

Curso de Conferencias en la Academia Matritense del Notariado

Durante los meses de mayo y junio se ha desarrollado en la Academia Matritense del Notariado el Curso de Conferencias que habitualmente organiza el Colegio Notarial de Madrid.

Por su gran interés, insertamos a continuación un resumen de cada una de ellas.

I

Donación con reservas de facultad de disponer, por don Antonio Rodríguez Adrados, Notario de Madrid.

Frente a lo que proclama el adagio francés «donner et retenir ne vaut», con frecuencia lo que quieren los donantes es precisamente dar y retener, con diversas finalidades, no sólo lícitas, sino encomiables y dignas de protección por el Ordenamiento jurídico, y que no pueden enteramente satisfacerse ni con la donación «reservato usu fructu», ni con la donación con prohibición de disponer completada entre partes con documento privado. A este interés práctico del artículo 639 del Código civil se une un interés histórico, al demostrar la originalidad del Proyecto de 1851 y del Código civil, que inspirándose en los artículos 946 del Código de Napoleón y 1.069 del Código italiano de 1865, tan directamente que un observador superficial calificaría, como tantas veces, de mera labor de traducción, sin embargo, con una modificación en la consecuencia jurídica del supuesto, con ordenar que en caso de que el donante falleciera sin haber usado de la facultad reser-

vada de disponer los bienes afectados por ella pertenecerían al donatario y no a los herederos del donante como en los precedentes extranjeros, instauraron un sistema no sólo distinto, sino contrapuesto al francés, acorde con nuestra tradición jurídica, y cuya superior calidad ha venido a ser corroborada por la vigente Codificación italiana, que en el nuevo artículo 790 sigue un sistema semejante al español.

* * *

Comienza, pues, por estudiar los precedentes franceses del artículo 639, elevándose al estudio de la regla «donner et retenir ne vaut», del que la regulación francesa de la donación con reserva de la facultad de disponer es mera consecuencia. Expone el sentido originario de la misma, esto es, la necesidad de tradición corporal en la donación y su evolución al moderno significado, «cuando el donante se ha reservado el poder de disponer libremente de la cosa donada», para decirlo con las palabras del artículo 274 de la Costumbre de París. Las definiciones de la donación del artículo 894 del Código francés y del 1.050 del italiano del 65, al exigir al donante un despojo actual e irrevocable, parecen acoger este segundo sentido del adagio, y las consecuencias están patentes en su articulado, según las respectivas doctrinas: nulidad de la donación de bienes futuros, nulidad de la donación bajo condición potestativa «a parte donantis», nulidad de la donación bajo condición de pago por el donatario de deudas futuras del donante y regulación de la donación con reserva parcial de la facultad de disponer; expone y estudia sucesivamente los preceptos del Código de Napoleón (arts. 943, 944, 945 y 946) y del antiguo Código italiano (arts. 1.064, 1.066, 1.067 y 1.069) y su doctrina, deteniéndose especialmente en los últimos el 946 francés y el 1.069 italiano: si la donación bajo condición potestativa «a parte donantis» es nula, igualmente lo será aquella en que el donante se ha reservado la facultad de disponer de todos los bienes donados o de todo su valor; por ello, el supuesto de hecho de estos preceptos tiene que ser el de la reserva parcial, en que la donación es válida en cuanto a la parte no afectada por la reserva, pero es evidentemente nula en cuanto a la parte reservada; nulidad

parcial, pues, pero radical o absoluta, sin posibilidad de pacto contrario ni de confirmación; los bienes donados en la parte comprendida en la reserva, precisamente por ser la donación nula, siguen siendo propiedad del donante; la consecuencia que estos preceptos deducen es obvia: si el donante fallece sin haber ejercitado la facultad de disponer, los bienes se transmiten del donante a sus herederos, sin que quepa pactar que para tal evento sean adquiridos por el donatario.

Pasa a estudiar la cuestión en nuestro Derecho histórico, en los Proyectos de 1851 y 1882 y en el Código civil, demostrando que entre nosotros siempre ha sido válido donar y retener. Se detiene en el concepto de donación del artículo 618 del Código civil, en que no se menciona el despojo actual e irrevocable; no existe en nuestro Derecho, ni ha existido nunca, una «irrevocabilidad especial» de las donaciones, más rigurosa, sino que las donaciones son irrevocables como cualquier otro acto jurídico bilateral. En consecuencia, es válida la donación bajo condición potestativa de parte del donante (art. 641) y es válido el pacto de pago de deudas futuras (art. 642); bien es verdad que es nula, también entre nosotros, la donación de bienes futuros (art. 635), pero ello nada tiene que ver con que sea o no válido donar y retener, como sostienen la doctrina francesa e italiana, sino que es debido a que la donación es en nuestro Derecho un acto de disposición, no generador de obligaciones, y, por tanto, no un contrato en el sentido del artículo 1.254, que es lo que haría posible la prestación de cosas futuras (art. 1.271).

Esta repulsa del donar y retener no vale; está también patente en la regulación que de la donación con reserva de facultad de disponer hace el artículo 639 del Código civil; frente al sistema francés de nulidad, se acoge un sistema de validez; la donación es válida incluso en la parte afectada por la reserva; los bienes pasan, en su virtud, del patrimonio del donante al del donatario, que los adquiere con la carga de la reserva, a favor del donante, de la facultad de disponer; si el donante muere sin haber ejercitado la facultad reservada, la adquisición del donatario se purifica; de aquí que el Código se limite a disponer que, para tal caso, los bienes pertenecerán al donatario, y no, como en Francia, a los herederos del donante.

Finalmente expone las razones históricas que dieron origen al axioma en el Derecho francés, y, con la debida crítica, los argumentos racionales en que se ha pretendido fundarle, así como la crisis del principio en el moderno Derecho italiano y en la misma doctrina francesa.

* * *

Entrando en los problemas concretos que plantea el artículo 639, estudia con separación los dos tipos de reserva que el precepto admite, de bienes y de cantidad con cargo a ellos. Admite con gran amplitud la reserva de la facultad de disponer de bienes, defendiendo que, en principio, están comprendidos todos los actos de disposición, cualquiera que sea su objeto (dominio pleno, parte indivisa, parte dividida con facultades previas de segregación, constitución de derecho real, arrendamiento) y cualquiera que sea su naturaleza jurídica (actos «inter vivos», a título oneroso, con adquisición de la contraprestación por el donante o por el donatario, y a título gratuito, e incluso actos «mortis causa»), si bien en concreto será problema de interpretación de voluntad el determinar qué actos han sido reservados. Señala las dificultades que presenta la reserva de disponer de cantidad con cargo a los bienes donados y estudia los diversos supuestos (hipoteca, carga y, dudoso, obligación personal del donatario).

En uno y otro casos la reserva sólo puede hacerse a favor del donante mismo, no de sus herederos, ni del enajenante por acto jurídico distinto de la donación, estudiando la Resolución de 8 de octubre de 1924. En cambio, el acto dispositivo puede ser realizado a favor de cualquiera, si bien suela limitarse en la escritura este ámbito subjetivo a determinados parientes del donante o del donatario, sobre todo cuanto es gratuito o «mortis causa»; por excepción, cree no admisible de manera directa el acto dispositivo a favor del donante mismo—caso en el que juzga aplicable el artículo 641 y no el 639—, aunque sí de manera indirecta, mediante acto oneroso con facultad del donante de hacer suya la contraprestación.

