridad a la reforma, como aconseja el principio de seguridad jurídica.

Hacemos, sin embargo, la salvedad de que el anterior criterio, basado en el principio de seguridad (de seguridad de los terceros que adquirieron del marido plenamente legitimado conforme al precepto antiguo), no excluye que se tomen en consideración actos dispositivos *ya realizados* por el marido antes de la reforma, como presupuesto para la aplicación de la nueva Ley, como ocurre en lo que se refiere a las medidas que el Juez puede adoptar «cuando el marido venga realizando actos dispositivos» que encierren grave riesgo, de bienes que no sean inmuebles ni establecimientos mercantiles y a solicitud fundada de la mujer, ya que la retroactividad respecto a la situación jurídica básica que el fin político del nuevo precepto encierra, exige que la mujer pueda, *desde ahora*, ser protegida, evitando que el marido continúe en la realización de esos actos que «venía realizando».

Por ello, es cierto que juega el principio general de irretroactividad (art. 3 del Código) respecto a las enajenaciones llevadas a cabo por el marido exclusivamente de cualesquiera clase de bienes, al amparo de las facultades que le concedía el precepto anterior, por respeto a la seguridad jurídica; cierta igualmente la aplicación del nuevo precepto a los actos dispositivos que «desde ahora» se realicen en el desarrollo de la situación jurídica básica, con el tratamiento previsto para cada grupo de bienes (retroactividad atenuada o mínima), pero cierto también que el precepto nuevo no de-

roga la vigencia del precepto anterior, puesto que deberá seguir aplicándose en protección de la mujer frente a los actos dispositivos que el marido hubiere *ya realizado* sobre cualesquiera clase de bienes al entrar en vigor la reforma, a los cuales habrá de aplicarse la limitación que el antiguo precepto establecía: Que esos actos dispositivos del marido, ya realizados, no implicaran contravención del Código ni fraude de la mujer.

Estas observaciones conducen, por ahora, a la conclusión de que la delimitación de la posición jurídica de los cónyuges respecto al patrimonio ganancial, y en orden al sentido general de protección de la mujer que el artículo 1.413 encierra, hay que considerarla en los dos momentos que la reciente reforma plantea: Protección de la mujer frente a los actos de disposición que se realicen *desde ahora*, y protección de la mujer frente a los actos de disposición de los bienes gananciales realizados por el marido *hasta ahora*, dado que los gananciales constituyen un sistema económico *matrimonial* que, por tanto, tiene su desarrollo mientras el matrimonio permanece.

De donde el problema que encerraba el antiguo párrafo segundo del artículo 1.413 no ha desaparecido del horizonte cuestionable por la sola virtud del precepto reformado.

2.—Veamos, primeramente, el tratamiento protector de la mujer a partir de la reforma.

El nuevo precepto se nos ofrece aún virgen de interferencias, de tal modo que su eficacia no puede quedar en entredicho ni llena de dificultades interpretativas. De un modo general el nuevo precepto tiene el propósito de acabar, en virtud del superior rango de la actividad legislativa, con los problemas fundamentales que el antiguo ofrecía: Respecto a los bienes que el legislador ha considerado como más importantes (inmuebles y establecimientos mercantiles) se excluye el problema exigiendo el consentimiento de la mujer para los actos de disposición; en cuanto a los demás bienes se crean explícitamente unas medidas de aseguramiento.

Sin embargo, no deja de ofrecer el nuevo precepto puntos de mediación:

a) Sugiere la distinción que la nueva Ley hace entre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, de una parte, y de las demás categorías de bienes, de otra, una primera y fácil objeción: La de que el patrimonio mobiliario puede tener de hecho tan gran importancia en la vida económica actual, que no se comprende el que la mujer sólo pueda *prevenirse* de la ruina cuando el marido «venga realizando» actos de disposición de tales bienes que entrañen «grave riesgo». De esta manera no hay *prevención* posible ante la disposición abusiva *ya realizada*, por ejemplo, de todo un pa-

quete de valores mobiliarios (104). Sin embargo, se comprende la actitud del legislador que, sin perder de vista la importancia económica actual del patrimonio mobiliario, tampoco desconoce las perturbaciones que en el tráfico jurídico podía ocasionar la obligada intervención de la mujer en los actos de disposición de estos bienes, ya que la realidad legal, y normal, es que la dirección económica de la familia sea asumida por el marido.

Para estos supuestos resurge nuevamente, en toda su pujanza, el viejo problema del artículo 1.413, porque la protección de la mujer habrá de alcanzarse a través del último párrafo del nuevo precepto, sustancialmente idéntico al anterior, ya que «en todo caso, no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice *en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cualquiera la condición de los bienes afectados*».

Resurge así el «cómo» y el «cuándo» de la reintegración del perjuicio sufrido por la mujer; frente a disposiciones del patrimonio mobiliario que el marido haya realizado *antes* de que la mujer haya obtenido las «medidas de aseguramiento» a que el párrafo segundo del nuevo precepto se refiere, medidas que sólo pueden adoptarse, precisamente, cuando el marido «venga realizando» (ya) los actos dispositivos.

b) Otra cuestión que inmediatamente plantea el nuevo precepto es la del valor que, respecto al negocio jurídico de disposición de los bienes, tiene «el consentimiento de la mujer», o la «autorización judicial» que el nuevo precepto incorpora.

La cuestión no es ociosa ni aparece aclarada en la Exposición de Motivos: De una parte se trató de «no contradecir los pilares fundamentales de este sistema económico-matrimonial», sin perjuicio de «atribuir a la mujer *nuevas facultades* en orden a la disponibilidad»; de otra, se dice que los intereses de la mujer quedan «más protegidos *al exigirse* su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles y establecimientos mercantiles». ¿Quiere esto decir que el consentimiento de la mujer o la autorización judicial, en su caso, en los actos de disposición *del marido*, a título oneroso, de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles tiene valor de elemento *constitutivo* del acto de disposición?

En este último sentido, los Trabajos Preparatorios del Código italiano adjudicaban al consentimiento del Tribunal el carácter y la eficacia constitutiva para la perfección del negocio de enajenación, por entender que «sustituía el consentimiento del condómino, y hasta el punto de que «la venta solamente autorizada por el marido no tendría valor jurídico, incluso en lo que a él respecta, pudiendo la esposa hacer que se declarara la nulidad».

(104) Vid. BATTLE: *Observaciones sobre la reforma del Código civil*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.».

Mas no aparece tan claro en el precepto reformado el valor constitutivo del consentimiento de la mujer, en cuanto al acto de disposición considerado en sí mismo: Siguiendo, sin duda, el criterio de respetar «los pilares fundamentales del sistema», a que la Exposición de Motivos se refiere, el nuevo artículo 1.413 declara textualmente que «*el marido*, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso... etcétera», pero «necesitará el consentimiento de la mujer, o en su defecto autorización judicial... etc.». De manera que no es el acto de disposición objetivamente considerado, sino el marido, quien, aunque está legitimado por razón de oficio (sólo él podrá enajenar y obligar a título oneroso), necesitará el consentimiento de su esposa o la autorización judicial. Si a eso se le añade que el último párrafo del precepto admite la posibilidad de actos de disposición del marido realizados en contravención del Código «sea cualquiera la condición de los bienes afectados», parece deducirse que el acto de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles realizados solamente por el marido, no es un negocio incompleto, sino un negocio que requiere, como simple presupuesto de eficacia frente a la mujer, el consentimiento de ésta.

Obsérvese que el nuevo precepto exige, para la disposición de esos bienes por el marido, el consentimiento de la mujer, así que la disposición sin el consentimiento de ésta o la autorización judicial subsidiaria implicará una «contravención del Código», supuesto de disposición expresamente contemplado en el último párrafo del artículo como de los que, «en todo caso, no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos».

Resulta así que el acto de disposición realizado por el marido es acto solamente impugnabile por la mujer o sus herederos, a quienes perjudica la contravención; susceptible de convalidación por la esposa (convalidación-confirmación) e incluso sujeto a prescripción sanatoria (Cfr. art. 1.301, párrafo penúltimo) pasados cuatro años desde la disolución del matrimonio.

