

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1968

A ñ o X I	Marzo-Abril 1964	Núms. 430-431
--------------	------------------	---------------

Relaciones económico-matrimoniales

(Notas de recensión—y observaciones—de la obra “Derecho de Familia. El Matrimonio y su Economía”, de don José-Luis Lacruz Berdejo. Librería Bosch. Barcelona, 1963)

I

Nuestro derecho positivo no contiene una definición de la familia. Y ello es lógico. Como dice VALLET, no podemos olvidar que los fines primordiales del matrimonio son transindividuales: la procreación y la educación y la elevación de la prole. Ello implica que la superestructura jurídica familia—como apunta LACRUZ—se entrecruce con toda clase de disposiciones del Derecho civil, que conduce para una definición del estrictamente familiar a que se realice—en nuestra opinión y siguiendo a aquél—de una forma más bien descriptiva que exhaustiva, como «el que regula la situación de cónyuge y pariente en cuanto tales».

Pero la familia en cuanto conjunto de padres e hijos que con ellos conviven, es decir, como grupo íntimo y unidad orgánica, ¿puede reputarse «persona jurídica»? No es cuestión teórica—como finamente escribe LACRUZ—, sino de puro Derecho positivo, que nuestro autor resuelve de manera negativa, puesto que los propios derechos de familia o se vinculan a los miembros de ella (unos homogéneamente y otros al cabeza de la misma), o bien,

en algún supuesto, tienen naturaleza fundacional (sepulturas familiares). Son derechos subjetivos o funciones atribuidos a un sujeto de derecho individual en razón a su *situación familiar*: derechos, facultades y poderes de los padres en cuanto padres; del marido en cuanto representante legal de la mujer, etc.

Sobradamente conocida es la influencia del cristianismo en la organización familiar sobre el primitivo fondo germánico o autóctono y el Derecho romano más o menos recibido, que se reflejó en el Código Napoleón, en donde ya la autoridad del marido sobre la mujer es una especie de poder de tutela, que proporciona sólo aquél una situación eminente en los aspectos patrimoniales, pero sin anular la personalidad de la esposa, que hasta se manifiesta en el tráfico en lo que el Derecho germánico llamó «potestad de las llaves». Igualmente se transforma la patria potestad, limitada a un poder de protección, de la que no está excluida la madre, todo conducente a dejar de ser un poder arbitrario sobre los hijos, antes bien mirando a su beneficio.

Nuestro Código recoge la técnica del francés y se le critica—entre ellos por LACRUZ—de haber fraccionado el estudio del Derecho de familia en los libros I y IV, aparte otros detalles en que no podemos detenernos, sobre todo en lo que respecta «a su escasa influencia sobre el Derecho sucesorio—cuyo centro debió ser, y no es, la familia»—. Seguramente es irreprochable esta crítica, pero al menos, para nosotros, la distribución de materias de nuestro cada día más valorado Código permite al no muy versado y técnico el conocimiento de matices y detalles que estudiados en conjunto le hubiera sido más difícil percibir.

Pero ¿cuál es la característica del Derecho de familia?

Se viene atribuyendo al Profesor CIRCU la afinidad entre el Derecho público y el Derecho de familia y, en consecuencia, la neta distinción entre éste y el restante Derecho civil. Todavía en 1963 hay un trabajo en que se habla de «la concepción del Derecho de familia como Derecho autónomo afín al Derecho público» (Circu, *Lo spirito del Diritto di famiglia*, Macerata, 1914). Pero esta postura del eminente Profesor italiano ha sido rectificada por él mismo en 1955, según pone de manifiesto el ilustre LACRUZ entendiendo que si la estructura de la relación jurídica separa netamente al Derecho de familia del común Derecho pri-

vado, con todo, la ausencia del concepto clave del Derecho público—la Soberanía—le aleja de su ámbito, quedando como parte autónoma del Derecho privado.

La especialidad del Derecho de familia consiste para CÍCU en que, al regular las particulares relaciones entre cónyuges o padres e hijos, o incluso tutor y pupilo, tiene en cuenta siempre la existencia de ese núcleo vital de la sociedad que es la familia; de donde la abundancia de normas de Derecho necesario, etc. Como escribe con precisión y justeza LACRUZ BERDEJO, el Derecho de familia es antes disciplina de estados y condiciones personales que de derechos subjetivos, y de ese *status familie* derivan situaciones de poder y deber cuyo contenido está fijado rígida, y las más veces irreversiblemente, por el Derecho; situaciones subjetivas de valor universal, eficaces dentro y fuera del grupo, que exigen el respeto de todos.

En suma—y volviendo al Profesor CÍCU—, que la intervención estatal en el Derecho de familia no convierte a éste en Derecho público, sino que es instrumento para determinados fines: en el matrimonio, en la patria potestad, que no priva a aquél de la concepción puramente privatista con que aparece regulado en el Código.

De esto se desprende que todo lo referente a este Derecho aparezca especialmente estructurado, como sucede con los negocios jurídicos con el mismo relacionados, cuyos matices ha puesto de relieve Díez PICAZO, señalando: a) la ausencia de verdadera representación; b) el predominio de las formas solemnes y la amplia intervención de la autoridad; c) la prohibición de términos y condiciones; d) la existencia de un *numerus clausus* de causas que elimina todo negocio atípico del campo de Derecho de familia.

Pero aquellas situaciones de *poder* y *deber*, cuyo contenido está fijado, de que nos habla el Profesor LACRUZ, que a través de una depuración jurídica se ha llegado, y que constituyen la médula de este especial Derecho, apenas permiten una clasificación. No obstante, LACRUZ BERDEJO lo intenta encuadrándola en los siguientes grupos:

1.º *Potestades familiares y sus derivados*.—Se proyectan ha-

cia el exterior, exigiendo el respeto de todos. En su aspecto interno el concepto *deber* es su obligado contenido.

2.º Forman un conjunto abigarrado. Su característica es que, teóricamente, son facultades que bien podrían estar concedidas a órganos estatales. Entre ellas, a guisa de ejemplo, nos cabe enunciar la prestación del consentimiento al matrimonio, intervención legalizadora de vínculos, la habilitante, la legitimadora y la de fiscalización. Se pueden agrupar algunas otras como las de nombramiento de Tutor, Protutor, etc., y hasta el derecho de ciertos parientes a pedir la incapacitación.

3.º Existencia de Derechos de caracterización jurídica, derivados de una realidad familiar. Así, el reconocimiento de la filiación natural y la demanda de separación de cuerpos y bienes por uno de los cónyuges.

4.º Verdaderos derechos subjetivos patrimoniales, aunque nacidos de la situación familiar. Son derechos familiares surgidos de la posición de tal: padre, marido, hijo, de la cual resultan inseparables; ya adopte la figura de un derecho real como el usufructo legal, ya la de un derecho de crédito como en la obligación alimentaria, el derecho familiar patrimonial imita, pero no reproduce, exactamente, la categoría correspondiente de derecho real o de crédito.

5.º Fuera del Derecho de familia hay una serie de derechos que se producen en virtud de aquella situación, o sea, habida cuenta su origen. Así los derechos sucesorios legitimarios y *ab intestato* y hasta, en otro ámbito, la sucesión en el arrendamiento.

II

Centrándonos a lo que podríamos llamar clave del Derecho de familia: el matrimonio, y con nuestro propósito de un repaso—ligero, por falta de espacio en tan vasta materia—a su economía, nos cumple, a manera de introducción, señalar el principal de los efectos que la celebración del mismo importa, cual es la de dar lugar al nacimiento de un *status*. Porque el vínculo que

une a los cónyuges no es de parentesco, sino precisamente *matrimonial*, y a consecuencia de él un tejido de poderes y deberes, de relaciones personales y matrimoniales de naturaleza muy varia.

Estos poderes y deberes—personalísimos, incoercibles, se diría, de orden público—no se imparten por la Ley homogéneamente a ambos cónyuges, pero ello no quiere decir que pertenezcan exclusivamente al marido. La mujer tiene una posición en la familia y, por ende, una autoridad para ejercitar los derechos que de ella emanan. Aunque nuestro Código, siguiendo la concepción más antigua, hable de la *obediencia* por la mujer al marido—artículo 57—, este *deber* es puramente jurídico, no físico, pues como con singular acierto señala LACRUZ, ni el derecho de corrección que la Ley otorga al marido frente a los hijos le es permitido respecto a la mujer. Por el contrario, la *protección* que el mismo tiene en cuanto a ésta debe interpretarse de una manera amplia, no ya para proporcionarle una vida en consonancia con los medios económicos del matrimonio, sino incluso para garantizarle cierta seguridad económica futura. Por lo demás, la mujer está sustraída a la potestad marital en su esfera puramente personal. Ello se traduce: a) en sus relaciones personales (salvo abuso de derecho); inspección de su correspondencia, aunque CASTÁN VÁZQUEZ entiende podría el marido llegar a ello en evitación de un mal grave, como el adulterio de la mujer, ruina familiar, etc.; b) ejercicio de la mujer de profesión o cargo, si bien esto es más discutible por rozar con la *función* de jefe de familia que el marido ostenta. Sobre todo para aceptación de cargos públicos la Ley de 22 de junio de 1961 es elocuente al efecto, como para la exención de la licencia marital en ciertos supuestos (permiso de conducir, caza, etc.).