Dudoso es, en cuanto a la extensión cuantitativa de la reserva, el problema de la admisibilidad de la reserva total, esto es, com-

prensiva de todos los bienes donados o de cantidad que suponga todo su valor, supuesto silenciado por el artículo 639 por su inspiración en los preceptos extranjeros del sistema francés, en que no cabía plantearle; estudia las diversas posturas de nuestra doctrina y de la moderna italiana, en que la cuestión ha sido ampliamente debatida (BALBI, TORRENTE, BIONDI, etc.), y acaba incliniéndose, en tesis general, por la no admisibilidad de la reserva total en nuestro Derecho. Ello conduce a la exigencia de la determinación de los bienes o cantidad afectados por la reserva; expone la doctrina de la mera determinabilidad, dominante en Italia a partir de ASCOLI, que rechaza, tratándose de inmuebles, en virtud del artículo 633 del Código civil, y, en su caso, del principio hipotecario de especialidad. La exclusión de la reserva total y el principio de determinación de la parcial hacen inadmisibile la aplicación del artículo 639 a la donación manual de cosa mueble. Esta parte de la conferencia que resumimos concluye con el estudio de las consecuencias jurídicas de la indeterminación: teorías de la nulidad de la reserva sólo con validez de la donación (ASCOLI, MAROI y la generalidad de los autores franceses), y de la nulidad de la donación misma (COVIELLO, SCUTO).

* * *

Ya conocido el sentido y principales cuestiones que plantea el artículo 639, cree llegado el momento de referirse a los problemas de naturaleza jurídica. Expone y critica las principales teorías que han surgido sobre la naturaleza de la donación con reserva de la facultad de disponer de bienes, especialmente la dominante, que la concibe como una donación bajo condición resolutoria potestativa, con sus variantes, la de la donación «mortis causa» y la de la reserva del «jus disponendi» integrante del dominio, en paralelismo con la donación con reserva de usufructo, y, en cuanto a la reserva de disponer de cantidad, se fija especialmente en la teoría de la donación no condicional, sino onerosa, estando afectada la carga por una condición suspensiva potestativa «a parte creditoris».

Examina igualmente la naturaleza jurídica del derecho o facultad reservado por el donante, que, en el Derecho francés, no

es otro que la propiedad misma, que el donante no pierde por ser la donación nula; en nuestro sistema, afirma que es un derecho potestativo o de modificación jurídica, de naturaleza real, innominado, excepcionalmente permitido por la Ley, de carácter personalísimo, intransmisible por actos «inter vivos» y «mortis causa» y de ejercicio libérrimo por parte del donante, inembargable, no susceptible de ejercicio por los acreedores del donante por acción subrogatoria, y, en sí mismo, sin valor económico.

Con todos estos datos, fija las respectivas posturas del donante, y del donatario o sus herederos, en la situación de pendencia; además la del adquirente, cuando el donante ejercita la facultad de disponer reservada, y, finalmente, la de todos los interesados, cuando el donante fallece sin haberla ejercitado.

* * *

Trata, por último, de la donación de bienes gananciales con reserva de la facultad de disponer; hace referencia a los casos excepcionales en que puede donar gananciales el marido solo (artículos 1.409 y 1.415), o uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (art. 1.419, II), que, al existir un solo donante, no plantean problemas a efectos del artículo 639; y centra su atención en el supuesto normal de donación de gananciales por ambos cónyuges en el mismo plano: la reserva ha de hacerse a favor de los dos cónyuges donantes, y el ejercicio de la facultad dispositiva se regirá por las normas del acto de que se trate, no por las de la donación.

El problema más grave surge al fallecimiento de uno de los cónyuges sin que se haya hecho uso de la facultad de disponer; sostiene que la facultad de disponer es extraña a la distinción de bienes gananciales y privativos, por carecer en sí misma de valor económico, por su intransmisibilidad a los herederos del donante y por el carácter libérrimo que para el donante tiene ejercitarla o no; en la liquidación de la sociedad de gananciales no podría ser inventariada, porque no puede adjudicarse al haber del premuerto, ya que sus herederos no podrán ejercitarla, ni al del sobreviviente, porque no se le puede obligar a usar de ella ni a sufrir las consecuencias económicas de su falta de ejercicio. ¿Podrá, sin

embargo, ser ejercitada por el cónyuge superviviente? La cuestión no ha sido resuelta, ni siquiera tocada, por la sentencia de 4 de enero de 1965, contra lo que ha dicho alguna publicación jurídica; entre las soluciones posibles (permitir su ejercicio al sobreviviente en cuanto a la totalidad de los bienes afectos a la reserva, o sólo en cuanto a la mitad de los mismos; o declarar extinguida la facultad reservada por ser imposible su ejercicio), el conferenciante se inclina, a título puramente personal y considerándolo extremadamente dudoso, por la admisibilidad del ejercicio total por el cónyuge superviviente, en virtud de argumentos de analogía y de justicia; pero bien entendido que si la disposición fuere onerosa y el donante hiciese suya la contraprestación, ésta sí tendría carácter ganancial y habría que adicionarla a la liquidación de la sociedad conyugal.

II

Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas, por don Joaquín Sapena, Notario de Valencia.

El Notario, en su labor creadora del Derecho, recoge de la realidad el hecho diario, el *hecho social*, y jurídicamente lo plasma, configura y regula. Y así han salido del estudio notarial, perfiladas y aptas para la sanción legislativa, instituciones y figuras en aquel quehacer formadas. Una de ellas es, hoy en génesis incipiente, pero que crece a marchas forzadas, la urbanización privada que pretende proporcionar al mejor coste el apartamento o vivienda en el campo o en la playa.

Por urbanización privada se ha de entender aquella en la que cabe una regulación de tipo colectivo o comunal, pero particular, es decir, sin sometimiento a normas de derecho público. Por lo que sólo será posible en lo que la Ley del Suelo califica de suelo rústico y no en el urbano ni en el de reserva urbana, que necesariamente han de quedar sometidos a un plan administrativo que trastoca los bienes de servicio común en bienes de uso o servicio público. Lo cual, por la misma imperativa de sujeción al plan

administrativo, sucede también en los Centros de interés turístico. Ahora bien, en todos estos casos es posible la urbanización de tipo mixto, esto es, la enclavada en un plan de Derecho público, pero permitiendo la existencia de bienes de servicio colectivo privado junto a los de uso o servicio público, urbanización mixta cuya problemática es la misma de las totalmente privadas o de tipo particular puro.