No creemos pueda negarse el valor práctico de la convalidación-confirmación por la mujer del negocio de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles realizados sólo por el marido, teniendo en cuenta la realidad social de ser éste quien asume generalmente la dirección económica de la familia, incluso la autorización judicial confirmante «a solicitud fundada del marido», en caso de negativa injustificada de la mujer. Ni tampoco, por el propio fundamento del párrafo penúltimo del artículo 1.301, puede desonocerse el valor práctico de la prescripción sanatoria. Por otra parte, este criterio es el generalmente aceptado en la legislación comparada (vid. notas 92 y sigs.).

Cuanto llevamos expuesto excluye, a nuestro parecer, la posición contraria de considerar que el negocio de disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles de condición ganancial,

sólo por el marido, sea un negocio ineficaz por incompleto, o radicalmente nulo. Esto último porque la norma no lo dispone expresamente, limítandose a establecer un requisito —el consentimiento o la autorización judicial— cuya contravención lo hace inoponible («no perjudicará») a la mujer y a sus herederos, que podrán impugnarlo. En cuanto a la consideración del consentimiento de la mujer como elemento esencialmente constitutivo, cuya ausencia haga el negocio incompleto y carente de valor jurídico —tesis del Proyecto italiano—, de aceptarse, ocasionaría toda una gama de problemas que vendrían a complicar indefinidamente la cuestión, sin contar con que restaría en gran parte el dinamismo que la realidad de la vida actual exige. A primera vista ese negocio inexistente no es concebible con facilidad, con sólo tener en cuenta que el negocio de disposición, de no existir, no produciría efecto alguno, ni siquiera para el marido, cuando lo cierto es que la relación entre el marido y el tercero que adquiere —pero que no adquiere— necesariamente ha de producir efectos entre éstos (piénsese en una compraventa inexistente con precio entregado y recibido por el marido), sin contar con que las consecuencias obligatorias del «no negocio», asumidas por el marido solamente, quedarían a cargo del patrimonio ganancial, conforme a Civ. 1.408-1.º. Tales consecuencias sólo serían compensables en trance de liquidación por la vía del artículo 1.419, considerándola como enajenación ilegal, con sujeción al artículo 1.413, párrafo último.

Mas la tesis del negocio de disposición solamente impugnabile y no oponible a la mujer y a sus herederos, por falta de consentimiento de aquélla, o de la autorización judicial subsidiaria, ofrece, a nuestro parecer, una nueva cuestión. Si la mujer obtiene la ineficacia del acto de disposición consumado, éste habrá de producir los efectos restitutorios del artículo 1.303. La consecuencia es que la acción de nulidad no podrá ser ejercitada cuando la enajenación haya sido hecha a título oneroso y el valor recibido por el marido, aun sin el consentimiento de la mujer, haya sido probadamente invertido en las atenciones propias del patrimonio ganancial, que no hubieran podido atenderse con otros bienes de este patrimonio. Cumplida la sustitución de valores que el título oneroso implica, e invertido el contravalor recibido en las atenciones propias del patrimonio ganancial, no puede tener lugar la restitución por falta de bienes pero, además, la enajenación realizada no habrá constituido sino un acto de aplicación del patrimonio ganancial a los fines que le son propios.

Creemos, provisionalmente, que el remedio a tal situación podrá encontrarse dando valor confirmatorio a la autorización judicial a posteriori, lograda por el marido que al ser demandado juntamente con el tercero adquirente, pruebe la urgente necesidad de la enajenación realizada y la aplicación del contravalor recibido a los fines que son propios del patrimonio ganancial.

En consecuencia, parece que debe ser meditado, a ser posible aislado, el concepto y carácter de ese «acto de disposición» de inmuebles o establecimientos mercantiles a que el nuevo artículo 1.413 se refiere como impugnabile.

c) La necesidad del consentimiento de la mujer para la disposición por el marido de establecimientos mercantiles, no dejará de plantear en la práctica problemas de hecho que habrán de resolverse, creemos, en la mayoría de los casos, por la vía del último párrafo del artículo 1.413 reformado: El fraude de la mujer.

Si la expresión «establecimiento mercantil» se toma en la acepción de empresa mercantil, no cabe duda que, concebida la empresa como organización de elementos reales y personales afectos a un destino económico común, su disponibilidad como tal estará incurso en la limitación del necesario consentimiento de la mujer.

Mas lo que se observa como concepto unitario ofrece la posibilidad de desintegración práctica de los elementos que lo constituyen, y en tal caso, tales elementos se reducen a los susceptibles de individualización patrimonial.

No existe un derecho sobre las simples relaciones de hecho, como la clientela, o sobre las meras posibilidades o expectativas de ganancia, nociones simplemente económicas. Si lo hay, en cambio, sobre el nombre comercial, o las existencias, o los créditos, la forma de asentamiento, etc.

La observación es importante a los fines de la aplicación práctica de la limitación, por varias razones: Si por «establecimiento mercantil» ha de entenderse, no la empresa como organización en marcha, sino un simple elemento estático de la empresa, como concepto más amplio, habrá que determinar en tal caso el alcance de ese más restringido concepto de «establecimiento mercantil»; y si la disposición por el marido de alguno o algunos de los elementos integrantes de la empresa (existencias, créditos, nombre comercial, etc.), que no pueden identificarse con la empresa misma, o con el establecimiento (en el sentido restringido), por la trascendencia que puedan tener en orden a la existencia de la empresa como un todo, está también incurso en la limitación.

Sin entrar, por ahora, en las cuestiones prácticas que puedan producirse en la aplicación del precepto, parece que disponer del solo nombre comercial, o de las existencias, o del local, no es disponer del establecimiento a los efectos de la limitación, si el establecimiento se concibe en su acepción de empresa o de base estática de la empresa, porque ésta aun sin tales elementos, puede continuar como organización, pero no hay que olvidar que la disposición de alguno de los elementos mencionados puede también producir, de hecho, la muerte de la empresa mercantil.

Si el establecimiento mercantil lo identificamos con la empresa en su aspecto estático, la disposición por el marido de algunos o alguno de los elementos no estará limitada por el necesario con-

sentimiento de la mujer, cuya protección sólo podrá alcanzarse por la vía de las medidas de aseguramiento del párrafo segundo del artículo 1.413, y en cuanto a las disposiciones ya realizadas, por la vía del párrafo tercero, en tanto se delimite la enajenación como hecha en fraude de la mujer.

El problema puede presentarse con mayor frecuencia en el caso de ejercicio por el marido del derecho de traspaso del llamado «local de negocio», que al arrendatario conceden los artículos 29 y siguientes de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, que expresamente se refieren a la «cesión mediante precio de tales locales sin existencias».

Bajo el criterio anteriormente apuntado, para el traspaso de un local de negocio no será preciso el consentimiento de la mujer, porque el «local de negocio», solamente, no es la empresa, ni el establecimiento. Por contra, si a la expresión «establecimiento mercantil» se le da el alcance más restringido de *lugar* donde la empresa se asienta, la solución será contraria.

Quizá, pensando en que el establecimiento puede ser sustituido por otro, permaneciendo la empresa (por ejemplo, mejorando la situación o lugar de asentamiento, lo que supone, incluso, la obtención de un mayor valor); que el traspaso puede tener por objeto poner fin a un negocio ruinoso, y que, en fin, la mujer podrá solicitar en todo caso las medidas de aseguramiento que establece el párrafo segundo del precepto, pudiera ser aconsejable la primera solución, entendiéndose que la disposición del establecimiento mercantil, a que se refiere el nuevo artículo 1.413, exigiendo el consentimiento de la mujer, es la de la empresa como organización y la disposición de los elementos integrantes, incluso el traspaso de local, no precisa dicho consentimiento, aunque la mujer pueda protegerse por los otros medios que el propio precepto establece.

III

1.—El matrimonio constituye un estado, el estado jurídico de casado (105), que afecta de un modo general a la condición jurídica de los cónyuges; estado que, por la jefatura que al marido se asigna, permite hablar más concretamente de un estado jurídico de marido y de esposa, que condicionan la actividad de ambos, tanto en lo que se refiere a las relaciones personales, como a las patrimoniales.