Consecuencia de la unidad familiar es el artículo 58. ¿Pero *quid* de esa *justa causa* de que éste nos habla para eximir a la mujer cuando el marido traslade su residencia a ultramar o país extranjero? La falta de salud, administración de sus propios bienes, etc., pueden conceptuarse tales.

El deber de convivencia—como indica CASTÁN—lleva consigo responsabilidades de orden civil y penal. La *fidelidad* comporta

para ambos cónyuges una vida inequívoca, como el *mutuo socorro* trasciende más allá de la pura obligación alimentaria.

Como una parte del derecho de alimentos entre cónyuges, el Tribunal Supremo venía aceptando sin interrupción, desde antes del Código civil, la llamada *litis expensas*, a que hoy alude el último en el artículo 68-6.º, como también la Ley de Enjuiciamiento Civil en el 1890.

Lo precedentemente expuesto nos eleva a examinar la capacidad patrimonial de la mujer casada en su relación con la autoridad que como jefe de familia el marido ostenta.

El inicio del artículo 60, «el marido es el representante de su mujer», desconcierta. Como explica LACRUZ, cuando ya había aparecido en la Gaceta este artículo, se da en el Código un giro importante al asunto al admitir unos poderes muy amplios de la mujer sobre sus bienes privativos (parafernales). La malhadada «representación» resulta en el Código civil desvirtuada por el resto de la regulación legal, de tal modo que hoy ni la mayor parte de la jurisprudencia ni la mejor doctrina la aceptan sino para fines muy concretos y limitados.

Esto no quiere decir—advierte con prudencia LACRUZ—que el Código civil no pueda imponer la representación legal de la mujer por el marido. Simplemente—como queda apuntado—que la frase inicial del artículo 60 en relación a su circunstancia y al sistema del Código civil, queda desprovista de significado.

Menos mal que la jurisprudencia ha sido razonable y centrado el asunto. De la mejor y mayor parte de ella cabe extraer la conclusión, de que el artículo 60, al llamar al marido «representante de su mujer», le permite contratar y litigar a nombre de su esposa como si fuera su representante voluntario, pero surtiendo sus efectos esa representación sólo cuando a ella no se opone la esposa, y precisando, por tanto, cada uno de los actos del marido, la ratificación, siquiera tácita, de aquélla. Ir más allá hasta resultaría incongruente con la continuación del propio artículo 60... La misma conclusión se extrae del régimen de licencia del artículo 61 y, sobre todo, del hecho de que no siendo la mujer un incapaz es ociosa su representación legal.

Ahora bien, según DE CASTRO, los artículos 60 y 61 sólo tienen vigencia en régimen de gananciales. Punto de vista que no acepta

LACRUZ BÉRDEJO, para el que todos los artículos que afectan a la capacidad de la mujer casada, son de orden público y no pueden derogarse por pacto. Si bastase pactar un régimen de separación para modificar la capacidad de la mujer casada hasta llegar a la del marido, bastaría también estipular acerca de la capacidad de la mujer sin necesidad de establecer un nuevo régimen.

Y es que para el Código civil en cuanto a los actos extrajudiciales parte de los que no puede realizar la mujer casada (artículo 61). Esto es consecuencia del sistema especial de *licencia* que presupone, por su propia naturaleza, como dice con finura LACRUZ, la condición de persona capaz en el sometido a este requisito. La falta de precisión o matiz en esta cuestión originó el debate, hoy superado, sobre la capacidad o incapacidad de la mujer casada. Es capaz, si bien precisa como un *plus* o complemento para actuar de esa *licencia*.

Imposible enumerar en esta apretada síntesis las excepciones a la regla, verbigracia: ¿mediando separación podrá emplear en adquisiciones las rentas de los parafernales que administra? Parece que no de lo arriba expuesto. ¿Y en cuanto a las obligaciones no contractuales? La cuestión es delicada si la mujer ha obrado con fraude fingiéndose capaz.

Nuestro Código es poco explícito de lo que puede realizar la mujer casada con relación a aquellos actos (véase artículo 63). Entiende LACRUZ, en relación con el apartado 2.º del mismo, «que puede la mujer sin consentimiento del marido... hacer donaciones a las hijas o hijos que tuviera de otro matrimonio o los naturales reconocidos, pues cuando el artículo 63 le autoriza a cumplir los deberes que le correspondan respecto a ellos, no se refiere a aquellos actos que le pudieran ser exigidos, sino también al cumplimiento de todos los deberes morales derivados de la maternidad». Esto, que leído a la ligera o aisladamente parece ser aventurado, tiene su lógica si lo enlazamos con lo que dice el mismo autor poco antes, o sea, *donaciones* (?) referidas a los términos del artículo 1.340 y también el 1.343. Con todo, lo estimamos cuestionable.

Fuera del Código la mujer casada parece no precisar licencia para varios actos: imposición y disposición en la Caja Postal de Ahorros y Libretas de renta vitalicia en el Instituto Nacional de

Previsión (más restrictivo en ésta) y con toda claridad respecto a sus parafernales no entregados: cuando sean fincas rústicas darlas en arrendamiento (¿aun inscribibles?). Y en materia de trabajo mediando separación de derecho y aun de hecho.

Para los actos procesales nos remitimos a lo arriba expuesto, si bien hay que advertir que se contradice manifiestamente con la letra del artículo 1.383 (léase).

La potestad doméstica de la mujer casada (artículo 62 del Código civil) que, como la administración de sus parafernales no entregados—1.384—y las de garantía y vigilancia de los 1.352 y 1.413, le está permitida a la mujer, tiene su complemento, como con tino escribe LACRUZ, en el artículo 1.362, pues, aun supuesta la capacidad de la mujer para la contratación doméstica, queda una segunda cuestión: la de la responsabilidad. No sería justo que la mujer respondiera primariamente con sus propios bienes de gastos hechos en beneficio de la familia: de ahí la norma del artículo 1.362 (asimismo el 1.385).

De lo expuesto se desprende la supremacía del marido en la dirección económica de la familia, pero como acto de derecho de ésta y no de derecho de la persona, tal que una suerte de potestad. De donde la *licencia* que otorga es acto *personalísimo* (véase R. 24 de enero de 1898), *incondicional*, si bien puede señalarse a la mujer limitaciones y casos para la que la autoriza, *revocable* e *irrenunciable*. (Para LACRUZ, incluso la autorización general dada en capítulos, se entiende revocable *ad nutum* por el marido).

La autorización puede ser general o especial. Pero cómo ha de interpretarse es punto en extremo delicado. Así, LACRUZ, después de expresar que la licencia concedida a la mujer para vender un inmueble no servirá para darlo en pago de *deuda de la misma* o para hipotecarlo, añade, en cambio, «que la licencia concedida a la mujer en términos generales, *habrá de referirse a las enajenaciones*, pero ello no porque se interprete extensivamente, sino porque teniendo ya la mujer legalmente la facultad de administrar sus propios bienes, lo único que puede pretender el marido es eliminar las prohibiciones de los artículos 60 y 61. Para LACRUZ el artículo 1.713 sólo es aplicable respecto al Poder general relativo a los bienes suyos (del marido) o los del

matrimonio. Fundada, aunque atrevida interpretación por la gravedad que encierra.

La licencia dada por el marido, ¿compromete u obliga a éste? Una Sentencia de 22 de mayo de 1915 extendió la responsabilidad por deudas hereditarias a los bienes gananciales, en un supuesto en que la mujer había aceptado con licencia marital. Se orienta aquí el Supremo en sentido análogo al artículo 10 del Código de comercio. La doctrina, en cambio—DE BUEN, DE DIEGO—, opina en sentido contrario, al no haber en el Código civil norma que autorice a la mujer de modo general para obligar a los gananciales.

La licencia, aunque con una interpretación en extremo generosa de los artículos 169, R. N. y 92 del H., puede ser tácita, en relación con el Registro debe ser expresada (R. de 22 de agosto de 1894).

El negocio jurídico concluido por la mujer casada sin licencia queda firme si el marido, ulteriormente, consiente o ratifica lo hecho por su esposa. O sea, es negocio *anulable*, dentro de la órbita del artículo 1.309 y siguientes del Código civil.

A falta de autorización marital surge la llamada habilitación judicial, que el maestro CASTÁN ha sistematizado admirablemente, cuando no es posible obtenerla o como subsidiaria por negativa injusta del marido y que después de la Ley de 22 de julio de 1961, DE CASTRO y LACRUZ entienden es aplicable en todo caso, por cuanto «ha de ejercitarse en bien de la familia y para la protección de la mujer» (art. 57).

Pero estos actos otorgados sin licencia pueden ser impugnados por el marido y sus herederos (art. 65, en relación con el 1.301-3.º), pudiendo ser inscritos (art. 94, R. H.). MARTÍNEZ SANTONJA no encontró razonable esto, toda vez que a documentos de menos gravedad se les impide el acceso al Registro, verbi-gracia: la falta de remisión al sistema métrico decimal de cabida de las fincas, expresada en medida usual del país, etc. Pero la realidad se impone y no hay falta de claridad cuando el Registro publica la posible invalidez del negocio.