El fin primordial de toda urbanización particular ha de ser la garantía para el adquirente de una parcela, edificio o departamento de que el ordenamiento de la zona perdurará en las mismas condiciones en que inicialmente se ha plasmado, tanto sobre los derechos y limitaciones de las propiedades particulares como sobre el uso de los elementos comunes. Lo que exige en su contenido normativo una adecuada reglamentación sobre las limitaciones de uso, destino y construcción en las parcelas, por una parte, y, por otra, respecto a los elementos de uso común para lograr la seguridad de su perpetuo destino al servicio que les incumbe, conseguir la permanencia en el mismo mediante su adecuada conservación y alcanzar, en el máximo grado posible, la exclusividad en tal uso para las parcelas o propiedades de la zona, con exclusión de los extraños a la misma.

Concretadas así las finalidades, hay que buscar los medios jurídicos más aptos para conseguirlas. En cuanto a las limitaciones de las propiedades particulares, establecidas con carácter recíproco, y, por tanto, pesando sobre cada una en provecho de las demás, no cabe duda que la figura más apta de las hoy consagradas es la servidumbre real, positiva o negativa, generalmente recíproca, salvo casos especiales, y que aunque, continuas por esencia, físicamente sean no aparentes, jurídicamente lo serán siempre por su extrema publicidad escrituraria y registral. Pero respecto a la regulación de los elementos comunes, su problemática es ardua, surgiendo ya las dudas en cuanto a quién debe ostentar su titularidad.

La adscripción de tales elementos al uso y servicio de las parcelas o edificios de propiedad privada, nos compele también al uso de la figura de la servidumbre real para dar carácter perpetuo e inmutable a tal adscripción. Pero precisamente por tal razón la existencia de un predio o predios sirvientes comporta necesaria-

mente la titularidad de los mismos. Y en cual sea la más apta, está el problema.

Como solución sencilla, y aparentemente la más adecuada, se nos presenta la del condominio por los propietarios de la zona, en régimen de comunidad romana y en la misma proporción en que lo sean de la servidumbre que absorbe su propiedad. Solución que tiene un grave inconveniente práctico: el de que la titularidad de la parcela y sus derechos en la urbanización se plasma registralmente en dos—la de la propia parcela y la de la cuota indivisa—en los elementos comunes, lo que con el tiempo nos lleva al abandono en la transmisión formal de esta última y consecuente desacuerdo entre la realidad registral y la extrarregistral. Otro inconveniente, el de la imposibilidad legal de enervar la acción de división de la cosa común, a más de que teóricamente pudiera ser superado, prácticamente deja de serlo en cuanto tal división de bienes, cuyo disfrute está agotado por la servidumbre que sobre ellos pesa, a nada conduce.

La conveniencia de que la titularidad de los elementos comunes sea paralela a la de las parcelas particulares, compele a otra solución más perfecta: la de la Sociedad civil, cuyo objeto será llevar a cabo la actuación necesaria para lograr y mantener la efectividad del Ordenamiento jurídico de la urbanización, por lo que su gobierno es casi idéntico al que correspondería a una comunidad organizada de los titulares de la zona. Sociedad que, en la línea de lo expuesto, puede ser la titular de los elementos comunes, pero que también ha sido construida como titular de unos predios dominantes de servidumbres limitativas del uso y construcción en las parcelas particulares—predios sirvientes—, siendo su objeto tanto mantener tales limitaciones como administrar los elementos comunes, que de este modo cumplen su misión no tanto por exigencias de una relación de servidumbre como por razón de la propia reglamentación social.

El punto de apoyo de esta Sociedad estriba en configurar la titularidad de la cuota social, y por tanto la condición de socio, como aneja a la propiedad de una parcela o departamento de la zona. Desde el punto de vista de la titularidad de la parcela, no hay obstáculo para tal conexión, pues si ésta lleva anejos ciertos derechos de servidumbre sobre las demás parcelas y los elementos co-

munes, la necesaria pertenencia a la Sociedad puede ser una consecuencia de la reglamentación de los mismos. Mas desde el otro lado, desde el de la condición de socio, cabe preguntarse si es posible adscribirla a la titularidad de determinado bien.

Surgen dos obstáculos fundamentales: el de que la Sociedad es un contrato *intuitu personae*, característica violada en cuanto la condición de socio la determina un título de propiedad, y la falta del ánimo de lucro, requisito por definición exigido por el legislador. En cuanto al primero, cabe argumentar en contra que si el mismo Código sustituye el *intuitu personae* por un *intuitu familiae* al permitir la transmisión «mortis causa» de la cuota social como excepción a la norma general prohibitiva (arts. 1.704 y 1.696 del Código civil), lo que en la práctica suele pactarse en contemplación a un objeto social que no exige la adscripción de la Sociedad a personas determinadas, sino que interesa la perduración de la misma en beneficio de las familias de los socios, tal *intuitu personae* puede ser sustituido por un *intuitu rei*, cuando el fin social es mantener determinadas condiciones de unas propiedades particulares.

Respecto a la falta de ánimo de lucro, no hemos de olvidar que el Código civil contempla una Sociedad de tanto vigor y vigencia como la mercantil, pero las condiciones actuales, tan distintas de las de los tiempos codificadores, han dejado aquella relegada de tal modo frente a la Sociedad mercantil, que casi, casi, está en desuso. Pero que podría recobrar su pujanza si de la misma nos sirviéramos como molde y cauce de contratos asociativos atípicos, cada día más florecientes. Lo que no es ningún sueño: la indiscutida viabilidad, en próspero auge, de las comunidades de aprovechamientos de aguas privadas subterráneas que en la huerta valenciana adoptan la forma de sociedad civil, siendo el sostén de ricas zonas de nuevos regadíos, así lo prueba.

Todo lo cual, unido a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que en estos puntos han minado el rigor del Código, nos lleva a la conclusión de que esta Sociedad civil es viable. Pero lo dudoso es que para cubrir y salvaguardar los inconvenientes de una comunidad valga la pena embarcarse en los problemas que la solución societaria, como se ve, comporta, sin olvidar los de carácter fiscal que indudablemente surgirían. Mas cuando si, como

se verá, cabe encontrar el camino apto y especial para esta nueva figura.

Otra solución simplista—y la más adecuada en muchos casos a las finalidades que se pretenden conseguir—sobre la titularidad de los elementos comunes, es la de adscribirla al propio promotor. Que puede tener para el mismo ventajas indiscutibles en cuanto lo vincula para siempre a la urbanización, dándole un derecho de veto—el del propietario de la finca gravada—sobre disposición de los elementos comunes contraria a su finalidad inicial, aunque todos los usuarios estén conformes en ello; o bien le permite disponer de los mismos, con las limitaciones que se hayan plasmado, para incluir la urbanización en un plan administrativo, para obtener la declaración de centro de interés turístico o para ampliarla adscribiendo nuevos terrenos a la misma. Surgiendo como principal inconveniente de esta solución el de dar salida al promotor que luego quiera separarse, si bien esto podría soslayarse configurando *a priori* su libre y posible renuncia a la titularidad de los elementos comunes como una renuncia traslativa que los transfiera a la comunidad formada por los propietarios de la zona.

Una variante de la Sociedad civil es la solución cooperativista, pues mediante la creación de una persona jurídica intermedia mantiene la titularidad económicamente en los propietarios de la urbanización. Solución restringida en cuanto las únicas Cooperativas de la Ley contempla en esta materia son las llamadas de viviendas protegidas, a cuyo objeto escapan las urbanizaciones de tipo veraniego o residencial, estando en entredicho por otra parte su brillante señuelo de protección fiscal.