En ambos casos el condicionamiento jurídico que el estado de casado produce rebasa las meras relaciones internas del consorcio para proyectarse en las relaciones con los demás. El régimen de gananciales, como régimen legal, constituye un sistema organiza-

(105) DE CASTRO: *Ob. cit.*, pág. 251.

do para determinados bienes que pueden entrar en la dominación del consorcio matrimonial bajo signos objetivos predeterminados en la Ley (art. 1.401). La comunidad de vida determina, además, la fuerte presunción del artículo 1.407: «se reputan gananciales todos los bienes *del matrimonio*, mientras no se prueba que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

Los gananciales constituyen así un régimen patrimonial, pero también *matrimonial*, de manera que los bienes que entran en la organización quedan afectos a los fines determinados en la Ley, en consonancia con los propios fines del matrimonio (singularmente, cfr. núm. 5 del art. 1.408 y 1.409) (106); el sistema de gananciales no representa, por tanto, intereses del marido ni de la mujer (nos referimos a intereses privativos o particulares), sino del consorcio y, por consecuencia, mientras el consorcio existe, existe la organización. A nuestro parecer, cuando la organización tiene contenido se ha constituido una masa patrimonial, afecta a los fines del matrimonio, y no puede hablarse de patrimonio *del marido* y *de la mujer*, sino de patrimonio *conyugal*, cuyo poder de disposición, por razón de oficio, y en virtud de la jefatura familiar de que está investido, corresponde al marido en nuestro sistema tradicional. Prueba de ello es que el marido y la mujer «*harán* suyos por mitad...» los bienes cuando el matrimonio se disuelva (art. 1.392), y no antes de ese momento (ya ASSO y MANUEL (107) deducían que los cónyuges en estos bienes gananciales «adquieren absoluto dominio luego de hecha la división, cada uno por su mitad»).

El derecho de cada uno a *la mitad* de los gananciales no es un derecho a la mitad actual del valor del patrimonio ganancial, ni a la mitad del valor de cada uno de los bienes; en suma, no es una cuota en una comunidad existente constante matrimonio, sino que la proyección de la personalidad de cada uno sobre los bienes comienza justamente cuando ha desaparecido el consorcio matrimonial o, si se quiere, cuando los fines del patrimonio ganancial han desaparecido. Por ello el artículo 1.426 concede a cada cónyuge, o a sus herederos, una mitad en el remanente líquido, después de la disolución y una vez atendidas las distintas obligaciones de este patrimonio específico. La atribución de la mitad no parece cosa distinta que una medida previsora de la organización para cuando la organización desaparezca, de manera análoga a como se atiende al destino de los bienes de un patrimonio social para cuando llega el momento de la disolución (cfr. art. 39 Cód. civ.).

Por ello creemos, con LACRUZ (108), que el patrimonio ganancia-

(106) MESSINGO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. II, pág. 97, Milán, 1950, párr. 61, núm. 11, habla de un «vínculo sobre los bienes» creado por la comunidad.

(107) ASSO y MANUEL: *Inst.*, Madrid, MDCCLXXX, ed. tercera, página 139. Y de ello extraen «que el marido no puede enajenar los bienes con malicia y fraude de estas ganancias», pág. 141.

(108) LACRUZ: *Loc. cit.*

cial es autónomo, tanto en cuanto a los bienes que lo componen, que pueden ser identificados, como en cuanto a las deudas que sobre él recaen, puesto que existe una responsabilidad propia y distinta de la que grava el patrimonio privativo de los consortes, viniendo a constituir un patrimonio vivo y dinámico, susceptible de disminuir tanto por la desafortunada gestión del administrador, como por la regular inversión de los bienes en cubrir las necesidades a cuya satisfacción se hallan sujetos. Cuando el marido dispone de los bienes, lo hace en virtud de una legitimación que le atribuye su condición jurídica de marido respecto a los bienes sometidos a la organización del sistema ganancial.

Parece, con lo que llevamos expuesto, que tal construcción deja en el aire la titularidad de los bienes individualizados, que integran el patrimonio mientras cumple su función; sin embargo, el patrimonio ganancial existe en cuanto es un efecto inmediato del estatuto matrimonial, y no es necesario entrar en la debatida cuestión de la titularidad de los bienes que integran ese patrimonio; la titularidad corresponde al cónyuge adquirente, marido o mujer; lo que se sucede es que al ingresar en la organización del sistema forman parte ya del patrimonio ganancial y quedan sometidos a sus normas: En consecuencia, el marido queda legitimado para su administración y disposición por el solo hecho de ostentar, si la ejerce, la autoridad familiar de que está investido. Al ingresar en la organización de los gananciales queda relegado en importancia el camino de ingreso de cada uno de los bienes en el patrimonio, y emerge la finalidad de éste con todas sus consecuencias: El marido dispone y administra con plena legitimación, tanto los bienes que ingresen en el patrimonio por su conducto, como los que ingresen por la actividad de la mujer, y no porque él tenga en los bienes un derecho actual y la mujer no, sino porque le corresponde la autoridad y la dirección económica de la familia, todo lo cual se refleja en las facultades que la Ley le atribuye (109).

La reforma del artículo 1.413 no contradice lo anteriormente afirmado, pues aparte de que conserva la plena titularidad de disposición el marido, respecto a bienes que sean inmuebles o establecimientos mercantiles, el consentimiento de la mujer opera como una mera medida de protección del interés de ésta. La mujer no está legitimada para disponer de bienes gananciales.

Una explicación de lo expuesto antes podemos encontrarla en que el estado de la persona se refleja y proyecta sobre el patrimo-

(109) COVARRUBIAS: *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, II, 19 (lo anotamos de un texto transcrito por LACRUZ: Loc. cit., pág. 11), afirmaba: «... si quidem ipse maritus est actu dominus propter auctoritatem, administrationis et alienandi potestatem quam habet, non sane absolutam, cum absolute dominus non sit, sed tantum ad onus communionis quae est inter ipsum et uxorem, aut saltem ex aliqua causa quae doli et fraudis excludat».

nio: Respecto a las adquisiciones realizadas bajo el régimen de gananciales con carácter oneroso, o en los demás supuestos del artículo 1.401 del Código civil, marido y mujer actúan como *cónyuges*, siendo indiferente que la adquisición se realice por sí y en su nombre (110), porque bajo el sistema actúan en tales condiciones como instrumentos jurídicos de producción del patrimonio ganancial (vid. la fuerte presunción del art. 1.407). De lo contrario, los bienes no entrarían directamente en el patrimonio ganancial, sino que surgiría contra el adquirente una mera relación de crédito. El artículo 1.401-1.º viene a eliminar la disputa respecto a esta cuestión (111). Partiendo de aquí, ni en las adquisiciones, ni en las disposiciones relativas al patrimonio ganancial pueden los cónyuges comportarse de manera distinta a su condición de esposos o, más concretamente, con independencia de sus respectivos estados de marido y mujer, cuyas relaciones patrimoniales, o un aspecto de ellas (dada la posibilidad de coexistencia de patrimonios distintos), están sometidos al régimen legal de los gananciales, cada uno en el papel que en la organización familiar le corresponde, y tanto en las relaciones internas como en las externas. De ello se extrae una inmediata consecuencia: El marido ha de actuar conforme a su estado y condición jurídica (como *marido*), y no en contemplación de sus privados intereses. Sus facultades, que le competen como jefe de familia, se desenvuelven entre límites concretos (112): De una parte, ha de ejercerlas de conformidad a los fines del patrimonio ganancial; de otra, y por ello, no puede ejercerlas con deliberado propósito de perjudicar a la mujer en el remanente líquido que quede en el momento de la disolución. Los dos límites marcan el ejercicio abusivo y meramente externo de las facultades que al marido competen, cuando los rebasa, pero tienen, según veremos, un distinto valor.

El sistema de gananciales convierte así, a marido y mujer, en instrumentos jurídicos de producción de una masa patrimonial a la que el propio sistema asigna unos fines tan permanentes como el propio estado matrimonial. Por ello su existencia perdura hasta que el consorcio se extingue, y su destino es mantenerse dinámica-

(110) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1898, así como la de 30 de marzo de 1914, sientan la doctrina de que no obsta a la inscripción de una venta hecha por el marido como ganancial el que se halle inscrita a nombre de la mujer.

(111) Vid. LACRUZ: *Loc. cit.*, sobre la cuestión en los juristas hispánicos. Sobre si los bienes entran directamente en el patrimonio común, CHIRONI: *Studi e questioni di Diritto Civile.*, vol. III, parte speciale (*Diritto de famiglia*), Fratelli Bocca, 1914, págs. 492 y sigs. Se pronuncia por la tesis afirmativa.