¿*Quid* en cuanto los contratos entre esposos? El Código civil sólo contiene prohibiciones concretas, venderse bienes recíprocamente (art. 1.458), donarse (art. 1.334). Por tanto, la regla

general es que pueden contratar entre sí, salvo esas expresas prohibiciones. Y aun en cuanto a la venta, de la letra del precepto: *venderse bienes reciprocamente*, pudiera interpretarse con LACRUZ, que sólo se refiere a las *voluntarias*. Lo que no podrá es extenderse a la dación en pago (véase, a más, por analogía, R. de 22 de noviembre de 1932). También entendemos con LACRUZ y CASTÁN, en contra de la R. de 6 de diciembre de 1898, ser factible la venta hecha por el marido a la mujer de bienes pertenecientes a un tercero, del que el marido sea mandatario, ya que el verdadero vendedor es aquél, no éste.

¿Y la Permuta? Sin meditar ni calar en el problema, la doctrina española, con aplicación del artículo 1.541, opta por la negativa. LACRUZ, acreditando su sutileza, dice que si los bienes adquiridos por permuta con otros privativos no se hacen nunca gananciales, contra lo que ocurre con los comprados con dinero privativo, cumpliendo con severidad las reglas de la subrogación, no debe considerarse segura la *communis opinio* española. En suma, para nosotros, estamos en el mismo caso que la adquisición con dinero privativo fehacientemente probado.

Con la transacción ocurre otro tanto, pues no siempre desemboca en la venta.

Respecto a pactar Sociedades entre sí, el Código civil sólo contiene una prohibición, que de rechazo les afecta: la del artículo 1.677. Entre las dificultades nos incumbe resaltar, por su novedad, la que exponen HOUPIN y BOSVIEUX en cuanto a las aportaciones que los esposos hagan, la de que la mujer no tiene independencia suficiente para aprobar la de su marido, aunque acaso se quiebre de sutil, sobre todo si es dineraria, y en cuanto a las restantes, no modificando las reglas de la comunidad ganancial, lejos de poderles dañar la constitución entre sí de Sociedades, puede reportarles ventaja, «por ser el mejor medio para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales» (palabras de la R. de 16 de marzo de 1959). Por cierto que reconocemos la bondad de la apostilla que a nuestro comentario a dicha Resolución nos hace el ilustre LACRUZ BERDEJO; o sea, que al decir nosotros «que aun con aportaciones presuntivamente gananciales cabe la sociedad limitada entre cónyuges», añade aquél «que esto puede ser así, pero siempre y cuando la aportación a costa de la masa

ganancial se realice como de bienes privativos, es decir, de bienes que se han tomado prestados a los gananciales, y dejando debidamente establecida la subrogación, a fin de que las participaciones sean también igualmente privativas».

Por lo demás, cabe el arrendamiento de servicio o contrato de trabajo entre ellos, siempre que no altere la autoridad de cada cónyuge en la familia. Como el mandato. Y el préstamo y comodato, fianza, prenda e hipoteca (vease R. de 20 de junio de 1952). Sin embargo, en cuanto a ésta la Resolución de 7 de diciembre de 1929, declara ilegal la emisión, por una mujer casada, de 133 obligaciones hipotecarias a la orden de su marido por un valor nominal de 500 pesetas cada una, sobre sus fincas parafernales. Entiende la Dirección que la creación y entrega de estas obligaciones al marido implica una verdadera donación entre cónyuges, no en cuanto que garantiza los créditos del marido, sino porque constituye a la esposa en deudora de los tenedores de los títulos emitidos. Doctrina discutible, pues no se ve ánimo de liberalidad y si más bien el de afianzar o prestar. Otro caso sería si la esposa hubiera renunciado a la acción de regreso: entonces habría donación directa.

En cambio, no se discute respecto la posposición de garantías que un cónyuge tenga sobre los bienes del otro, en favor de una tercera persona acreedora del propietario de tales bienes (véase, sin embargo, Sentencia de 11 de marzo de 1916, donde, como muy bien apunta LACRUZ, no son indiscutibles las razones que se aducen).

Lo que inmediatamente antecede nos lleva al otro expreso supuesto de prohibición entre cónyuges: el de donarse bienes (artículo 1.334 del Código civil), el cual, para LACRUZ BERDEJO, debería suprimirse, ya que, en su parte vital, mirando a los terceros, respecto a estas donaciones tienen aquéllos los mismos medios de defensa que contra las liberalidades a extraños. Y, desde luego, aun cuando el Código habla de *toda donación*, creemos con LACRUZ que las *remuneratorias*, en tanto se hallen en proporción con el servicio que se remunera, deben excluirse, al regirse por las reglas de las atribuciones a título oneroso». Y hasta en último término—añade—cabrá en muchos supuestos apreciar el cumplimiento de una obligación natural (art. 1.901). No pa-

rece, sin embargo, ser éste el derrotero de la jurisprudencia, tanto del Supremo como de la Dirección (véase a tal efecto Sentencia de 15 de abril de 1890 y Resolución de 20 de abril de 1901).

Claro es que mediante negocios indirectos se trata de eludir la prohibición, los cuales caerán bajo la sanción del artículo 1.334, siempre que se pruebe no ya el enriquecimiento de un cónyuge, sino que éste es resultado del acto de disposición del otro, realizado con espíritu de liberalidad (véase lo dicho *supra* sobre la Resolución de 7 de diciembre de 1929).

Señala LACRUZ un elenco de los más discutidos y frecuentes de tales negocios. Así: a) las obras y mejoras de un cónyuge en fundo del otro; b) pago de deuda de uno por el otro; c) renta vitalicia y seguros de vida (que estudiaremos en la sección de gananciales); d) donación con reserva de usufructo incluyendo al cónyuge del donante. Según D'ORAZI, no hay un empobrecimiento del propietario correspondiente al enriquecimiento característico de la donación, pues el usufructo no lo soporta éste, sino el extraño. Para casos normales hay aquí una donación, dice LACRUZ, siguiendo, al parecer, a la jurisprudencia italiana, porque lo que cuenta, según ésta, es el momento en que se realiza la donación (adquisición de un derecho del enajenante), y no el comienzo del goce. Sin embargo, y para nuestra patria, la Sentencia de 7 de junio de 1960, en que un marido había donado, con la innecesaria concurrencia de su mujer, la nuda propiedad de tres casas privativas suyas a un hijo del primer matrimonio, reservando el usufructo para sí y su segunda esposa, o el sobreviviente de ellos, declara que la reserva no se hace por partes determinadas entre los cónyuges, sino en común, para satisfacer las necesidades del matrimonio, de donde deduce que «sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podía admitirse la existencia de la donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste».

Con cautela advierte LACRUZ que esta doctrina se sienta ante la demanda de la esposa favorecida por el usufructo, pero deseosa de anular la donación hecha al hijo del primer matrimonio de su marido, y que la Sentencia advierte «que la eventual nu-

lidad de la donación entre cónyuges determinaría la incorporación del usufructo a la nuda propiedad».

¿Pero, si en el mismo supuesto de reserva de usufructo para el sobreviviente, son gananciales las fincas donadas?

El caso encaja entonces en el—como el anterior—frecuentísimo de la compraventa con «pacto de sobrevivencia», o sea, cuando los cónyuges adquieren por mitad y proindiviso un inmueble manifestando que al fallecimiento de uno de ellos «ha de pasar al sobreviviente la parte que el premuerto adquiere en la escritura». La doctrina: VALLET DE GOYTISOLO, CALVO SORIANO, RUIZ ARTACHO, etc., se ha ocupado extensamente del problema.

La Dirección, en 5 de mayo de 1932, rechazó el pacto por entender que la adquisición proindiviso es igual que si la adquisición fuera de mitades separadamente, para la comunidad de gananciales, lo que implicaría una modificación en el régimen legal del matrimonio (que no puede provocar la voluntad de los esposos) y una liberalidad entre los cónyuges.

Admitido, en cambio, el referido pacto en Cataluña y Baleares (R. R. de 19 de mayo de 1917 y 24 de abril de 1918), se critica por LACRUZ BERDEJO que el sentido sanamente previsor que puede tener el negocio (inspirado en toda clase de combinaciones tontinas, para auxilios de la vejez) no se haya tenido en cuenta en derecho común, tanto más cuanto que el *alca es suficiente para darle un matiz de onerosidad*. Esto es indudable, y como el pacto está tan arraigado en la conciencia nacional, esperamos un viraje en la jurisprudencia de la Dirección.

De la nulidad de las donaciones entre cónyuges están exceptuados los regalos módicos que éstos se hagan en ocasiones de regocijo para la familia. ¿Será hasta la décima parte, como señala el artículo 1.331, según la opinión de MUCIUS SCAEVOLA? Como contrapone a este argumento LACRUZ, ello sería añadir un nuevo requisito. Es más, entendemos con algún sector de la doctrina italiana que algunas atribuciones que realizan los cónyuges entre sí y que podrían parecer donaciones, han de comprenderse como cumplimiento de *mutuo socorro* entre ellos y proviniendo del marido—añadiríamos—podrían imputarse al deber de *protección* que el mismo tiene, incluso para garantizar a su es-

posa cierta seguridad económica futura, según dijimos anteriormente.