Finalmente, en sendas de picardías jurídicas, caben aquellas soluciones en que, con desaparición registral de los terrenos destinados a los elementos comunes, su titularidad se adscribe a la de las parcelas. Como es la de describir cada una con sus lindes exactos, pero expresando que de su total superficie una—la propia de ella—es de uso particular, y la otra—la parte que en aquellos elementos le corresponda—está destinada al servicio común.

En todas dichas soluciones, cualquiera que fuere la aceptada, la complejidad de las relaciones nacidas exige una regulación clara y detallada, precisa y firme: la configuración jurídica de la zona en suma.

Su título será el constitutivo de la urbanización, continente de las reglas que la conforman. Estas, sea cual sea la denominación que se les dé, precisan de plena eficacia y para ello de su inscripción en el Registro de la Propiedad, requiriéndose, por tanto, la escritura pública. Pero, en la básica y referida relación de servidumbre, su nacimiento jurídico exige la dualidad de titulares (artículo 530 del Código civil), mas esto no impide que previamente puedan tener acceso al Registro como circunstancias de la finca o fincas, como signo aparente, jurídico-escrito en este caso. que dé lugar al nacimiento de la servidumbre cuando aquella dualidad se produzca (art. 541 del Código civil).

Aun inscritas todas las reglas de la urbanización, en teoría podría distinguirse entre normas con efectos reales y otras meramente personales. Diferenciación que no sólo sería perniciosa, sino que incluso debe estimarse imposible: en cuanto todas tales reglas afectan al contenido de unos derechos reales, son, necesariamente, de naturaleza real. Y como tienen todas igual exteriorización, igual publicidad, igual es también su eficacia.

Dentro de la urbanización puede haber, y de hecho casi siempre las habrá, junto a las propiedades ordinarias, otras de tipo horizontal. En tal caso, según cual sea el tipo de construcción predominante, deberá fijarse la distribución de las cargas de la zona. Si es el chalet con una o pocas viviendas, las parcelas deben ser las unidades terminales de responsabilidad, con distribución interna de la cuota que les corresponda entre sus diversos departamentos en su caso. Y si lo fuere el edificio con departamentos, éstos—cada departamento en sí—deben ser los responsables, con adscripción diferenciada e independiente de cuota, frente a la total comunidad.

Las cuotas de responsabilidad deben fijarse, por otra parte, según el tipo de urbanización. Si se trata de parcelas de distinto tamaño y situación, con construcciones aisladas, que implican una desigualdad de valores, conforme a éstos, y con criterio de equitativa proporcionalidad, deben señalarse las cuotas. Pero si la situación y tamaño carecen de relevante importancia, cual sucede en aquellas en que predomina el edificio o bloque de departamentos, lo aconsejable será la cuota igualitaria, por parcela-chalet o departamento, es decir, por unidad residencial.

Uno de los puntos de mayor interés en la normativa de estas urbanizaciones es el de la exigibilidad de las cargas económicas, pues la seguridad del cobro de los *dividendos pasivos* es presupuesto necesario de su estabilidad. La solución está en la propia configuración del derecho a los elementos comunes como de servidumbre real. Y en la complejidad, en forzosa unidad por integración, del supuesto. Pues el dueño de cada parcela, al tiempo que titular activo de unas servidumbres, es titular pasivo de otras. Como titular del predio dominante debe contribuir a los gastos necesarios para el uso y conservación de la servidumbre en proporción al beneficio que le reporte (art. 544 del Código civil). De *obra* habla el Código, obras en este caso perfectamente reguladas en el título de la urbanización, desde la administración hasta la reconstrucción, estando ya fijado el módulo de participación en las mismas. Carga ésta derivada de un derecho real: carga real en suma. Que en el supuesto especial de la urbanización se ve reforzada en su obligatoriedad, porque si bien deriva de una titularidad activa, puede considerarse también como secuencia de la pasiva, con imposibilidad práctica—no conceptual—de separar una de la otra.

Como la servidumbre se extingue por renuncia del dueño del predio dominante, aunque se trate de un derecho en comunidad, puede preguntarse si por tal renuncia es posible liberarse de las cargas de la urbanización. En estos casos (arts. 546, 5.º, y 395 del Código civil) el legislador contempla siempre una relación desde el lado activo, mientras que en el nuestro dichas cargas no se derivan simplemente de la servidumbre, sino que nacen de la propia condición de las parcelas, de la titularidad dominical de las mismas, por el complejo de relaciones de naturaleza real que la benefician y gravan, que al tiempo que amplían sus derechos los limitan.

En cuanto a la posibilidad de modificar los elementos de uso común, si bien cada uno de los propietarios tiene un derecho inderogable a los mismos, cuando en el título constitutivo se fijan delimitaciones y permisos concretos para ciertos elementos como actos que en el conjunto urbanístico pueden ser considerados de administración, la mayoría podrá decidir sobre ellos. Pero si tanto con relación al bien concreto como a toda la zona, por la función

que aquél cumple en la misma, la modificación entraña un acto de disposición, se precisará la unanimidad de los condueños.

Finalmente, en cuanto a las reglas contenidas en el título constitutivo, cabe decir que la determinación de la exclusividad en el uso de los elementos comunes por los propietarios de la zona, es perfectamente posible; que es muy conveniente regular los derechos del promotor cuando alguno se reservare, y que igualmente deben fijarse con la mayor claridad las reglas sobre la administración de la zona.

Queda claro que con los medios jurídicos de que hoy se dispone se puede alcanzar la perfecta o casi perfecta regulación de una urbanización privada, pues para ello basta con combinar hábilmente las figuras en uso que se han examinado. Pero no hay que quedarse satisfechos. Frente a la realidad social que contempla, no encajable exactamente en ninguna de las figuras que conoce y maneja, el jurista procede a analizarla y descuartizarla, aplicándole por partes soluciones adecuadas. Pero no basta. Pues si la fuerza del hecho obliga a su repetición en una línea constante, surge la figura exigente de una reglamentación, no como amalgama de las normas de otras, sino como conjunto de las propias. Y no—tampoco—por la sola razón de ese repetirse que pudiera quedarse en machaconeo, sino porque por ser así se configura, se delimita, se perfecciona y en suma se purifica: se sedimenta, se plasma. Y a esa figura *sui generis* que la realidad social nos da no debe el Derecho negarle su reconocimiento.

Queda visto que los pilares fundamentales en esta materia son la propiedad privada de las parcelas o departamentos, sujeta a una reglamentación general que deriva de la unidad urbanística, con propiedad o disfrute común de los elementos a tal fin destinados, que consecuentemente se traduce desde el lado pasivo en soportar las cargas correspondientes. Esto no es propiedad horizontal, pues no encaja ni en el artículo 396 del Código civil ni en la Ley de 1960, ya que en estas normas se parte de un supuesto de hecho especial y concreto: el edificio dividido en departamentos singulares por la construcción en planos horizontales. Pero en la relación entre los condueños el caso es similar: el conjunto en que una y otra figura se integran, exige normas que lo regulen como unidad, limitando de tal modo los derechos de los propie-

tarios singulares que los convierten en propiedades especiales, tanto por ser su objeto los departamentos que forman parte de un mismo edificio como por serlo los trozos acotados de una misma urbanización.