(112) Según el ya citado texto de COVARRUBIAS: «... quodammodo es impropria (dominio y posesión) et impedita propter administrationem mariti, competentem, quae non est prorsus libera, sed quae admodum doctum est intra limites quosdam continetur, quod excedere et transgredi minime valeat...».

mente para el cumplimiento de los fines asignados. La actividad de los cónyuges no puede orientarse contra estos fines encaminándose a su destrucción, entendida ésta como dirigida a vaciar la organización de bienes, sino a mantenerla e incrementarla; el patrimonio ganancial se presenta así, desde su inicio, como una suma de posibilidades, favorables o adversas, que determinan su mayor o menor extensión.

Tanto el marido como la mujer tienen en los gananciales un derecho actual, como tienen deberes también actuales, que se derivan del estado de matrimonio, de la misma que se derivan derechos y deberes en la esfera personal; y al igual que el deber de obediencia de la mujer sólo puede interpretarse en conexión con el deber de proteger a la mujer, que al marido incumbe (113), (cfr. art. 57), respecto al patrimonio ganancial las facultades de disposición del marido, reflejo fiel de la autoridad de que está investido, y no de la incapacidad de mujer, no pueden ejercitarse sino en conexión con la finalidad para la que dicha situación preeminente le ha sido conferida.

Más de la existencia de un derecho actual de la mujer sobre el patrimonio ganancial no podía derivarse, en trance de reforma, el derecho de aquélla a obtener una garantía privativa de su interés. Aparte del carácter vivo y dinámico del patrimonio, los números 1.º y 2.º del artículo 1.408 del Código le asignan una responsabilidad que se refiere a las relaciones que el marido o la mujer, actuando como tales, contraigan con terceras personas, y la consecuencia es que el patrimonio ganancial es garantía de terceros respecto a tales obligaciones. De la misma manera que la actividad del marido o de la mujer es el cauce de ingreso de los bienes en el patrimonio ganancial, cualquiera que sea el titular adquirente, la actividad dispositiva del marido, en su calidad de autoridad familiar, si la ejerce, o de la mujer, en los casos en que puede legalmente obligar al consorcio, comprometen el patrimonio responsabilizándolo frente a terceros. Si el interés del marido y mujer en el patrimonio ganancial no es en primer término su *interés*, sino el interés del consorcio, (su interés particular emerge a primer plano sólo en el momento de la disolución y liquidación, y si queda «remanente líquido» después de atendidas las obligaciones a que está afecto el patrimonio (cfr. artículo 1.426); en cambio, los terceros tienen sobre el patrimonio ganancial un interés propio y directo, y la consecuencia es que no podía constituirse una garantía del interés privativo de la mujer en el incierto remanente líquido de los gananciales, en perjuicio del interés inmediato y directo de los terceros. (Ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de diciembre de 1927, denegó la inscripción de una hipoteca dotal en cumplimiento del artículo 1.354

(113) DE CASTRO: Ob. cit., pág. 260.

(cuando éste recae, no sobre los bienes de la propiedad exclusiva del marido, sino sobre bienes de la sociedad conyugal.)

Siguiendo la concepción expuesta, la protección del interés de la mujer frente a las disposiciones abusivas del marido, creemos pudo buscarse engarzándola directamente con el carácter y los fines de la institución matrimonial de la que el patrimonio ganancial es sólo un efecto, como los demás del total complejo del instituto, cuando el sistema de los gananciales no es excluido por los cónyuges.

Y así el primer dato a tener en cuenta es que la facultad del marido para enajenar y obligar los bienes del patrimonio ganancial se redujo o limitó a que tuvieran lugar precisamente a «título oneroso», limitación que fué largamente cuestionada por los antiguos juristas (114), pero que se acogió como primera garantía de la mujer, incluso la única por los Códigos francés e italiano. La explicación es la idea de objetivar el patrimonio ganancial, darle entidad como masa de bienes directamente afecta a los fines del consorcio, no siendo posible, por definición, un patrimonio ganancial sin una idea de conservación, lo que conduce a observar que la facultad de disponer el marido a título oneroso, sin el consentimiento de la mujer, que el artículo 1.413 y el actual del Código le asigna como jefe de la familia, puesta en relación con el artículo 1.401, 1.º, se individualiza en *los bienes* que integran la masa patrimonial, dejando a salvo el patrimonio como tal, mediante la reducción de tal facultad a una simple sustitución de valores, y ello como consecuencia del carácter vivo y dinámico que se adjudica a este patrimonio.

De antiguo ha sido mantenida la idea de que la facultad de enajenación del marido sobre los bienes que integran la sociedad de gananciales es simplemente sustituir un valor por otro valor, aunque pueda y deba consumirse en el cumplimiento de los fines que resumen los artículos 1.408 y siguientes. En efecto, la idea de sustitución de valores aparece claramente expresada por Benito GUTIÉRREZ, quien explica que «la enajenación a título oneroso no destruye, sólo cambia el capital...» (115); GARCÍA GOYENA afirma que el título oneroso permite recibir «un equivalente que se supone ha de redundar en provecho de la sociedad...» (116), y en idéntico sentido SÁNCHEZ ROMÁN (117). Respecto a que el valor ganancial puede y debe consumirse, precisamente a los fines de los artículos 1.408 y 1.409, ya lo establecía el artículo 1.336 del Proyecto de 1851: «El marido podrá

(114) Vid., en resumen, Benito GUTIÉRREZ: Ob. cit., t. I, págs. 580 y sigs.

(115) Idem *id.*, pág. 580.

(116) GARCÍA GOYENA: Loc. cit., pág. 339.

(117) SÁNCHEZ ROMÁN: Loc. cit. pág. 843: Que el ser a título oneroso «ofrece la racional creencia de adquirir algo equivalente».

disponer de los gananciales para los fines expresados en el artículo 1.330.»

De esta manera la facultad del marido sobre el patrimonio ganancial se concreta en la administración y disposición para los fines a que el patrimonio está destinado, sin perjuicio de sustituir los valores que lo integran en la forma más conveniente a la satisfacción de tales fines. Cualquier disposición que posponga estos fines a los fines privativos constituye un abuso de facultades desde el punto de vista de las relaciones internas del consorcio. Ello permite una interpretación del párrafo segundo del antiguo artículo 1.413 más simplificada y práctica que la sostenida por nuestra Jurisprudencia, partiendo de los conceptos que en dicho precepto aparecían: Actos del marido en *contravención al Código*; actos *en fraude de la mujer*. Y sus consecuencias: Que *no perjudicarán* tales actos a aquélla ni a sus herederos.

Tales conceptos serán los límites necesarios con referencia a los cuales será posible proteger a la mujer frente a los actos que el marido haya realizado ya, cuando la reforma entró en vigor.

Las nuevas limitaciones del precepto reformado no hacen más que crear un remedio preventivo específico y añadir un tipo concreto de contravención de eficacia más rigurosa. Todo ello *desde* la reforma.

IV

La idea de *contravención al Código* hay que extraerla, según creemos, de toda actuación que se aparte de los cauces por los que discurre la autoridad marital, que son, como dejamos dicho, la adquisición o la sustitución de valores en el patrimonio ganancial y la aplicación de los bienes al cumplimiento de los fines de los artículos 1.408 y 1.409, entendiéndose que lo que importa a los fines de delimitar el acto en contravención no es que deje de realizarse una total sustitución de valores en el patrimonio (los eventos posibles pueden, incluso, acarrear una pérdida mediata o inmediata), sino que el acto de disposición, por su causa, no sea racionalmente apto en la opinión general para lograr la sustitución. Por ello el artículo 1.413 derogado sólo autorizaba al marido, sin el consentimiento de la mujer, para disponer a título oneroso, salvo el supuesto del artículo 1.409—que es aplicación a los fines del consorcio—y las donaciones moderadas para objeto de piedad o beneficencia que, siempre que no se reserva el usufructo, le autoriza el artículo 1.415.

En consecuencia, el primer supuesto de contravención nos lo proporciona la enajenación de los bienes del patrimonio ganancial a *título gratuito* fuera del supuesto del artículo 1.415. La Sentencia de 25 de mayo de 1956, ya citada, no duda en declarar la donación ilícita al efectuarse la enajenación con ausencia de precio en per-

juicio y fraude de la mujer, dando lugar a la revocación al amparo del artículo 1.413, sin que ello infrinja el artículo 1.419.