¿La nulidad derivada de la prohibición de donaciones es absoluta? Así parece ser la *communis opinio* de la doctrina. En contra, VALLET DE GOYTISOLO, basado en la conversión jurídica material, puesto que al decir el Código que «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio», al disolverse éste desaparece la acción de nulidad y la donación queda convalidada. Se apoya en el sistema histórico que le venía impuesto al Código por la Ley de Bases, y que de lo contrario las palabras «durante el matrimonio» sobrarían. Surge la donación *mortis causa* (si mantenemos un criterio amplio).

Ocioso es decir que siendo adverso LACRUZ—según apuntamos *supra*—al artículo 1.334, ve con simpatía la atrevida e ingeniosa tesis de VALLET. Nuestro criterio se encuentra reflejado en las páginas 111 y 112 y nota 1 de la última, año 1958, esta Revista.

Y con un análisis, en extremo acertado del artículo 1.335, referente a la interposición de personas, termina este capítulo LACRUZ.

III

Tendientes estas notas a un fin relacionado con la práctica registral, por fuerza y con pena hemos de omitir aquello que no afecte a la exégesis directa de los artículos del Código con ello relacionado, como es la diversidad de regímenes económico-matrimoniales que de forma exhaustiva estudia nuestro autor y ya en tema de que a falta de contrato se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales (artículo 1.315-2.º), lo inmediato que se deduce es que a más de no haber matrimonio sin régimen, según antigua doctrina, cuyo principal defensor fué DUMOULIN, el régimen matrimonial legal se adopta por los cónyuges en virtud de un contrato tácito. Para LACRUZ esta tendencia, totalmente desacreditada, es la que ha contribuido a separar en los Códigos la materia económico-matrimonial del resto de derecho de familia, asimilándola a los contratos. ¿Pero hasta qué punto se puede hablar de onerosidad o gratuidad en el régimen matrimonial? Encontramos difícil una

convinciente respuesta. Para LACRUZ, si hay desplazamientos patrimoniales queridos por las partes, excluyen la consideración de causa onerosa o gratuita. Debe hablarse de una protección de la Ley a las atribuciones que derivan del régimen matrimonial. En este sentido el dato más expresivo de nuestro Código es el artículo 1.364, que demuestra la posibilidad de pactar un régimen de administración y usufructo del marido que, en la intención del legislador, no constituye donación.

Establecida la libertad de capitular, si las reglas de éstos son incompletas, ¿cómo habrán de suplirse? Aquí sí que estamos plenamente acordes con LACRUZ—y en contra de M. SCAEVOLA—que la integración habrá de hacerse, una vez agotada la intención cognoscible o probable de las partes, recurriendo a las costumbres y a los principios de cada régimen matrimonial, según su naturaleza, y aplicando del régimen legal sólo aquellas normas que sean compatibles (no *todas*, como dice MUCIUS) con las capitulaciones pactadas.

Se dice que éstas son inmutables, y señala LACRUZ «que aunque se transforme la regulación del Código». Lo cual, cuando se trata del régimen legal o tácito, no lo ha entendido así el legislador de 1958, al extender la nueva norma del artículo 1.413 a todos los matrimonios acogidos a aquéllos, nos permitimos añadir, aunque se achaque a criterio de mayor justicia (Cossío).

En breve ojeada a los capítulos cabe señalar que nuestro Código—artículo 1.315-1.º—sólo se refiere a los *bienes*, pero sin que el *instrumentum* nupcial excluya pactos de muy diversa índole. Ahora bien, si dentro de aquél se estipulan dotes y donaciones *propter nuptias*, ¿forman parte del mismo o son interdependientes? Para LACRUZ, el artículo 1.319 da a entender esto último.

Y las mismas cláusulas capitulares, si falla o es ineficaz alguna, ¿arrastra a las demás? Será, puede estimarse, cuestión de interpretación... Esencialidad, condicionamientos, etc., de todas o alguna de ellas.

Suele asignarse a los capítulos como *causa* el matrimonio. Esto no es rigurosamente técnico para LACRUZ. Aquél es presupuesto o base, no *causa*. Claro es que el matrimonio juega en la producción de sus efectos, por ejemplo, en los desplazamientos patrimoniales de que son *condicio juris*.

En cuanto a capacidad para otorgarlos los futuros contrayentes, no debe tomarse muy al pie de la letra la cláusula *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, pues hay personas capaces de contraer matrimonio válido y que no pueden estipular válidamente sin consentimiento de otras, o bien personas que por el momento no pueden casarse entre si, pero sí capitular. Léase el artículo 1.318. Según éste, el menor es quien consiente todas las estipulaciones y donaciones en los capitulos, asistido de la persona que ha de autorizarle, pero *que no pueden capitular en nombre del menor*. Pero esta autorización es distinta del consentimiento para el matrimonio. Este no revalidaría unas capitulaciones. Respecto a los incapacitados, véase el artículo 1.323. La *forma* es la escritura pública, salvo la especialidad del artículo 1.324.

Hemos indicado antes que aparte de los *bienes*, los capitulos pueden tener muy vario contenido, de acuerdo con la distinción entre *negotium* e *instrumentum*. Así los *pactos sucesorios*, en la medida que los permite el Código civil, medida escasa, confiesa LACRUZ, y siempre referida a favor de los futuros cónyuges (véanse artículos 826 y 827), por lo que pueden incluirse aparte. Todo esto es muy difuso—diríamos nosotros—. En realidad, las estipulaciones que con LACRUZ llamaremos estatutarias, y que se refieren al futuro régimen de la sociedad conyugal, son los verdaderos capitulos.

¿*Quid* del sentido del artículo 1.316? La discusión se ha centrado en nuestra doctrina sobre si es o no depresivo para la autoridad que en la familia corresponde al marido el pacto por el cual se concede a la mujer la administración de los bienes gananciales con exclusión de aquél. Todo parte, como sabemos, de la dicción de los artículos 59 y 1.412. LACRUZ, tras una brillantísima exposición histórica de los preceptos dichos—como del 1.381, según en páginas anteriores puntualizamos—, llega a la conclusión que «a lo más cabe pensar, como limitaciones capitulares a la titularidad de gestión del marido, que están de acuerdo con las concepciones humanas y familiares de hoy, en que la administración pueda llevarse conjuntamente por marido y mujer, y en que el marido sujete ciertos actos de administración al consentimiento de la mujer, medidas que se hallan en una línea no de-

masiado lejana del actual artículo 1.413, *aun cuando*, desde luego, ajenas a la intención del legislador de 1889. La total privación de facultades de administración del marido la estima también Cossío inadmisible.

Excelente cuánto expone LACRUZ sobre la novación capitular. En tesis general podremos decir con él que la intervención de terceras personas—artículo 1.319—, aunque sean los padres de los contrayentes, para impedir una segunda capitulación, simplemente porque concurrieran a la primera para donar, resulta más contraria que favorable a la finalidad de los capitulos y a los principios en que se inspira la regulación de nuestro Código.

El artículo 1.326 contiene la norma sobre la caducidad de los capitulos, que debe interpretarse partiendo de datos objetivos y no de simples manifestaciones de las partes. Supongamos, dice sagazmente LACRUZ, que otorgados los capitulos, casa uno de los capitulares con tercera persona, y que disuelto este primer matrimonio llega a casar el otro capitulante. En tal caso, la celebración del primer matrimonio hace caducar los capitulos, que no podrían revivir sin una nueva voluntad.

La invalidez de los mismos es absoluta, a más de por falta de forma o ilicitud de contenido, por error obstativo. Se discute, en cambio, mucho sobre la clase de invalidez por vicios del consentimiento... Y, claro es, los capitulos meramente anulables podrán ser objeto de confirmación.

IV

En lógico engarce con cuanto hemos hecho constar—sumariamente—sobre los capitulos se hallan las donaciones por razón de matrimonio, que es frecuente o casi normal se incluyan en aquéllos. Como dice el Profesor LACRUZ, el Código concede un trato de favor a este negocio prenupcial, dado el motivo que lo inspira: el futuro matrimonio. Se trata de un motivo causalizado, pero que no sustituye a la *causa damandi*, sino que es simple cualificación suya. De donde la deficiencia del matrimonio origina, en principio, no la desaparición de la causa, sino sólo, simplemente, la pérdida de la cualificación. O sea, que una donación prenupcial, si no se celebra el matrimonio, se convertirá en una

donación ordinaria regulada por los artículos 618 y siguientes del Código civil, *con la particularidad de poder ser revocada como si hubiera habido incumplimiento de cargas*. Por supuesto, tampoco cabe excluir que en un caso concreto se haya impuesto el matrimonio como condición, en cuyo caso regirán las reglas de las obligaciones condicionales.

Este trato singular se refleja en el artículo 1.331, en donde, contra la regla general, aunque no como excepción, para donaciones del artículo 635 («que no podrán comprender bienes futuros»), se admite puedan efectuarse entre los desposados, aunque sólo para el caso de muerte.