Sin paradoja ninguna, la propiedad horizontal es consecuencia de la verticalidad en la construcción, mientras que la urbanística, con propiedades en vertical—*usque ad sidera*—lo es de la horizontalidad en su planteamiento. ¿Qué se ha hecho? Tumbiar la propiedad horizontal: las escaleras y ascensores se han convertido en caminos y viales; las terrazas y patios de luces, en zonas verdes y de recreo; los departamentos, en parcelas, y hasta los porteros de la verticalidad en sus funciones han pasado a guardas, con vigilancia en horizontal.

Cierto que la razón sustancial de la propiedad horizontal está en su propio ser, en la unidad sustancial del edificio, mientras que en la urbanización, la unidad nace del destino, por lo que, desaparecido éste, subsistiendo el objeto material, cesa la unidad, cuando en la propiedad horizontal para que se extinga ha de dejar de existir el propio edificio. Pero en uno y otro caso la permanencia está en el suelo, sustentáculo común; la urbanización se descompone y el edificio se derrumba cuando fallan sus respectivas estructuras jurídica y material, mas en uno y otro caso se trata de un hecho social con idéntica motivación: no se puede lograr tan buena vivienda urbana ni departamento o chalet actuando por separado como adscribiéndolos, respectivamente, a un edificio en propiedad horizontal y a una urbanización privada. La distinción ciertamente existe, pero por razón de destino llegamos a una identificación, si bien por ésta no se justifica la aplicación o trasplante de las normas de propiedad horizontal, aunque de ellas podamos servirnos por analogía.

Plasmada la urbanización particular en el artículo correspondiente, nos encontramos ante una regulación de la propiedad, y si bien no se trata de figura reconocida o mentada por la legislación registral, tiene su entrada abierta como inscripción de un acto relativo al dominio de una finca, título declarativo del mismo que *ex novo* lo configura y regula como uno de aquellos que modifica algunas de las facultades dominicales sobre bienes inmuebles (artículos 1.º y 2.º, L. H., y 7.º, R. H.). Lo que no se separa del sentir

doctrinal y jurisprudencial que restringe el *numerus apertus* legislativo en verdadero *numerus clausus*, pues los motivos que a ello compelen no se dan aquí. Ya que ni estamos ante una construcción caprichosa, ni ante una amalgama de distintos derechos reales—de ello precisamente se trata de huir—, ni en un caso encajable en figura sancionada, sino precisamente ante una situación que viene del mundo de lo real y que en su exigencia de unidad, si bien hoy no encuentra otro camino que el del conglomerado de normas, nos debe forzar a los juristas a abrirle y construirle el que, como propio, sea su vía adecuada, una más de las tantas que de nuestros protocolos han surgido.

La finca general, como unidad física o de destino, debe ser una sola registral. De ella se segregan trozos para formar fincas independientes, sujetas, como partes de un todo, a la regulación fijada para aquélla. Estas reglas sobre derechos y cargas, conforme a la interpretación actual de las normas sobre inscripciones y segregaciones registrales deben reproducirse en el asiento por el que cada parcela se separa y abre folio. Pero en interpretación progresiva y por analogía con las inscripciones separadas de los departamentos en propiedad horizontal, debe bastar con su referencia a la de la finca matriz de que procede.

También conforme a las normas vigentes cada segregación obliga a una disminución de la pertinente cabida de la finca matriz. Lo que no sucede en la propiedad horizontal ni tampoco debiera ser aquí: la expresión de que se dispone por separado de una parcela, abriendo folio a ésta, no debe alterar la inscripción de la finca matriz más que en cuanto a constatar que aquel hecho se ha producido, pero sin alterar su cabida, comprensiva de todas las parcelas, ni sus linderos.

La solución está en contemplar la total zona de urbanización como la finca general de la que se separan para formar fincas independientes las parcelas de propiedad particular, pero que continúan integradas en aquélla y sujetas a la reglamentación que el Registro acoge en el folio de la finca madre. Solución viable incluso cuando por haberse dispuesto ya de todas las parcelas no queda titular de la finca matriz, pues el caso es el mismo del edificio en propiedad horizontal con todos los pisos separados en folios: no hay titulares de aquél, sino de los pisos que lo integran.

El camino es sencillo. Si Notarios y Registradores lo quieren, dando una vez más prueba de su buena voluntad y mejor arte, se conseguirá. El éxito aquí sólo depende de querer lograrlo. De no esperar cómodamente a que el legislador o la jurisprudencia nos lo den hecho; se puede y se debe hacer: hay que ir a por ello.

III

La mujer casada y la disposición de sus bienes, por don Angel Martínez Sarrión, Notario de Barcelona.

I. *La realidad ambiente*.—Los cambios experimentados en el transcurso de los últimos decenios en nuestras instituciones civiles han ido agigantando la disociación en lo que se refiere a las relaciones familiares y, por tanto, con repercusiones sobre la esfera patrimonial, en forma tal que ha sido dable el poder constatar como todo lo que afecte a fiscalización o intervención de actuaciones de uno cualquiera de los cónyuges por el otro, puede decirse, en línea de principios, que va en contra del espíritu de los tiempos.

Juega para ello por un lado la experiencia de los casos prácticos que brinda el despacho notarial, y de otro lo que la doctrina y singularmente la jurisprudencia han puesto de manifiesto, con la multiplicación de las separaciones de hecho, que si bien en el año 1932 podían parecer caso insólito para nuestro Tribunal Supremo, que llegó a afirmar que «la separación es opuesta al deber que el artículo 56 impone a los cónyuges», muy pronto ha tenido que rendirse a la evidencia de un proceso que cada vez se va «normalizando», cualesquiera que sean los principios que se profesen, para dejar de manifiesto esa ruptura de la estabilidad de la familia con el agigantamiento de la separación entre el sistema jurídico y la realidad que la vida impone. Fenómenos hoy ya naturales a los que hay que unir, de manera más o menos circunstancial, la emigración en busca de trabajo de la población campesina, y el que la mujer tenga que hacer frente a las necesi-

dades del hogar y de los hijos, e invertir los ahorros, si no en las inversiones más rentables, si en las más útiles.

A esta situación conviene recordar la facilidad de cambiar de vecindad civil, para, adquiriendo la catalana o balear, poder prescindir del requisito de la licencia marital, y es que, cuanto menos efectivos son los sistemas intervencionistas, más suelen oprimir.

II. *El principio de una normación.*—Nuestro sistema jurídico, mantenido hasta no hace mucho tiempo con una uniformidad formal, ofrece en la actualidad un verdadero abanico de preceptos, que, sin género de duda, desde una mera consideración externa, pueden calificarse de discordantes.

El examen de estos preceptos en nuestra legislación civil lleva a la necesaria consideración de casos aislados recogidos en los varios Cuerpos legales:

1. Existe una regla general de incapacidad de la mujer, al menos en lo que a su formulación se refiere, en el artículo 1.263, 3.º, del Código civil.