Lo que exige mayor consideración son los supuestos de contravención cuando los actos de enajenación son realizados a título oneroso. Por lo pronto, entendemos que toda enajenación realizada por el marido a título oneroso no podía implicar contravención en manera alguna, porque el título oneroso va dirigido a conservar el patrimonio o al cumplimiento de los fines matrimoniales (por ejemplo, contraprestación debida por un servicio recibido); la contravención surge únicamente de que el marido traspase el segundo límite, haciendo que los bienes que se recibieron en sustitución de los enajenados no se aplicaran a los fines enunciados por los artículos 1.408 y 1.409 (118). De esta manera, lo evidente es que el tercero que adquirió los bienes enajenados prestando su equivalencia está a salvo de las consecuencias de la contravención, en la que no pudo haber participado.

Pero veamos el cómo puede producirse la contravención, y el supuesto más general nos lo ofrece la casuística exposición de nuestros juristas, en la que, fuera del supuesto de enajenación a título gratuito a que nos hemos referido antes, el más frecuente es el de la conducta desordenada (*Iudendo meretricando, vel in alios malos usos convertendo*) (119), sosteniéndose dos distintos criterios: El de los que preconizaban la validez de las enajenaciones, que es el más general (120), y el de los que entendían que realizándose la enajenación para invertir en vicios su producto, el fin ilícito hace que la enajenación no sea válida por implicar el fraude de la mujer (121). Por nuestra parte creemos más aceptable, por considerar las relaciones externas del consorcio y dejar a salvo el interés de los terceros, la primera de las soluciones, estimando que el interés de la mujer no puede servir de base para atacar la situación de los terceros adquirentes a título oneroso por estar fuera de las relaciones patrimoniales internas de los cónyuges.

(118) GARCÍA GOYENA: Loc. cit., pág. 540, explicando el artículo 1.337 del Proyecto de 1851, apunta esta doctrina: «En contravención a las leyes: Por ejemplo, donando inmoderadamente o contra otros requisitos del artículo anterior...» (art. 1.336 del Proyecto: «El marido sólo podrá disponer de los gananciales para los fines expresados en el art. 1.330).

(119) Así, GUTIÉRREZ (Joannis): Loc. cit.; y en sentido análogo, AYERVE y PALACIOS RUBIOS: Locs. cit.

(120) Así SALA: *Ilustración*, t. I, lib. I, tít. IV, núm. 24, recogiendo el criterio de GÓMEZ, GUTIÉRREZ y FEBRERO, afirma: «Para que no valga la enajenación exige expresamente este mal ánimo: Por defraudar o dañar a la mujer, convienen casi todos nuestros autores ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciere el marido, jugando o viviendo maliciosamente.»

(121) Así, GUTIÉRREZ (Benito): Loc. cit., pág. 579, recoge la opinión de AYERVE y añade que a una facultad general corresponde una prohibición general y que la mujer es libre de probarle (al marido) que las enajenaciones son hechas en su daño.

No creemos que con anterioridad a la reforma deban ser considerados otros supuestos de contravención por aplicación abusiva del patrimonio ganancial: Los gastos excesivos que a cargo del patrimonio ganancial hiciese el marido en beneficio de sus bienes propios, supuesto que nos brinda AZEVEDO (122), porque los artículos 1.464 y 1.405 del Código eliminan el «ánimo fraudulento et causa praeiudicanti uxori»; ni la venta o arrendamiento a parientes por bajo precio, con ánimo de gratificarles, que expone AYERVE (123), porque ello entra necesariamente en la «donatio velata», o en el fraude de la mujer, como ya veremos, aunque es dudoso en cuanto al arrendamiento rústico y urbano, en la actualidad, dadas sus especiales características unidas a su naturaleza de acto de administración.

Hoy hay que agregar otra contravención típica: la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles sin el consentimiento de la mujer.

Sentados los supuestos de contravención, como concepto distinto del de fraude de la mujer, veamos sus consecuencias:

En el caso de enajenación a título gratuito, es decir, de donación del marido con ánimo de beneficiar a un tercero, y no de defraudar a la mujer, aunque en definitiva la perjudique, es evidente que el marido obra *fuera* de sus facultades, puesto que el artículo 1.413 sólo le concede la facultad de enajenar a título oneroso. El marido ejercita entonces facultades que no tiene, ni siquiera en apariencia, porque el hecho de tener la condición de marido, y el bien enajenado el carácter de ganancial, interfiere, por estar incurso en este régimen, la mera circunstancia de ser el titular formal, o lo que es lo mismo, que el bien enajenado haya ingresado en el patrimonio ganancial por su conducto.

La repetida Sentencia de 25 de mayo de 1956 deja, sin lugar a dudas, abierto el camino para que la mujer obtenga la ineficacia del negocio de enajenación y el bien vuelva al patrimonio ganancial antes de la disolución, sin que a ello se oponga el artículo 1.419. Aunque la sentencia se limita a afirmar que la aplicación del artículo 1.275, respecto a los contratos con causa ilícita, estimando como tal la donación realizada por el marido, encubriéndola con una simulada compraventa, «no omite» el artículo 1.419, da pie suficiente para interpretar este precepto en el sentido de que, si bien el momento del inventario es oportuno para colacionar las donaciones ilegales realizadas por el marido, dicho precepto no excluye que la colación sea innecesaria porque los bienes hayan sido restituidos al patrimonio ganancial con anterioridad, en virtud de la actuación de la esposa al amparo del artículo 1.413.

De esta manera la mujer obtiene una mayor protección: Actual, obteniendo la devolución del bien enajenado al patrimonio ganancial.

(122) AZEVEDO: Loc. cit.

(123) AYERVE: Loc. cit.

cial, y caso de no poder obtener la restitución, por destrucción del bien, o por la interposición de un tercero de buena fe que adquirió a título oneroso del donatario, antes de declararse la ineficacia del negocio, le queda la posibilidad de colacionar el valor del bien enajenado en el momento de la disolución, si no puede cumplirse la regla del artículo 1.307.

La sentencia a que nos venimos refiriendo reconoció a la mujer una acción de nulidad absoluta, por *ilicitud* de la causa, al amparo del artículo 1.275, pero ello, indudablemente, por considerar un supuesto distinto—aparte de la inconcreción legal y jurisprudencial de los conceptos de nulidad y anulabilidad—ya que *declara la donación ilícita «por ausencia de precio»* pero, además, realizada en perjuicio «y fraude de la mujer», supuesto diferente en este punto al que estamos contemplando, en que no existe la *intención de defraudar* sino simplemente la de *favorecer* a un tercero, aunque ello produzca una injustificada disminución del patrimonio ganancial y un perjuicio de la mujer. Para estos casos, después de la doctrina sustentada por la sentencia del Tribunal Supremo a que nos venimos refiriendo, que reconoce a la mujer expresamente el ejercicio de la acción constante matrimonio, entendemos que la mujer puede pedir la nulidad al amparo de los artículos 1.301 y 1.302, que la Jurisprudencia extiende a los terceros a quienes perjudique el negocio (124), en este caso la mujer, a quien perjudica la donación realizada. No creemos que, faltando el fraude, pueda aplicarse la nulidad del artículo 1.275, porque el marido, al disponer de un bien ganancial, a título gratuito, ejerce una facultad que *no tiene*, pero no infringe una *prohibición legal* (125). En consecuencia, la ineficacia opera sólo frente al patrimonio ganancial y frente al interés de la mujer en que el patrimonio sea reintegrado.

El segundo tipo de «contravención al Código» que hemos delimitado es el de aplicación por el marido del patrimonio ganancial a fines distintos de los que le son peculiares, singularmente los actos que implican una *conducta desordenada del marido*. Conviene, desde ahora, establecer dos presupuestos: Uno, que tal conducta supone una *posposición de su conducta como marido*, impuesta por su estado, y otra, que tales disposiciones afectan al derecho de terceras personas que son ajenas a tal conducta. En consecuencia, las enajenaciones de bienes a título oneroso, aunque el equivalente sea destinado por el marido a fines distintos de los debidos, no constituyen fraude que pueda proyectarse al acto de enajenación. El adquirente que pagó el precio del bien adquirido, es tercero en las re-

(124) Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 1916, 8 de octubre de 1919, 30 de mayo de 1925, 11 de noviembre de 1928.

(125) La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1930 declara que, faltando una prohibición legal de lo que constituye la causa, ésta hay que reputarla válida y lícita.

laciones patrimoniales internas del consorcio, y su adquisición es legítima y digna de ser protegida.