Tales donaciones son asimiladas por la doctrina, bien a la sucesión contractual (DE BUEN, CASTÁN, ROCA SASTRE), o mejor como donación *mortis causa*, semejante a los legados (VALLET, LACRUZ). Mas aparte estas posibles asimilaciones que encierran problemáticas, su esencia es ese favor que hemos señalado que el legislador les otorga. Tal vez porque, como apunta finamente LACRUZ, el pacto dotal no es una liberalidad.

En última conexión con estas donaciones se encuentra la dote (véase el artículo 1.339). Pero entendamos: la dote en cuanto conjunto de bienes *ad sustinenda onera matrimonii*, objeto de un régimen jurídico propio sobre el que adquiere amplios derechos el marido. Porque el régimen dotal (especie del de separación de bienes, en el que corresponde al marido el usufructo y la administración de una masa de bienes de la mujer o sobre todos ellos) debe ser estudiado entre los regímenes de separación, mientras la dote existe incluso entre los de comunidad. Por tanto, dado su origen—la dote romana—, su complicada evolución histórica y su régimen al entrar en contacto con los sistemas de comunidad, se comprenderá lo difícil que es dar una definición comprensiva y precisa de ella.

La dote puede ser constituida por el marido, por la mujer y por un tercero, y tal como se ha recibido de las fuentes romanas, se concibe como *onera matrimonii*, o sea, con un más o menos marcado carácter oneroso. Pero en contraste con estos antecedentes la doctrina española le da carácter lucrativo.

Disiente—en postura original—LACRUZ, para quien, constituida la dote por un tercero o por la misma mujer, la relación con el

marido es a título oneroso, es decir, que en ella se da la ecuación entre el usufructo de los bienes dotales y los *onera matrimonii* requerida para que la transmisión de dicho usufructo pueda reputarse onerosa.

Y es que—a su juicio—no hay que interpretar aisladamente el artículo 1.339, sino relacionarlo con el anterior, el 1.338... Todas las dificultades se plantean sobre la base falsa de ser indispensable, para la onerosidad, que el patrimonio del atribuyente reciba una contraprestación, es decir, que haya un enriquecimiento conexo con el empobrecimiento de aquél. A juicio de nuestro autor, esto no es necesario: basta que la atribución tenga como causa final típica determinar un sacrificio o empobrecimiento en el *accipiens*, y que realmente lo determine, lo cual debe presumirse en la constitución de dote.

Otro punto de novedad que aporta LACRUZ es en materia de constitución obligatoria de dote, que contra la opinión más extendida cree que el artículo 1.343 no autoriza al marido a dotar, cuando no haya gananciales, con cargo—por mitad—a los bienes de su mujer. Así, si constituyó dote el marido y no existen bienes comunes o se ha pactado la separación, etc., será sólo éste quien responda de la obligación, porque sólo él es quien se ha obligado.

Imposible en un trabajo como éste abordar todo el régimen de la dote: constitución, sujetos, forma, etc., aunque sí recordar aquella hipoteca tácita para su restitución existente antes de la Ley Hipotecaria, preferente a todas... De ahí que la confesión del marido de haber recibido de la mujer o sus ascendientes una cantidad como dote al prestarse al fraude de acreedores y legítimos, sobre la base de textos romanos mejor o peor traídos a colación, tuviese un especial trato. En el fondo, pues, aquella Ley nada innova. Se limita a especular sobre la susceptibilidad de hipoteca legal de dote confesada, como dice muy bien LACRUZ.

Ha sido el Código civil, al repetir aquellos artículos de la citada Ley, los que pueden sembrar cierta confusión, pues al no decir el Código en lugar alguno que la confesión de dote surta efecto distinto—y menor—al de las otras obligaciones personales, en una interpretación lógica, del mismo modo que un acreedor sólo puede impugnar los reconocimientos de deuda de su deudor mediante el ejercicio de la acción pauliana, así también los

acreedores del marido confesante o quienes tengan algún derecho sobre su patrimonio, no podrían impugnar la realidad de la constitución de dote, sino en los términos en que les es permitido el ejercicio de las acciones fraudatorias—véase el artículo 888-3.º del Código de comercio—, puesto que, no advirtiéndose lo contrario, la dote confesada surte todos los efectos de las obligaciones personales. Y hasta pudiera deducirse que esta confesión de dote puede ser asegurada con hipoteca voluntaria... Desde luego, ésta no es la opinión dominante, ni la directriz de la jurisprudencia. Los artículos 1.344 y 1.345 del Código civil no pueden considerarse redactados *ex novo*, sino como repetición o coincidentes del 170 de la Ley Hipotecaria.

Pero, no obstante, insistimos, ¿es susceptible la dote confesada de ser asegurada con hipoteca voluntaria? La Dirección, en varias Resoluciones, la ha rechazado fundándose en la prohibición de donaciones entre cónyuges, unidad de personas entre ellos, etc. Ahora bien, como apunta LACRUZ, *si se demuestra la entrega*, cesa la limitación del artículo 1.344, no respecto de la hipoteca legal, cuya constitución sólo puede ser exigida en el supuesto del artículo 1.345, pero sí con relación a la voluntaria. Surge una obligación personal perfecta no sujeta a presunción alguna de fraude. Se superpone a los derechos de los legitimarios y se equipara a los de los acreedores. No parece, por tanto—después de cuanto dejamos expuesto *supra*—, que pueda haber obstáculo a que el marido, que puede garantizar el pago de cualquier crédito constituyendo hipoteca voluntaria, lo haga en este caso. Ni puede alegarse gratuidad del acto... Es reforzar un derecho que tenía la mujer. Original posición de LACRUZ para meditar por Notarios y Registradores.

En punto a los bienes que pueden ser hipotecados en garantía de dote, ¿cabría hacerlo sobre inmuebles gananciales, con el consentimiento, desde luego, de la mujer? Lo niega la Resolución de 25 de septiembre de 1937, sin argumentos serios a juicio de LACRUZ. Hasta el más concluyente de ser titular la mujer del crédito dotal y cotitular de los gananciales que se hipotecan, lo encuentra superable en un Código como el nuestro de masas patrimoniales diferenciadas en este punto, incluso pertenecientes a una misma persona. ¿Pero no surgiría, apuntamos nosotros, una

especie de hipoteca del propietario no reconocida en nuestro Ordenamiento?

Excelente la crítica que hace nuestro autor del artículo 181 de la Ley Hipotecaria, pues si lo que ha de restituirse es el precio de la enajenación, ¿por qué dispone que los cónyuges convendrán la cantidad que debe ser asegurada, e incluso les exime de toda garantía en un caso? Sería mucho más lógico establecer que la hipoteca garantizará el precio, y caer sobre toda intervención judicial, que entonces sería inútil. En cambio, si lo que se ha de garantizar es el valor *probable* del derecho a la renta o pensión en la época en que debe ser restituido, puede tal intervención resultar necesaria cuando no haya acuerdo entre los cónyuges acerca de punto tan cuestionable.

Sin discriminación en este trabajo sobre los bienes dotales estimados e inestimados, nos cumple, respecto a éstos, hacer constar, según LACRUZ, que si no responden de las deudas del marido por tratarse de bienes de la mujer, tampoco responden ilimitadamente de las deudas de ésta. Sus acreedores, a lo más, y ello es discutible, sólo podrán actuar contra la nuda propiedad. El marido es un usufructuario especial. No le afecta el rigor con que se regula el usufructo genérico, etc. Aunque expresamente no lo dice el Código, su derecho a percibir los frutos son para el levantamiento de las cargas del matrimonio: de ahí las dispensas que al mismo, según decimos, se le conceden, hasta poder—como facultad de su amplísima administración de estos bienes dotales inestimados—exigir judicialmente y cobrar extrajudicialmente los créditos de tal calidad y *consentir*—para LACRUZ—la cancelación de las hipotecas en garantía de las mismas constituidas. En contra, Resolución de 22 de septiembre de 1879.

¿Podrán disponer, con licencia y consentimiento respectivos, cada cónyuge de sus especiales derechos de goce y propiedad nuda en los dotales inestimados? Por la mujer nos parece que sí. Respecto al marido, el artículo 108 de la Ley Hipotecaria es opuesto al respecto. Ni siquiera cabe ensayar—como hace LACRUZ—la posibilidad de constituir derechos reales limitados que les afecten más o menos profundamente.

Dada esta amplísima administración en los inmuebles inestimados concedida al marido, es oportuna la observación de LA-

CRUZ, de que respecto a la mobiliaria, una vez que se ha constituido la hipoteca en su garantía, se halla más protegida que aquella.

La restitución de toda dote—sobre todo la de bienes inestimados—puede crear problemas, en particular por los daños, e incluso dolo del marido en su administración, al concurrir, no existiendo garantía hipotecaria, con otros acreedores, pero ello nunca puede obstar, como se ha planteado por algunos autores, por estas eventuales responsabilidades, a la facultad de plena disposición por la viuda de tales bienes, según reiterada jurisprudencia de la Dirección de los Registros.