Aunque la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, parece que ha venido a cambiar de signo a lo existente, sin embargo basta recordar su artículo 5.º para darse cuenta de que no ha penetrado en la esfera de las relaciones civiles, pues que con un mayor criterio rigorista, si cabe, exige «cuando por Ley se requiera autorización marital, ésta deberá constar en forma expresa», llegando a la conclusión el conferenciante que con ello viene a dar la razón a los que sostienen que todas las revoluciones que no se traducen en el Derecho privado son más platónicas que efectivas, más efectivas que consolidadoras.

2. La necesidad de efectuar actos dispositivos con licencia marital, exigida en general por el artículo 61 del Código civil, y en especial por el artículo 1.387 respecto a los parafernales.

Partiendo de los «bona recepticia» en el matrimonio «sine manu» a que se refiere la Oratio de Catón de 169 a. de C. y con referencia a textos clásicos de Cicerón y Marcial y el fragmento de Ulpiano en D. 23, 2, 9, 3, así como a la regulación que de los bienes parafernales hicieron Teodosio y Valentiniano el 450 después

de C., se puede apreciar el sistema completo de autonomía que sobre ellos competía a la mujer. Ni se comunicaban al marido, ni, por ende, se requería intervención, licencia o autorización alguna de él. «In his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communio-nem» (Códex, 5, 14, 11).

La necesidad de la licencia marital respecto a los bienes parafernales viene impuesta por las Leyes 55 a 59 de Toro; principio que hará exclamar a los Comentarista que «ista licentia mariti, et sine ea uxor nihil potest facere por nostras leyes». Esta posición ha sido la que inalterada ha informado la doctrina de nuestra legislación, que ha abierto aún más las puertas con el artículo 60 del Código civil, precepto que ha servido de argumento base a todas las reclamaciones de los maridos que invocando los sacratísimos derechos de sus indefensas mujeres se han convertido en paladines de sus particulares y personalísimos intereses, por lo que convendría recordar a la hora de las aplicaciones, cosa que no siempre suele hacerse, la sentencia de 26 de febrero de 1956, en ponencia de don CELESTINO VALLEDOR, que afirma que la norma del artículo 60 del Código civil, a tenor de la cual corresponde al marido la representación de su mujer, no es absoluta, ya que referida a un bien parafernial, habrá de ser utilizada con el consentimiento e intervención de la mujer.

3. Los artículos 6.º y 7.º del Código de Comercio, que parecen agrandar la posibilidad de actuación de la mujer casada comerciante, por la amplitud de responsabilidad que establece el artículo 101 del mismo. En ello está acorde toda la doctrina mercantilista.

Sin embargo, no se presta atención a un problema fundamental: A la serie de posibilidades que nuestro Código de Comercio pone en manos del marido con bienes privativos abundantes para que diestramente pueda devenir empresario oculto. Se viene a estar en presencia de una figura intermedia entre el comerciante individual con responsabilidad ilimitada y el comerciante individual con responsabilidad limitada, que se podría llamar con «responsabilidad concretada».

4. Los supuestos especiales del artículo 44 del Apéndice de Derecho aragonés, que recoge íntegramente la Ley 54 de Toro con mayor pureza que el Derecho castellano y el criterio rígido de licencia minuciosamente detallada que campea en el Proyecto de Fuero Compilado de Navarra, obra de la Comisión presidida por don FELIPE ZALBA, que dedica los artículos 29 a 32.

5. La supresión de la licencia marital por el artículo 49-2.º de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y el artículo 4.º-2.º de la de Baleares.

El Derecho del Principado no conoció la licencia marital hasta que fué introducida por una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1966, y en este sentido nuestra Dirección General, en Resolución de 29 de abril de 1865, declaró inscribible una escritura de venta de bienes parafernales, otorgada en Cataluña por una mujer casada sin intervención de su marido, criterio recogido por la Ley de 19 de junio de 1934, siguiendo el Anteproyecto de MALUQUER y VIDALOT, en el que intervinieron los Notarios ROCA SASTRE y PAR TUSQUETS.

Ahora bien, la reforma no ha sido completa, y si en los territorios del Código civil la puerta abierta venía dada por el artículo 60, aquí se ha dejado sin construir un tabique: el ocupado por la presunción muciana recogida por el artículo 23, de suerte que, si bien no será necesaria la licencia, quizá convendría meditar sobre las razones que abonan la intervención marital para deshacer el signo de la presunción, mediante una auténtica confesión extrajudicial.

III. *Los nuevos horizontes jurídicos.*—Un gran paso hacia la unificación de los criterios civiles en torno a la supresión de la licencia marital se puede apreciar en el panorama europeo. La Ley alemana de 21 de junio de 1957 ha buscado cohesionar la gestión familiar y las supresiones de la licencia y modificaciones de los regímenes de bienes en las Leyes holandesa de 14 de junio de 1956, belga de 30 de abril de 1958, francesas de 18 de febrero de 1938, modificadora del artículo 213 del *Code*, completada con la del régimen legal de 13 de julio de 1965, que un ministro francés llamó de «descolonización de la mujer», sin olvidar los pre-

cedentes de la italiana de 17 de julio de 1919, que modificó el artículo 134 del viejo *Codice civile* y recogida en el nuevo. Y es que mantener el requisito de la licencia marital ha venido a ser sinónimo de país subdesarrollado.

IV. *La licencia marital en el régimen supletorio del artículo 1.315 del Código civil.*—Después de examinar las teorías que afirman la existencia de un patrimonio en común en la sociedad de gananciales, que dice han partido todas ellas de dar por bueno el patrimonio en común, que es precisamente lo que hay que someter a juicio, mantiene que lo que verdaderamente entraña la expresión «sociedad de gananciales» es lo que las fuentes romanas exponían sin la menor vacilación: una comunicación de bienes del patrimonio de la mujer al del marido. No existe un patrimonio independiente, ni es tampoco la manera adecuada de expresar el resultado que con el matrimonio respecto a los bienes gananciales se obtiene, sino una ampliación patrimonial originada a consecuencia de una ampliación de las titularidades de goce y dispositivas, aunque limitadas, que se confieren al marido. ¿Qué razones militan para que la dote pase al patrimonio marital y no suceda igual con las ganancias y lucros obtenidos «constante matrimonio»? Hay una ampliación de titularidades en el espacio, semejantes a las que en el tiempo se producen respecto a los bienes fideicomitidos, en el período en que su titularidad la ostenta el fiduciario. Ciertamente, tiene que transmitir—más que conserva, como decía GONZÁLEZ PALOMINO, *es reserva*—, mas no hay que establecer un patrimonio común, aunque la titularidad compartida con los fideicomisarios imponga restricciones e incluso actos de disposición conjuntos. De análoga forma es el marido el que hace suyos todos los bienes, no por derecho propio, sino por comunicación establecida en la Ley, con una finalidad y alcance previamente fijados: la de que al fallecer cualquiera de ellos, y en general, a su disolución, entrará en juego el artículo 1.392 y habrá de entregar o le serán detraídos a sus herederos la mitad matemática de ellos, porque es entonces precisamente cuando la titularidad se normaliza. Y ahora no es que se transforme en comunidad romana, si no es que no puede ser de otra manera, porque siempre que hay indivisión existe comunidad. Piénsese que

esta ilusión óptica, vamos a llamarla así, hizo por mucho tiempo sostener a los juristas que entre los «sui» y el «pater» había una comunidad en los bienes que integraban la «*hereditas*». En definitiva, respecto a los bienes gananciales, juega plenamente el aforismo romano, reducido a la dote, y que ampliado a todos los bienes juega así: «*Constante matrimonio dos in bonis maritii est*».