Creemos que en estos supuestos la ilicitud no está en la *enajenación* onerosa del bien ganancial, ni en el fraude de la mujer, que no está en el ánimo del marido cuando enajena, ni intenta hacer de sus poderes «una máquina de guerra» contra su asociada, según frase de JOSSERAND (126), sino en el destino posterior que el marido da a los bienes, fuera de los fines de los artículos 1.408 y 1.409 del Código.

Para este supuesto, siendo inatacable la posición del tercero que adquirió a título oneroso, de quien, como el marido, tenía el poder de disposición sobre el patrimonio, la mujer tenía —y tiene después de la reforma— un remedio actual, preventivo, y un remedio diferido al momento de la liquidación.

El remedio *actual* antes de la reforma no nacía del artículo 1.413, sino de la *conducta desordenada y socialmente condenable* (127) del marido, que autoriza a la esposa a solicitar la declaración de prodigalidad para su esposo. No basta un acto aislado, sino una *conducta* peligrosa para el patrimonio, sin discriminar sobre «la mayor o menor moralidad de los actos respecto a la administración o disposición de los bienes» (128). Con ello se excluye la simple susceptibilidad de la mujer en su estimativa de los actos del marido, que pudiera poner en injustificado peligro la armonía conyugal; en nuestra opinión la disposición simplemente arriesgada de bienes del patrimonio ganancial, aunque resulte una pérdida, no es suficiente, porque ello depende de las circunstancias de los negocios: No basta con que el resultado perjudicial obtenido sea *contrario* al propuesto, siempre que éste por la ocasión, el medio empleado o resultados perseguidos no sea claramente irrazonable (129); lo que importa es el fin, se obtenga o no.

La prodigalidad no defiende solamente el patrimonio ganancial sino todo el patrimonio, incluso el privativo del marido, por ser un remedio general impuesto en interés «de la familia, a quien debe sostenerse para que no sea privada de los medios económicos necesarios para la subsistencia» (130).

Es, pues, remedio que la mujer podía emplear, aunque sólo contemplara la defensa del patrimonio ganancial, puesto en peligro por el desorden económico del marido, cuya declaración de prodigalidad no coarta, conforme al artículo 224, su autoridad en la familia, si bien la administración de los bienes del patrimonio conyugal pasa

(126) JOSSERAND : *De l'esprit des droits*, 2.^a ed., núm. 83.

(127) DE CASTRO : Loc. cit., pág. 338.

(128) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1915, cit.; DE CASTRO : Loc. cit., pág. 340.

(129) DE CASTRO : Loc. cit., pág. 339.

(130) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1930 cit. DE CASTRO : Loc. cit., pág. 340.

a la mujer con todas las consecuencias previstas en los artículos 225, 1.365-2.º, 1.433, 1.436, 1.443. etc., así como la enajenación con el requisito de la previa y necesaria autorización judicial. El tutor reduce sus facultades a administrar los bienes del pródigo (cfr. 246-4.º) y los de los hijos de éste habidos de anterior matrimonio (art. 225), pudiendo disponer de ellos con la autorización del consejo de familia, que tendrá en cuenta la necesidad o utilidad de la enajenación (cfr. 270 y 271; además 269-4.º y sigs.). Pero la tutela alcanza sólo a los bienes del marido pródigo, al patrimonio en que la mujer no está interesada (art. 225), puesto que el patrimonio ganancial es administrado por la mujer, que asume, mientras dure la incapacidad, las funciones de gestión del marido, con la limitación de requerir la autorización judicial para los casos de enajenación.

La acción de la mujer resulta evidente por establecerla el artículo 222 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1942, que habla de aquella conducta que pone en «peligro injustificado la situación patrimonial de la familia más cercana: *cónyuge*, descendientes y ascendientes».

Ahora bien, este medio general de defensa preventiva no excluía el remedio del artículo 1.413, como estaba, al parecer, en la mente de algún autor, FALCON, según anotamos en su lugar, que además interfiere el concepto de fraude de la mujer, considerando el nombramiento de un tutor como «justo castigo a la prodigalidad del marido», e invocando, en confirmación de su doctrina, precisamente el artículo 1.413. Creemos, por el contrario, que son dos áreas distintas las de la prodigalidad y la del anterior artículo 1.413. El primero es un remedio general, el segundo era un remedio específico que podía coexistir con el otro. El artículo 1.413 protegía el interés de la mujer en el patrimonio ganancial; la prodigalidad, con mayor amplitud protege el interés inmediato de la familia y del grupo de los herederos forzosos, precisamente *del marido*, pero en su amplitud defiende a la mujer del desorden económicamente peligroso del marido respecto al patrimonio ganancial.

El modo de operar el artículo 1.413 en estos casos no podía tender, como en el caso de fraude o de disposición a título gratuito, a la recuperación en especie de los bienes enajenados. La enajenación es válida (131), porque la conducta desordenada del marido o su posposición del interés del patrimonio ganancial está fuera de la relación con el tercero adquirente de los bienes. En estos casos la prodigalidad del marido respecto al patrimonio ganancial determinará el carácter de contravención que cualifica a las enajenaciones realizadas por el marido, y su prueba concretará el *quantum* que habrá de restituir inmediatamente o, en su caso, en el momento de la liquidación, conforme al artículo 1.419. La enajenación es legal frente al tercero que adquirió a título

(131) Vid. SALA: *Ilustr.*, núm. 24, cit. antes.

oneroso, y la ilegalidad sólo opera en las relaciones internas del consorcio.

De ello se sigue que la mujer puede privar al marido de las facultades cuyo mal uso perjudica al patrimonio ganancial y a su interés en el posible remanente líquido, sin perjuicio de que, por aplicación del artículo 1.413, exija la inmediata reintegración del patrimonio o, en su caso, deje probado el valor del perjuicio actual para traerlo a colación en el momento de la liquidación.

El párrafo segundo del artículo 1.419 parece tener, a nuestro juicio, una función totalmente distinta de la del artículo 1.413, si bien guardan ambos prácticamente cierta relación, en el sentido de que el 1.419 se limita a expresar que en el momento del inventario «también se traerá a colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas con sujeción al artículo 1.413», sin que tal precepto haga otra cosa que contemplar el *interés de la mujer* en el *remanente líquido* que ha de concretarse. Sin embargo, el precepto no impide la protección inmediata, no del interés de la mujer, sino del patrimonio ganancial lesionado por la desordenada conducta del marido, con lo que, al proteger el patrimonio ganancial queda también protegido el interés privativo de la mujer en el remanente líquido y se hace innecesaria la colación. Creemos que el artículo 1.419 no es obstáculo para que la mujer, una vez lograda la declaración de prodigalidad y la calificación de *ilegales* (desde el punto de vista de las relaciones internas del consorcio) para los actos de disposición del marido logre la condena de éste a reintegrar, antes de la liquidación, el patrimonio ganancial con cargo a sus bienes propios, si los tiene, de la misma manera que la más reciente jurisprudencia, tan reiteradamente aludida, no ve inconveniente para el caso de fraude, en la reintegración *actual*, en especie, del patrimonio, declarando nulo el acto de enajenación. La diferencia está únicamente en que, en este caso, queda excluida la protección del tercero por su participación en el fraude, y ello hace posible la restitución en especie, mientras que en el supuesto de simple contravención, en que la licitud de la enajenación a título oneroso impide el perjudicar a tercero, la restitución no puede tener lugar en especie, pero sí en valor, por vía de indemnización, cuando pueda probarse el *quantum* del perjuicio; indemnización que, si no es posible actualizar en bienes propios del marido, puede aún hacerla efectiva en el momento de la colación a que el artículo 1.419 se refiere, de posible eficacia práctica si las circunstancias de la vida han permitido reconstituir el patrimonio propio del marido o ganancial.

A partir de la nueva redacción del artículo 1.413, la mujer puede protegerse de futuro sin recurrir a la declaración de prodigalidad del esposo, mediante la solicitud de las medidas de aseguramiento tomadas por el juez ante los actos del marido que en-

cierren grave riesgo para el patrimonio ganancial, acierto de la reforma de un indudable sentido práctico. En cuanto a los actos ya realizados y sus consecuencias, creemos vigentes las anteriores consideraciones.

El otro tipo de contravención específica del Código es creado por la reforma de 25 de abril de 1958. El tipo de contravención surge en los casos de disposición por el marido de inmuebles o establecimientos mercantiles, sin mediar el consentimiento de la mujer, remitiéndonos a lo escrito en el anterior capítulo sobre sus consecuencias.