V

Aludimos en el anterior capítulo a la existencia en el caso normal de comunidad de gananciales de masas patrimoniales diferenciada: privativos del marido y de la mujer y gananciales, a los que se podría agregar otro cuarto grupo, el de los dotales, precedentemente examinados, dados sus caracteres divergentes de aquéllos, tanto en su dinámica como en su restitución y responsabilidad (aunque también los parafernales tienen algunas normas particulares, según veremos).

Esto da lugar a desplazamientos constantes en la vida del matrimonio, que afectan a la consistencia de estas masas patrimoniales, pero no a su existencia y autonomía. Estas relaciones de masas se traducen en verdaderas relaciones de créditos o de obligación, del que es exponente en nuestro Código el artículo 1.421.

Ahora bien, al ir a parar en el caso normal a que al principio nos referimos: comunidad de gananciales, los frutos y ganancias a la masa común, se produce—por contrapartida lógica—una tendencia en los patrimonios privativos a convertir los bienes que los integran en créditos contra aquella. De ahí el problema de las llamadas «expensas útiles» y aumento de valor en bienes propios del artículo 1.401-1.º del Código civil.

Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la comunidad no tiene derecho sino al reembolso de los fondos que adelantó; nunca adquiere participación en los bienes mejorados ni

puede reclamar el mayor valor adquirido por ellos. A tal efecto la última distingue entre la simple plusvalía de los bienes (siempre del cónyuge propietario), y la inversión, en ellos, de fondos gananciales, que da lugar a su restitución. Véase Sentencia de 8 de mayo de 1926, y en particular la Resolución de 5 de mayo de 1908.

La doctrina da por supuesto que la cantidad a restituir al consorcio es el importe del anticipo, independientemente del mayor o menor aumento de valor experimentado por el bien privativo a causa de la expensa. Solución harto simplista, según LA-CRUZ, para el que las mejoras deteriorables o amortizables deben estimarse en su valor final, o sea, a la disolución de la comunidad.

Con aquel criterio, o concretamente del artículo citado 1.401-1.º, cabría deducir que cada cónyuge puede utilizar el patrimonio común como un fondo del cual toma prestado cuanto le place, aprovechando las ventajas de la plusvalía... Esta falta de equidad (que favorecería al marido, administrador de la sociedad), bien palmaria, persuade de que dicho artículo es excepcional, insusceptible de ampliación analógica. Como hay que reconocer que ello se presta a confabulaciones, incluso a donaciones entre cónyuges, el mismo Código prevé la excepcionalidad del supuesto: de ahí el artículo 1.404, y aun los 1.410 y 1.419. Hasta las 1.337-3.º y 1.396-3.º, no excluyen, según la opinión más corriente, un retracto efectuado con dinero ganancial.

En relación íntima con lo expuesto y sobre la confusa doctrina de la Sentencia de 18 de diciembre de 1950, plantea Cossío el problema de que si el marido con dinero de procedencia ganancial adquiere de un tercero, partes indivisas de un bien en el que su mujer tenía ya una participación de carácter parafernial, resulta evidente para Cossío que tal adquisición tendrá carácter ganancial por ser cosa distinta la de los derechos que a la mujer como comunera le puedan corresponder para retraer las participaciones adquiridas: y entonces, ¿utilizará el retracto contra la sociedad legal de que forma parte? ¿No resulta contradictorio que ejercite la acción contra sí misma, dada la unidad jurídica que entre los cónyuges existe? Como no hay norma alguna que modifique el artículo 1.396-3.º, y dada la contradicción de intereses entre marido y mujer, que excede de la competencia de la

jefatura familiar, es claro para dicho autor, que podrá ejercitarlo.

Para nosotros—con todo el respeto que nos merece la opinión del Profesor Cossío—la cuestión ni puede ni debe plantearse, pues estamos ante el caso que antes extractamos y expone LACRUZ, de falta de equidad en la utilización del patrimonio común, que favorece especialmente al marido, administrador de la sociedad, por lo que el artículo 1.401-1.º es excepcional, insusceptible de ampliación analógica (aunque aquí a la inversa). Por tanto, entendemos que desde el primer momento, sin rodeos ni mixtificaciones peligrosas, el marido compra para la mujer, incluso para soslayar o evitar, el corto tiempo del ejercicio del retracto.

Con esta versión nuestra no podrá darse el otro peregrino caso que Cossío explana. A. B. y C.—escribe—tienen la titularidad proindiviso de una finca, y de ellos C. se halla unida en matrimonio con Y., bajo el régimen de gananciales. Y. adquiere para la sociedad legal la parte correspondiente a B., ¿podrá A. ejercitar el retracto de comuneros? Es sabido—continúa—que jurisprudencialmente se admite que cuando la adquisición se lleva a cabo por uno de los comuneros, no cabe ejercitar por lo demás el derecho de retracto. Como para nosotros Y. lo ejercita para su mujer, C., queda el problema—según dijimos—sin base.

De todo lo cual se desprende la dificultad para llegar a un justo equilibrio de masas patrimoniales, sobre todo por no poder hacerse efectivo hasta la disolución del matrimonio. Combate LACRUZ la Resolución de 22 de noviembre de 1932, encontrando peligrosas la generalidad de sus afirmaciones, e inexactas las relativas a la inoportunidad de la devolución constante matrimonio (la mujer había recibido por herencia determinados créditos. Enajenados éstos, confesó luego el marido en escritura pública haber recibido de la mujer el precio de la enajenación para su administración. Cuatro días después, por otra escritura, dió en pago del mismo diferentes bienes).

Para nuestro autor, aunque reconoce que la regulación del Código sobre el cumplimiento de las obligaciones de las masas privativas, está pensada para el momento de liquidarse las relaciones económico-matrimoniales, ello no se opone a que la tensión obligacional creada entre las mismas se pueda extinguir antes, ya que aquél viene a decir que si tales desplazamientos no han

sido corregidos *antes* han de compensarse en la cuenta final. Las normas del Código civil—dice LACRUZ—en que se ordena la garantía por el marido de las cantidades privativas de la mujer, que se han convertido en bienes comunes, están dictadas en previsión de que tal estado de cosas dure mucho tiempo, pero no imponen su duración indefinida. Esto puede calificarse de exacto. Pero también—y de ahí el criterio restrictivo y hasta preventivo de la anterior Resolución que nosotros encontramos ajustado, pues estamos a presencia de una compraventa disfrazada entre cónyuges—, que ante la aleatoriedad del reintegro (o que éste se haga caprichosamente) se recurra a la subrogación real, que debe aparecer rodeada de toda suerte de garantías. Por ello consideramos aventurados los ensayos que se hacen en torno a ella, por ejemplo, permuta con entrega complementaria de fondo ganancial, que deben mirarse con recelo. Es lo que se llama *reempleo*, que al igual que el *empleo*, o sea, dinero de aportación originaria, debe ser automática o con prueba fehaciente y plena.

Esto se quiebra, sin embargo, cuando en régimen de comunidad se adquiera por un cónyuge, cual si fueran todos fondos propios los obtenidos de tercero, a título de préstamo o más claro, con escaso fondo propio y fuerte gravamen hipotecario. Es el caso de la Resolución de 21 de abril de 1930, tan conocido, para nosotros peligroso y que va contra la regla que prohíbe constituirse bienes propios a costa de los comunes.

BORRACHERO plantea el problema, aun más agudo—y por ello, al principio, generalizamos—, de que cualquier cónyuge adquiera como bien privativo con precio en parte o *totalmente* aplazado, que se satisfará del fondo ganancial. Para él—y es lógico, conforme a dicha Resolución—el bien será privativo. Pero con tal solución—como indica LACRUZ—puede manejar el fondo común, en provecho propio, el cónyuge administrador. Además, que la contribución de ese fondo común se limita expresamente a las deudas de los cónyuges antimatrimoniales y delictuales. LACRUZ estima que la solución está en dar por buena la adquisición a nombre de un cónyuge cuando a ella asiente el otro (es el caso de la regla segunda, artículo 95 de la R. H.), y, en cambio, cuando se trata de actos unilaterales del cónyuge administrador, dejar en

suspenso la condición privativa o común del bien hasta la realización del pago.

No cabe aplicar a los bienes comprados antes de la boda y pagados luego, con fondos gananciales, advierte, sin embargo, la misma solución.

En esta materia, como gran ponderación—podemos resumir—escribe ALFONSO DE COSSÍO, lo decisivo no será tanto el momento de verificar el pago o entrega de numerario, como aquel en que se perfeccionó el contrato del que derivan los derechos y obligaciones. O sea, la misma solución que inmediatamente antes apunta, si bien limitadamente, LACRUZ. Si cualquiera de los cónyuges adquiere, pues, la propiedad de una cosa o un derecho, quedando aplazado el pago de la totalidad o parte del precio convenido, *antes de la celebración del matrimonio*, como lo que desembolse la sociedad no será sino en cumplimiento de una obligación personal del adquirente, aquélla no adquiere propiedad alguna, sino simplemente un derecho de crédito contra el cónyuge adquirente. Por el contrario, si la adquisición se hiciere durante el matrimonio por la sociedad, y los pagos aplazados se realizasen una vez disuelto éste, habremos de entender que ello no priva a los adquiridos de su carácter ganancial originario.