Ahora bien, permaneciendo sin comunicación alguna con el patrimonio del marido los bienes parafernales, que continúan en poder de la mujer, ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de las cargas del matrimonio. Esto es, como si todo accionista de una Sociedad se le obligase a mantener un capital de reserva por si acaso la Sociedad necesitaba emplearlo para evitar caer en quiebra.

IV

Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil, por don Francisco Escrivá de Romani y de Olano, Director General de los Registros y del Notariado.

Se tratan en la conferencia tres problemas fundamentales: el de la naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris», es decir, del consentimiento que la mujer ha de prestar en la enajenación de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales a partir de la reforma del artículo 1.413 del Código civil por Ley de 24 de abril de 1958; el de la posibilidad de convalidar el acto o negocio jurídico al que le falta el consentimiento «uxoris» y, por último, el de los efectos generales del acto o negocio carente de tal consentimiento.

I. *La naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris»* ha ocasionado una extensa literatura jurídica. Se pueden citar las siguientes tesis fundamentales:

1. *Tesis de la codisposición*, según la cual, el marido y la mujer disponen conjuntamente, actúan en un mismo plano. En este sentido, LA RICA, en sus *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, pág. 100, nota 17.

2. *Tesis del consentimiento a la disposición ajena*. Según esta tesis, el consentimiento que presta la mujer es un consentimiento a la disposición ajena que viene a encuadrarse entre los negocios de asentimiento. Sostuvo este punto de vista RODRÍGUEZ ABRADOS, en *Disposición onerosa de bienes gananciales*, «Revista de Derecho Notarial», tomos 21 y 22, pág. 194.

3. *Asentimiento a la disposición del marido como equivalente a licencia marital*. Esta tesis se basa en que ni en la licencia ni en el consentimiento «uxoris» se trata de remediar incapacidades y en que, en ambos casos, cabe acudir al remedio judicial supletorio. La tesis ha sido sostenida por MANUEL DE LA CÁMARA en *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, «Anuario de Derecho Civil», tomo XII, núm. 2, pág. 465.

4. *Requisito habilitante de la disposición del marido*. Una posición bastante parecida a la anterior es la que considera que el consentimiento de la mujer no atribuye a ésta ningún poder de disposición sobre los bienes gananciales y es, tan sólo, un requisito habilitante para la disposición que hace el marido. Tesis de SANZ en *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*. Centenario de la Ley del Notariado, sección 3.ª, vol. I, pág. 323.

5. *Posición propia*.

A) *Terminología*. La terminología del artículo 1.413 del Código civil, al exigir que la mujer preste «consentimiento», es correcta y viene a coincidir con la empleada en los artículos 1.359, 1.363, 1.383 y 1.416 del Código civil.

B) *Carácter esencial de consentimiento de la mujer*. El consentimiento de la mujer no está en paridad con la licencia marital en la enajenación de los parafernales, sino que es un consentimiento esencial que es parte del acto mismo, que no adquiere plena eficacia hasta que ha sido prestado. La situación es parecida a la regulada en los artículos 597 y 1.259, párrafo 2.º del Código civil.

Hasta que no recae el consentimiento de la mujer *estamos ante un acto incompleto*, ante un acto al que le falta algo: el consentimiento «uxoris» que actúa como «conditio iuris» de eficacia. La situación es similar a la del acto o negocio jurídico bajo condición suspensiva en el periodo de «pendente conditione».

C) *El consentimiento como veto*. En su aspecto negativo «el no consentimiento de la mujer» tiene la eficacia de un verdadero veto.

D) *Argumentos en favor de nuestra tesis*. Pueden destacarse los siguientes argumentos:

1.º El marido necesita nada menos que el «consentimiento» de su mujer. La mujer no se limita a completar una capacidad del marido, sino que consiente el acto mismo. La terminología coincide con la del artículo 1.261 del Código civil.

2.º Si se hubiera querido asimilar la posición de la mujer a la que tiene el marido que da su licencia, se hubiesen reformado los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, especialmente el artículo 1.301, y asimismo se hubiese incluido en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, entre los actos inscribibles, a pesar de ser anulables, el de enajenación de los bienes gananciales sin consentimiento de la mujer, aprovechando la reforma de 27 de marzo de 1959, que retocó dicho precepto.

3.º El artículo 1.413 del Código civil parte de la base de que tales actos «no podrán perjudicar a la mujer». Pero si se obliga a la mujer a ejercitar una acción de nulidad, resulta notablemente perjudicada.

4.º La asimilación a la licencia tampoco puede admitirse si se tiene en cuenta que cuando el marido otorga aquélla en la enajenación de los bienes parafernales, la mujer es la única propietaria, pero cuando otorga ésta su consentimiento en la enajenación de los gananciales, es cotitular de los mismos.

II. *Convalidación a «posteriori» de los actos realizados sin consentimiento de la mujer.*

Entre los varios procedimientos de convalidación pueden citarse:

1. *Consentimiento prestado por la mujer en momento posterior a la enajenación.* Es el procedimiento normal.

2. *Autorización judicial subsidiaria «posteriori».* Esta posibilidad, negada por la doctrina, debe, sin embargo, admitirse en casos especialmente justificados. Piénsese en la negativa caprichosa de la mujer a consentir una enajenación totalmente necesaria, o muy útil, ya realizada por el marido.

3. *La gestión de negocios ajenos como forma de convalidación.* Si la sociedad de gananciales se aprovecha de las ventajas de una enajenación, hay que entenderla convalidada al amparo del artículo 1.893, párrafo 2.º del Código civil.

Asimismo, hay que admitir tales convalidaciones cuando se trata de evitar «cualquier perjuicio inminente y manifiesto» al amparo del artículo 1.893, párrafo 2.º del Código civil.

En ambos casos la gestión del marido debe considerarse convalidada a «posteriori».

4. *Convalidación por consentimiento tácito.* Cuando la mujer presta su consentimiento tácito en la enajenación, que se deducirá de sus propios actos, la convalida a «posteriori».

5. *Aplicación de la colación del artículo 1.419 del Código civil.* También en este caso si la mujer o sus herederos admiten esta colación se produce una convalidación a «posteriori».

6. *Renuncia a la sociedad de gananciales.* Si por aplicación de los artículos 1.364, 1.394 y 1.418, 1.º, del Código civil la mujer o sus herederos renuncian a la sociedad de gananciales, también deben considerarse convalidados los actos dispositivos del marido.