El segundo concepto del artículo 1.413 del Código se refiere a las enajenaciones hechas *en fraude de la mujer*. El concepto aparece diferenciado de la simple contravención, diferencia justificada porque la noción de fraude implica un especial «estado de espíritu» (132) que aparece como verdadera intención de producir el daño a otro o de obtener simplemente un resultado prohibido. El fraude, como resultado objetivo de la actuación del marido, aparece cualificado por el elemento intencional puramente subjetivo: la intención de producir el daño (intención de defraudar). Creemos que el Código, cuando habla de fraude de la mujer se refiere al fraude doloso (133), dirigido el dolo contra ésta (134), criterio en consonancia con el jurisprudencial, puesto que «el fraude se determina por el objeto y finalidad con que el marido celebre los contratos en que se comprometen los bienes de la sociedad de gananciales que pueden ser válidos en sí mismos e ineficaces en cuanto a la mujer, si se han celebrado *con visible intento de perjudicar a ésta*, sin fin alguno de beneficio para la sociedad» (Sentencia del T. S. de 18 de mayo de 1900).

Sin embargo, la intención dolosa puede dirigirse inmediatamente no contra la mujer, sino contra la organización de los gananciales a fin de eludir los efectos normales del sistema o para salvaguardar un interés no lícito a la hora de la liquidación del patrimonio, y ello mediante una actuación de las facultades concedidas por el sistema de gananciales para obtener un resultado contrario al propio sistema (135), lo que supone un fraude de la ley (136) que implica, además, un perjuicio de la mujer.

(132) SINAY: Loc. cit., págs. 185 y sigs.

(133) Estimamos, con COSSIO (Loc. cit., *El dolo...*) y frente a otras opiniones, que dolo y fraude son conceptos no idénticos, pues el segundo es el resultado de la acción dolosa, algo de naturaleza objetiva.

(134) «Salvo si fuese probado que se hizo cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer» (Nov. Recop.: Loc. cit.).

(135) DE CASTRO: Loc. cit., vol. I, t. I, Madrid, 1949: «Uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y al que se ampara en otra norma dictada con distinta finalidad.

(136) Vid. el concepto en el Derecho internacional privado, NIBOYET: *Manuel de Droit International privé*, 1928; LEREBOURS-PIGEONNIERE: *Precis de Droit International privé*, 2.^a ed., 1933, núm. 263.

Mas en todo caso no puede perderse de vista que el sistema de gananciales no sólo se proyecta en las relaciones internas del consorcio, sino también en las externas, de manera que en los actos de disposición del marido que *realmente* llevó a cabo a título oneroso, entre la intención generadora del acto (que es perjudicar a la mujer o eludir las consecuencias del sistema) y su resultado, el fraude, se interpone la sustitución de valores que la onerosidad de la enajenación implica; de manera que el fraude de la mujer no deriva inmediatamente del acto de enajenación, que procuró el equivalente exigido al patrimonio ganancial, sino de la *aplicación que hiciere el marido del valor obtenido en la enajenación, una vez que ya ingresó en el patrimonio ganancial*. En suma, la liquidación o conversión de un bien del patrimonio, en otro fácilmente aplicable a fines extraviados, es algo que no implica el fraude de la mujer, porque la intención del marido enajenante salta, por así decirlo, por encima del acto de disposición para proyectarse en una conducta posterior que caerá de lleno en los supuestos de contravención a que antes nos hemos referido, aunque cualificada ahora por el «visible intento de perjudicar o damnificar a la mujer», que delimita la figura del fraude.

Por ello pensamos que toda enajenación *verdaderamente* realizada a título oneroso no produce, ni puede producir por sí misma, el fraude de la mujer, y la posición del tercero queda a salvo.

Sin embargo, ello no quiere decir que el fraude de la mujer, como resultado inmediatamente derivado del acto de disposición, no pueda producirse; lo que queremos significar es que el fraude de la mujer no puede producirse sin la complicidad y directa participación del tercero adquirente de los bienes enajenados, y ello por un solo camino, el de la simulación, en sus dos versiones, absoluta y relativa, supuestos en los que el marido, en complicidad con el tercero, *aparenta* enajenar a título oneroso, y, sin embargo, no lo hace con ánimo de vaciar, en perjuicio del interés de la mujer, en su día, o en perjuicio del propio sistema, el patrimonio ganancial.

Pudo, en efecto, el marido tener la intención de eludir el sistema de gananciales con el ánimo exclusivo de beneficiar a un tercero, y a fin de dar apariencia legal a la enajenación realizada con este propósito, encubrir su liberalidad, de acuerdo con el beneficiario, con un negocio oneroso que encierra en realidad una donación; o pudo tener la simple intención de damnificar a su mujer, como interés primordial, aparentando una enajenación de bienes a un tercero, a título oneroso, que en realidad no existió. En ambos casos falta la onerosidad de la enajenación, el equivalente que debe ingresar en el patrimonio ganancial en sustitución del bien enajenado, y esta falta de sustitución se produjo, además, intencionadamente.

La consecuencia de la ineficacia del negocio no tropieza con la

protección del tercer adquirente, porque quien se presta a la simulación no estaba ausente de la *maquinación insidiosa* que el dolo implica. En el caso de la disimulación, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo a que aludimos en su momento, creemos aplicable el art. 1.275 del Código civil, porque la causa, considerada subjetivamente como móvil y no entendida objetivamente como causa liberal es ilícita, y la intención de defraudar se opone además a los dictados de la moral (cfr. además artículos 1.255 y 1.258). En el supuesto de la simulación absoluta con la intención de perjudicar a la mujer en el remanente líquido, aparentando que determinados bienes salieron del patrimonio ganancial, la ausencia de todo negocio de enajenación produce, como en el caso anterior, la ineficacia de tal disposición, incluso al amparo del artículo 1.276.

En ambos casos no es necesario recurrir a una acción general de fraude, sobre la base del principio *fraus omnia corrumpit*, porque el supuesto estaba delimitado como fraude *típico* del marido en el antiguo artículo 1.413, cuyas consecuencias no pueden ser de menor intensidad y trascendencia que los que se asignan al fraude en general. El acto fraudulento resultará ineficaz; su declaración como tal podrá obtenerla la mujer constante matrimonio y la consecuencia será la restitución del bien enajenado al patrimonio ganancial, sin perjuicio de que las relaciones entre el marido y el tercero que aparece como adquirente se rijan por las normas de los artículos 1.305 y 1.306.

La sola existencia de la simulación, dirigida a defraudar a la mujer o a los fines del sistema, implica la «maquinación insidiosa» que el dolo encierra, y la necesaria participación del tercero adquirente que excluye el problema de su protección en todo caso.

Parece, a primera vista, que el hecho probado de la disimulación de un negocio de liberalidad, ilícito, o el hecho probado de un «no negocio», en el caso de la simulación absoluta es de por sí bastante, sin necesidad de probar la intención fraudulenta del marido, pero esta consideración desaparece con sólo meditar en que las consecuencias de apreciar la intención de defraudar van más lejos de la simple recuperación del bien enajenado, cual es la obligación de indemnizar de todas las consecuencias del acto, bien inmediatamente o bien en el momento de la colación, y que la obligación alcanza no solamente al marido, sino también al tercero que participó en fraude.

Ciertamente que el párrafo primero del artículo 1.413 reformado excluye, al menos teóricamente, la posibilidad del fraude por la vía de la simulación o disimulación, cuando de la disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles se trata, pero cuando la disposición de otra clase de bienes sea la que se contemple, si bien la mujer puede prevenirse frente a las futuras disposiciones arriesgadas de su esposo, por la vía del párrafo segundo del precepto, no es menos cierto que podrá protegerse de pretérito res-

pecto a las disposiciones que el marido haya realizado ya, con contravención o con fraude, por la vía del párrafo tercero del nuevo artículo 1.413, y, por tanto, consideramos igualmente aplicables después de la reforma las anteriores observaciones.