Junto a lo expuesto cabe referirse a los llamados derechos de *preempción* pertenecientes a los cónyuges por su calidad de copropietarios, propietarios, etc., que tienen la virtualidad de convertir en privativos los bienes adquiridos mediante los mismos (artículos 1.397-3.º y 1.337-2.º). Se coloca junto a ellos por cierto sector de la doctrina el retracto convencional (así, MUCIUS SCAEVOLE y VALLET). Más unánime es el parecer respecto a los retractos legales. Y en esta línea, ¿no cabría incluir derechos de adquisición tales como la promesa de venta y el derecho de opción? Se muestra contrario a ello LACRUZ, pues la condición privativa de los bienes adquiridos con fondos comunes por derecho de retracto debe contemplarse como una concesión especial.

Desde el mismo punto de vista del derecho de retracto se plantea el problema de las acciones adquiridas en virtud del derecho de suscripción pertenecientes a otras privativas, acciones repartidas como dividendos, etc.

Según copiosa jurisprudencia que cita LACRUZ, se considera en

tal supuesto al derecho de preempción más bien como un fruto, derivando, de esta consideración o de la naturaleza del dinero empleado para suscribir, la calidad de bien común de las acciones nuevamente adquiridas.

Esta jurisprudencia trata de evitar que parte de los beneficios sociales, conducidos a la cuenta de reservas y, por tanto, no distribuidos entre los accionistas, se sustraigan al consorcio conyugal, aun cuando tales beneficios se hayan producido constante matrimonio, pero tiene el inconveniente de que, opuestamente, pueden incrementar el consorcio con ganancias producidas anterior al mismo.

Para resolver tan difícil cuestión, LACRUZ comienza por plantear, ante todo, la naturaleza del derecho de suscripción.

¿Se trata de un fruto de la acción? La doctrina, en general, opta por la negativa. El artículo 41 de la Ley de Anónimas (17 de julio de 1951), impecable para nuestro autor desde el punto de vista jurídico formal, no lo es tanto desde el económico. Si nos fijamos en la realidad, ¿no contemplamos cómo, respecto de aquellas sociedades cuyas ampliaciones se producen con cierta regularidad, la mayoría de los accionistas esperan a las mismas para considerarlas como una parte sustancial de la renta de sus valores, vendiendo los correspondientes derechos? Y es que, sin duda, *subjetivamente*, la ampliación a la par (o con prima muy reducida) tiene el mismo significado que si se hubiere retraído una cantidad de las reservas, para repartirlas como dividendo. Sin embargo, como el mismo LACRUZ reconoce, todo esto no es muy seguro (ya vimos se refiere a la ampliación contemplada de un modo *subjetivo* y con *regularidad*, lo cual nunca, por muy sólida que sea una sociedad, es previsible) y, además, puede ser injusto cuando las nuevas acciones respondan a reservas formadas antes del matrimonio. Por ello ha de aplicarse igual trato al consorcio que al usufructuario en este punto, conforme al invocado artículo 41 de la Ley especial.

En consecuencia, si el derecho de suscripción es privativo, también deben serlo las nuevas acciones suscritas por aplicación del artículo 1.396-3.º del Código civil. Pero, como para LACRUZ, ésta es una disposición excepcional, correspondiente a un derecho de retracto legal que se concede por motivos de interés público, si-

guiendo a lo que se dijo anteriormente, no puede extenderse a los restantes derechos de preempción.

Por tanto, para él lo justo, dentro de los términos legales, es la de la indivisión entre los patrimonios propios y común en proporción al valor que cada uno ha aportado para adquirir la nueva acción. Nuestro autor ve dificultades pequeñas para ello, nosotros, sinceramente, las vemos grandes, pues, como valorar el derecho de suscripción, ¿por el valor teórico, el de compra en Bolsa o el medio de ésta en todo el periodo de suscripción? A ello habrá que añadir la *justificación* del dinero empleado, etc.

También cuestiona LACRUZ sobre la emisión con cargo a reservas, que la doctrina entiende son un desdoblamiento de las acciones antiguas, si bien hay que exceptuar a NÚÑEZ LAGOS de aquella opinión general. Que la comunidad o el usufructuario, como hemos visto, reciban sólo el dividendo está justificado, porque el resto de las ganancias pasa a una cuenta de reserva que, en principio, no se destina a ser dividida. Pero si esas ganancias salen de las reservas para ser divididas ya son como un fruto cualquiera (dividendo o acción con cargo a reservas). En este caso a lo más—para LACRUZ habrá de considerarse a la acción como bien común, y la plusvalía (equivalente al derecho de suscripción) como bien privativo, estableciéndose la proindiviso en la proporción que guarda una y otra (muy complicado también).

En línea parecida puede situarse el caso de asignación de acciones—uno por cada 50, por ejemplo—que graciosamente suelen hacer a veces las Sociedades a sus accionistas.

VI

De las masas patrimoniales en la dinámica de la sociedad conyugal, acaso la más acentuada sea la de los parafernales (de *Parapherna*, que son llamados en griego, según la partida 4, 9, 17. «todos los bienes e las cosas, quier sean muebles o raíces, que retienen las mujeres para sí apartadamente, e non entra en cuento de dote..., etc.»), seguramente porque su regulación fué introducida por el Código, según se dijo, cuando el mismo ya había sido aprobado por el Congreso y se iba publicando en la

Gaceta. Esto ha originado esa arbitrariedad de ordenación que justamente critica LACRUZ, en particular en el estatuto de la variedad extrema de esta masa patrimonial: los parafernales entregados, que, dentro del régimen legal, prácticamente se identifica con la dote, y en cualquier otro caso presenta grandes analogías con el patrimonio del marido, con el que debió regularse conjuntamente, sin perjuicio de ciertas normas de excepción.

En tesis general, la mujer tiene—aparte su dominio—la administración de estos bienes (artículo 1.384), que, como en síntesis, dice el Profesor DE CASTRO, comprende las facultades necesarias para la conservación y para hacer producir al patrimonio, de donde la mujer puede adquirir, enajenar, hacer contratos y obligarse con tal que ello no signifique disponer del capital de la masa parafernial.

Pero como es frecuente que aun sin haberse convenido nada expreso entre los cónyuges sea el marido quien lleve la gestión de los bienes privativos de su mujer, hay que estimar, con el Profesor LACRUZ, que esta actuación, en virtud de los artículos 59 y 60 del Código civil, constituye una figura especial de apoderamiento claudicante que la mujer, *a menos que se pruebe su consentimiento expreso o tácito*, puede desconocer, quedando así el riesgo de que el mandato no exista a cargo de quien contrata con el marido.

A las relaciones entre el marido y mujer—en el caso que contemplamos—deben aplicarse las reglas del mandato y no, desde luego, las de la entrega en administración bajo fe de Notario.

El destino de los frutos en caso de separación seguirá el de los mismos bienes, aunque el marido podrá exigir a la mujer, con cargo a aquéllos, su contribución a las cargas del matrimonio. En régimen legal se hacen comunes o gananciales; pero entendido esto en sentido *económico*, deducido no ya los gastos, sino el capital necesario de movimiento de la empresa o explotación parafernial (véase artículo 1.385-1.º). El paso de los frutos al consorcio es una obligación de la mujer. Es cuando se hallarán afectos al levantamiento de las cargas matrimoniales y cuando entra a administrarlos el marido como gananciales (según aprecia sutilmente LACRUZ).

El cual añade con exactitud que tanto ese artículo como el si-

guiente no parecen aplicables al régimen de comunidad. Sobre todo respecto al 1.486 para aplicarlo a este régimen, sería preciso derogar el 1.408-1.º... Otra fina percepción de LACRUZ es la del privilegio que viene a representar para la mujer el apartado 2.º del artículo 1.385: una suerte de beneficio de excusión cuando las deudas, aun contraídas por ella, lo han sido en el ejercicio de su potestad doméstica, y, por tanto, son, *erga omnes*, primariamente deudas del marido.

Respecto a los parafernales entregados, como exigían las Partidas, debe hacerse *señaladamente* (véase, sin embargo, el artículo 1.390, que parece crear otra clase de parafernales entregados, y así, SANTAMARÍA, expresa que en esta entrega del precio de parafernales vendidos sin formalidades, las obligaciones del marido serán las propias de todo mandatario).

Conforme a la Resolución de 28 de junio de 1910, no se halla limitado el plazo de la entrega. La cual es—según LACRUZ—, *probablemente*, irrevocable. Se apoya fundadamente en el artículo 1.391.

El marido, por lo que se refiere a ellos, se coloca en la situación que respecto a los dotales inestimados (artículo 1.389). No cabe hablar, pues, de mandato.

Uno de los puntos más inquietantes y en donde la doctrina aparece igualmente dispar, es el del valor por lo que se refiere a la confesión de la pertenencia de estos bienes, pues así como para los dotales inestimados el Código civil los pone a la par, cuando existe tal confesión, de las obligaciones, calló en cuanto a los parafernales, acaso—como quedó indicado—por su introducción tardía por el legislador en el cuerpo de aquél.