7. *Adjudicación del bien enajenado en el lote del marido o de sus herederos al liquidar la sociedad.* También en este caso, por

aplicación del principio del artículo 399 del Código civil, debe considerarse convalidado el acto de enajenación.

III. *Efectos de la enajenación realizada sin consentimiento de la mujer.*

El acto no puede considerarse inexistente ni radicalmente nulo, porque evidentemente la prestación del consentimiento del marido y de las personas que con él contrataron debe producir algunos efectos y, como quedó ya consignado, puede convalidarse «a posteriori».

Tampoco la rescisión, que es un medio de impugnación subsidiario y excepcional (arts. 1.293 y 1.294 del Código civil), debe considerarse aplicable.

El acto tampoco debe considerarse anulable por falta de analogía entre el consentimiento que presta la mujer y la licencia que da el marido.

En nuestra opinión, el acto realizado por el marido sin consentimiento de su mujer reúne las siguientes características:

- 1.^a *El acto existe y no es radicalmente nulo.*
- 2.^a *El acto no es rescindible.*
- 3.^a *El acto no es simplemente anulable* (aunque así lo afirme el Tribunal Supremo).
- 4.^a *El acto es incompleto* con situación parecida a la del artículo 597 del Código civil, produciendo efectos obligacionales entre el marido y el tercero.
- 5.^a *La mujer puede limitarse a desconocer* el acto sin necesidad de impugnarlo.
- 6.^a *No se producen efectos juridico-reales* ni transmisión de la propiedad.
- 7.^a *El acto puede devenir válido «a posteriori»* por diversas causas.
- 8.^a *Se produce una situación parecida a la recogida en el artículo 1.259, párrafo 2.º, del Código civil.*

Nuestra posición lleva consigo las consiguientes *consecuencias*.

A) El acto obliga al marido y al tercero que contrata con él, pero no hay transmisión del dominio ni eficacia jurídico-real de ninguna clase, por tratarse de un acto incompleto.

B) La posición de la mujer se caracteriza porque:

a) La mujer es extraña al acto y puede limitarse a desconocerlo sin impugnarlo.

b) La mujer goza de acción declarativa de simple constatación de la ineficacia del acto y de la nulidad de todos sus efectos, tales como escrituras, inscripciones, etc., que puede ejercitarse mientras dura el matrimonio y quizá durante quince años más.

c) También goza de acción reivindicatoria si ha perdido la posesión, ya que la propiedad continúa en la sociedad de ganancias.

d) También parece que goza de los interdictos de retener y recobrar la posesión, en su caso.

e) La mujer goza de diversas acciones contra el marido, tales como la de indemnización de daños y perjuicios, y en ciertos supuestos la de incapacitación por pródigo.

También puede solicitar las medidas judiciales de aseguramiento a que se refiere el artículo 1.413, párrafo 2.º, del Código civil.

f) Puede optar por la colación del artículo 1.419 del Código civil, antes aludido.

C) *Posición del marido.*

a) El marido queda obligado por el acto de disposición, ya que nadie puede ir contra sus propios actos.

b) Parece que el marido no puede impugnar el acto realizado por él mismo por aplicación analógica del artículo 1.302 del Código civil.

c) Es dudoso que el marido pueda negarse a cumplir o consumir el acto dispositivo, en beneficio de la sociedad.

D) *Posición del tercero que contrata con el marido.*

a) En principio no adquiere el dominio o derecho real de que se trate.

b) Puede adquirir el bien de que se trate por «usucapión», sirviendo de justo título el negocio adquisitivo incompleto, salvo casos excepcionales en que deba considerársele poseedor de mala fe.

c) Puede revocar o resolver el acto al amparo de los artículos 1.259, párrafo 2.º, y 1.124 del Código civil, respectivamente, mientras no recaiga el consentimiento de la mujer.

E) *Posición de los subadquirentes.* No pueden quedar nunca protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el acto no es inscribible.

F) *Inscripción en el Registro de la Propiedad.* El acto no es inscribible al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario que no puede ampliarse por analogía. Solamente sometiendo el acto dispositivo a la condición suspensiva de que recaiga el consentimiento «uxoris», podría inscribirse de conformidad con los artículos 9.º, regla 2.ª y 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento. El acto se registraría como condicional con todas sus consecuencias.

IV. *Estudio de la eficacia del acto dispositivo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo ha abordado esta materia en las sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964. Los puntos más importantes que han quedado resueltos son los siguientes:

1.º La potestad de administrar y enajenar reside exclusivamente en el marido.

2.º Se rechaza, expresamente, la tesis de la codisposición.

3.º La mujer no es parte en el acto dispositivo.

4.º La mujer se limita a sancionar los efectos del acto dispositivo en su propia esfera jurídica.

5.º El consentimiento de la mujer es equivalente a un negocio de asentimiento.

6.º El consentimiento de la mujer tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, por lo que se le pueden aplicar, por analogía, las normas de esta institución.

7.º La mujer puede, en relación con el acto dispositivo, confirmarlo, ratificarlo o impugnarlo.

8.º La legitimación activa de la acción de impugnación, que es una acción de anulabilidad, sólo corresponde a la mujer o a sus herederos.

9.º El marido es responsable frente al que contrató con él, y aunque se obtenga la declaración de nulidad, subsisten las obligaciones y responsabilidades del marido sin perjuicio de que pueda destruirse el efecto fundamental del acto, o sea, el efecto dispositivo.

10. El tercero que contrató con el marido puede exigir el cumplimiento del contrato en tanto no haya sido ejercitada la acción de nulidad por la mujer, pero sin que tenga que demandar para ello a ésta, contra la que carece de acción (esta posición del Tribunal Supremo que choca contra el artículo 144 del Reglamento Hipotecario deja en realidad a la mujer privada de toda defensa, dentro de los cauces de la acción de cumplimiento).

11. El tercero puede actuar también mediante acción de resolución, cuando el marido incumple su deber de procurar que el contrato reúna todos los requisitos y presupuestos necesarios para lograr la plenitud de sus efectos.

12. No parece que la mujer pueda actuar mediante reconvencción, interviniendo así en la acción de cumplimiento, aunque nada diga sobre esto el Tribunal Supremo.

13. Aunque tampoco se pronuncia sobre ello el Tribunal Supremo, no creemos que pueda intentar la mujer una tercería de dominio o de mejor derecho, ya que ni la mujer es dueña de los bienes enajenados ni parece que se le conceda otro derecho que el de ejercitar una acción de nulidad.

14. Si parece factible, al amparo de los artículos 161, núms. 2.º y 5.º, y 162, núm. 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que la mujer ejercite la acción de nulidad en forma simultánea a la acción de cumplimiento intentada por un tercero, solicitando la acumulación de los autos de ambos juicios.

15. Aunque tampoco se haya pronunciado sobre este punto el Tribunal Supremo, parece que en esta clase de procedimientos no se aplica la cosa juzgada, pues, aunque exista sentencia firme favorable al tercero que pidió el cumplimiento del negocio dispositivo, la mujer puede ejercitar, en todo momento, mientras dure el matrimonio y durante cuatro años más, la acción de nulidad.