Con lo expuesto, el último de los conceptos que el antiguo artículo 1.413 expresaba con la frase «no perjudicarán» a la mujer ni a sus herederos las enajenaciones ilegales y fraudulentas realizadas por el marido—y que conserva el párrafo tercero del precepto reformado—queda formulada como un precepto en blanco que admite diversas gradaciones: desde la ineficacia del negocio de disposición en los casos de fraude y contravención típica—falta de consentimiento de la mujer, en los casos del párrafo primero del precepto reformado—hasta la simple reintegración en valor del patrimonio ganancial lesionado, en los demás casos de contravención a que nos hemos referido. Aunque en uno y otro caso, cuando no pueda obtener la restitución actual por desaparición de la especie o carencia de bienes propios del marido aguarde al momento de la liquidación al amparo del artículo 1.419.

En resumen, el precepto va dirigido a la *restitución* del patrimonio ganancial lesionado por el acto fraudulento o en contravención, restitución que unas veces puede tener lugar *en especie* (supuestos de disposición gratuita, fraude y contravención típica por falta de consentimiento de la mujer) y otras *en valor* (los demás supuestos de contravención del Código que no hacen ineficaz la enajenación realizada). Restitución, además, que puede obtenerse de un modo actual, constante matrimonio y, en último caso, diferida al momento de la liquidación si lo primero no es posible, todo ello sin perjuicio de las medidas preventivas que ya establece la reforma, cuando proceden.

Creemos que merece una breve consideración, aparte, la prevención contra los actos que el marido puede realizar en perjuicio de su mujer, en aquellos casos de anormalidad del matrimonio en que la comunidad de vida se rompe. Son supuestos en los que el «rencor»—motivo con frecuencia contemplado por los autores—puede mover al marido a hacer de sus facultades de disposición esa «máquina de guerra contra su mujer» de que habla JOSSEAND.

La situación estaba necesitada de una urgente reforma porque los medios de protección existentes hacían preciso un esfuerzo de interpretación dirigido, en aras de una finalidad práctica y justa, a cubrir los huecos por donde de hecho se infiltraban innumerables posibilidades de actuación fraudulenta.

Aparte de los ya examinados medios de protección, la garantía preventiva de la mujer en tales casos está en el área del artículo 68, reformado, del Código civil. En este punto la reforma ha tenido el acierto de enmendar eficazmente los defectos que cerraba la anterior redacción del artículo 68. En efecto, con anterioridad a la reforma, la garantía preventiva de la mujer ha-

bria de obtenerse por la vía del número 5 del precepto, según el cual podía el juez adoptar, una vez que hubieran sido interpuestas las demandas de divorcio o nulidad del matrimonio, las medidas necesarias para evitar que el marido que *hubiera dado causa* al divorcio o *contra* quien se dedujere la demanda de nulidad, perjudicara a la mujer en la *administración de sus bienes*, precepto que, con toda evidencia era suficiente y desigual al valorar las respectivas posiciones de marido y esposa, siendo fuente de no pocos problemas.

Es cierto que la Jurisprudencia calificó expresamente las medidas preventivas que el juez podía adoptar al amparo de este precepto como *discrecionales* (137), lo que permitía una cierta flexibilidad y posibilidades de eficacia práctica a las medidas que se adoptaran en cada caso, pero no es menos cierto que el número 5.º de dicho precepto, al expresar que la garantía versaba sobre los actos del marido que perjudicaran a la mujer en la administración de *sus bienes*, parecía dejar al margen de toda prevención los actos de *disposición* y *enajenación* que tuvieran por objeto, no los bienes *de la mujer* («sus bienes») de los que el marido tuviere la administración, sino sobre los bienes de la sociedad conyugal, sin contar con que la medida de protección sólo era aplicable, según el precepto, en los casos en que el marido «hubiere dado lugar al divorcio» o fuera él «contra quien se dedujere la demanda de nulidad del matrimonio».

La primera cuestión, relativa a ese condicionamiento de la protección que consistía en que el marido había de ser el demandado como causante del divorcio o de la nulidad, no estaba justificado. Aparte de que la sola interposición de la demanda no es nunca bastante para prejuzgar cuál de ambos esposos es, realmente, el que ha dado causa al divorcio, no debe tampoco olvidarse que, aunque fuera posible tal perjuicio, la medida de *protección* no puede tener el carácter de *sanción* al presunto culpable; de esa manera el marido *demandante* (que puede no ser *inocente*) adquiriría, por el solo hecho de demandar, una libertad de acción que podía aprovechar, sin verse coartado, para perjudicar a la mujer. Y aun presumida la inocencia del marido respecto a la situación personal del matrimonio, quizá esta misma posición suya le moviera a determinaciones de rencor que deben, precisamente, impedirse.

Este presupuesto de que el marido fuera el presunto culpable de la situación de anormalidad, seguía exactamente el criterio del Proyecto de 1851, cuyo artículo 81 también limitaba las medidas de protección a «que sea la mujer quien pida el divorcio», condicionamiento que, por su ingenuidad, quitaba toda eficacia práctica al precepto. Por el contrario, los otros dos conceptos referentes a la protección de la mujer frente a los perjuicios que por obra del ma-

(137) Sentencia de 6 de marzo de 1920.

rido pueda sufrir en la *administración de sus bienes*, permitían una interpretación más eficaz que la simplemente literal: En cuanto a los perjuicios derivados de los actos de administración realizados por el marido, fácilmente se comprende que si se protege a la mujer frente a lo menos, con mayor razón debía protegérsela frente a lo más, como son los actos de disposición, lo que por otra parte no hace sino prevenir, en lugar de remediar, las transgresiones del límite impuesto al marido por el artículo 1.413. La otra cuestión que ofrecía el artículo 68 era la que respecta a si la prevención se refería solamente al ataque a los bienes de la mujer («sus bienes») que el marido administrase, o bien comprendía los bienes gananciales. No nos ofrece duda que éstos quedaban en el ámbito de la protección, tanto sobre la base de los antecedentes del precepto (el número 5.º del art. 81 del Proyecto de 1.851 hablaba expresamente de «dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes *del matrimonio*, no cause perjuicio a la mujer») como sobre la opinión de los comentaristas (138) y especialmente la consideración de que en la expresión «sus bienes» (bienes de la mujer) no puede dejar de incluirse el derecho actual de la esposa en el patrimonio ganancial, y el eventual que le corresponde en el remanente líquido en el momento de la liquidación.

Por todo ello, no ha podido ser más oportuna y práctica la nueva redacción del artículo 68.

En cuanto a las medidas de protección que podían ser adoptadas por el juez, SCAEVOLA (139) opinaba, con referencia al antiguo artículo 68, que tales medidas no son otras que las determinadas en los artículos 1.433 y siguientes, opinión que no compartimos, porque la separación de bienes a que tales preceptos se refieren constituye una situación *definitiva* y posterior a la sentencia firme de divorcio (cfr. 1.433, párrafo 2.º), mientras que el número 5.º del artículo 68 establecía medidas provisionales y preventivas («mientras dure el juicio») que hicieran posible en su día la liquidación de la sociedad de gananciales «conforme a lo establecido en este Código» (cfr. 1.434), es decir, sin fraude ni perjuicio de la mujer (cfr. 1.413 y 1.419).

Todas estas dificultades han quedado afortunadamente resueltas por la redacción dada al artículo 68 en la reciente reforma. La regla cuarta de este precepto previene las dos siguientes normas:

«El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá, excepcio-

(138) MAXRESA: *Comentarios*, art. 68, pág. 374, estima que la medida del número 5 de este artículo «solamente tendrá lugar en el caso de que el marido lleve la *administración de los bienes de la sociedad conyugal* o de alguno de los que la mujer aporte al matrimonio». SCAEVOLA, t. II, art. 68, pág. 196: «Por tanto se dictarán tales medidas sólo en el caso (más frecuente) de que el marido sea *administrador de la sociedad conyugal*». En sentido análogo, respecto al Proyecto de 1851. GARCÍA GOYENA: *Ob. cit.*, página 97.

(139) SCAEVOLA: *Loc. cit.*, pág. 196.

nalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

«Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre».

Se separan, por tanto, dos ámbitos de actuación sobre el patrimonio ganancial: Los actos de mera administración y los de disposición, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes. De tal manera que el marido conserva *normalmente* la administración, sin perjuicio de que, excepcionalmente *y atendidas las circunstancias del caso*, la simple administración de todos, o de alguno de los bienes gananciales, se transfiera a la mujer. Más para cualquiera clase de actos que excedan de la simple administración, la licencia judicial necesaria se interpone como la más eficaz protección frente a los actos dispositivos, haciendo innecesarias otras medidas en este punto, como no sean las encaminadas a impedir una intencionadamente mala administración por cualquiera de los cónyuges.