Consecuencia de ello es para la mayoría la presunción prevalente del artículo 1.407 del Código civil, que en el sentir de LACRUZ es un precepto autónomo, de propio sentido y finalidad, compatible por igual con un sistema permisivo o con uno prohibitivo de las donaciones entre cónyuges. No es una aplicación, por tanto, del artículo 1.334. Como tampoco—seguimos a LACRUZ—es correcto preguntarse si aquel artículo 1.407 tiene carácter imperativo o permisivo. Se limita, repetimos, a sentar una presunción. Lo que sucede es, en nuestro sentir, que esta sombra que proyecta sobre todo el sistema oscurece totalmente su interpretación, hasta el

punto, si bien nos fijamos, que cuando la doctrina invoca especialmente el repetido artículo 1.334, diciendo que la confesión del marido no debe tenerse en cuenta, no repara, como con sutileza señala LACRUZ, que se están provocando esas *donaciones entre cónyuges* de que tanto se trata de huir, que, además, para mayor absurdo, se realizan contra la voluntad del supuesto *donante* y del donatario, o sea, *el paso a la masa ganancial, como tal partible por mitad*, de bienes acaso privativos.

Se discute mucho sobre la confesión... (nos remitimos en aras a la brevedad a lo que escribimos en las páginas 109 y siguientes, año 1958, esta Revista). La Sentencia de 2 de febrero de 1951 recoge acertadamente la directriz que a partir de la de 28 de enero de 1898 ha venido aplicando a la confesión del marido, relativa a los bienes dotales o parafernales de la mujer, el artículo 1.218 del Código civil, en cuanto distingue entre partes y terceros, atribuyendo valor en la relación *inter partes* al reconocimiento del marido de ser parafernales ciertos bienes de su mujer y negándole, en cambio, cualquier efecto trascendente a tercero.

La Dirección es más severa en esta materia—véase, por todas, la Resolución de 11 de marzo de 1957, que centra su doctrina en que la declaración de un cónyuge sobre la pertenencia privativa al otro de ciertos bienes carece de eficacia, porque, conforme al artículo 1.232 del Código civil, en cuanto confesión no hace prueba cuando por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes—, sin duda, como con gran ponderación dice LACRUZ, porque el Registro es un organismo especialmente destinado a publicar frente a terceros y proteger a éstos, por lo cual sólo se tienen en cuenta los efectos *erga omnes*.

No debe extrañar, por tanto, el criterio restrictivo de los Registradores de la Propiedad cuando se trata de acreditar ante ellos la propiedad exclusiva del precio o contraprestación en la adquisición de bienes privativos.

Para estos funcionarios el artículo 1.407, siquiera en el terreno puramente civil, sea presuntivo. en el hipotecario juega con carácter imperativo, toda vez que, como dijera la notable Resolución de 13 de septiembre de 1926, «el procedimiento de inscripción en los libros del Registro encuentra sus más fundamentales normas en la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria, y no

puede, por tanto, exigirse que la prueba aducida ante el Registrador se desenvuelva en forma contradictoria y con las particularidades de un juicio declarativo, sino que ha de ser practicada con *documentos y manifestaciones* que sean garantía suficiente de la legalidad del acto inscribible y de su autenticidad frente a terceros».

Claro que si hay calificación judicial de los bienes, el Registrador debe atenerse a ella, sin ahondar en que la declaración se refiera, además, al carácter privativo de la contraprestación, según atinadamente aduce GONZÁLEZ ENRIQUEZ.

En cambio, el testimonio de terceros, aunque sean cualificados y sus manifestaciones posean un alto grado de verosimilitud, es recusable, según Resoluciones de 13 de enero de 1913, y en particular la de 9 de diciembre de 1943. Sin embargo, la de 21 de noviembre de 1950—que nosotros combatimos—hace flexionar la severa línea hasta ella seguida...

La novedad del Reglamento Hipotecario de hacerse contar por nota el carácter privativo del precio o contraprestación si practicada la inscripción se justificare con posterioridad (*in fine*, artículo 95), es rechazada por REYES MONTERREAL. Estima ser prueba que habría de hacerse en juicio declarativo. Pero esto es no fijarse—como le replica LACRUZ—que el Reglamento estableció este procedimiento para concretar la titularidad de unos bienes que, por la propia forma en que se ha inscrito su adquisición, la tienen claudicante (léase regla segunda).

VII

En torno a la problemática del artículo 1.407, a que tanto precedentemente hemos venido aludiendo, entrecomilla una frase LACRUZ que, siquiera dura, encierra un fondo de gran significado, y es que si en verdad no existen otros gananciales que los obtenidos por el trabajo o ganancia de los cónyuges o la fructuación de sus bienes, al considerar a aquel artículo—1.407—con esa interpretación que se le concede, como una fuente más de gananciales, se le debió añadir al artículo 1.401 un apartado 4.º: «los procedentes del despojo legal de los cónyuges, conforme al artículo 1.407».

Como en nuestra práctica profesional y en relación íntima con nuestra economía, hemos podido comprobar esta realidad; creemos un deber resaltarla como aviso a cuantos con problemas de liquidación de sociedades gananciales se enfrenten.

Los desplazamientos de fondos privativos, procedentes, por ejemplo, de venta de bienes de los cónyuges, indemnizaciones, confusión de bienes aportados, al perder su individualidad por circunstancias diversas: imprevisión, falta de fehaciencia documental, *prisas* o *confianzas* excesivas, etc., conducen a tan funesto resultado: esa presunción del artículo 1.407 sobre el que se debía meditar si no convenía su reforma.

Claro es que mucho de culpa hay también en la falta de nitidez en la separación de los conceptos *gananciales* y *ganancia* que a menudo se confunden o entremezclan. Durante el matrimonio, por efectos de aquella presunción de comunidad, muchos bienes privativos adquieren el carácter de gananciales, aunque haciendo en el patrimonio de origen un crédito contra el consorcial por su importe, no podremos reputarlos de tales en tanto la *ganancia* sea efectiva.

Todo ello ha originado la abundante literatura sobre la naturaleza de la comunidad de gananciales, que el mismo LACRUZ expuso otrora, y que consideramos ocioso reproducir por tan conocida. La tesis doctrinal y jurisprudencial, en particular de la Dirección, más extendida, es la que le atribuye los rasgos de «comunidad en mano común».

Sin poder descender a un análisis del artículo 1.401, sólo pondremos de manifiesto una singularidad en que más ha polemizado la doctrina. Es aquella del concepto «industria», que pareciendo comprender las adquisiciones originarias: usucapión, ocupación, especificación, etc., refiriéndose a la primera opina SAPENA que aunque comenzada la usucapión por un cónyuge de soltero, consumada constante matrimonio, la usucapido es bien común. A ello se opone LACRUZ y confirma su criterio la Sentencia de 18 de marzo de 1961.

El artículo 1.404-2.º es de los que más juegan en los ámbitos de la práctica notarial y de Registro. Recordemos que introducido en el proyecto del 51, «para promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones» (GARCÍA GOYENA), debe

interpretarse restrictivamente (Resolución de 29 de marzo de 1954).

Como dice GARCÍA GRANERO, no basta que sean edificaciones, es necesario, además, que estén construidas de nueva planta y constituyan nueva obra independiente y principal.

Así, pues, han de excluirse de su ámbito las mejoras, adiciones y reparaciones extraordinarias, las edificaciones que sean complemento o ensanche de otras que conserven su principalidad (cobertizos, garajes, construcciones al servicio de una explotación agrícola, etc.), y la mayor elevación dada a edificios ya existentes mediante construcción de pisos superiores.

Entiende la jurisprudencia que si constante matrimonio se procediese a la demolición total del edificio de uno de los cónyuges, construyendo en el solar otro nuevo, éste es ganancial.

Si el edificio se construye sobre una parte del terreno propiedad de un cónyuge, estima SANZ que, quedando la parte de superficie no construida al servicio de la construcción, la aplicación del precepto es evidente. En cambio, si la parte no edificada es independiente sólo será ganancial la construcción. Esto es evidente, pero no lo primero, que, desde luego, no se podrá hacer constar en el Registro (apreciación nuestra).

La inversión será de fondos de la sociedad o por la industria o trabajo de los cónyuges. El solar ha de ser alienable y *ha de constarse con la voluntad de su propietario*. Y esto, entendemos con LACRUZ, tanto tratándose de bienes dotales (no obstante la amplia administración del marido) como parafernales.

Sabemos que en el Registro el cambio de condición de los bienes no necesita otra justificación que la implícita en las manifestaciones auténticas de los cónyuges (Resolución de 15 de julio de 1918). La cualidad ganancial, o al menos su titularidad, se adquiere, pues, automáticamente. Se puede afirmar que técnica o tabularmente así debe suceder: hay una modificación o transformación radical de finca: el solar desaparece, por decirlo así, y surge, casi *ex novo*, otra finca distinta, la urbana edificada. Confesemos que hay jurisprudencia anterior de la misma Dirección que hace dudar de este resultado: así la Resolución de 21 de septiembre de 1911, al decir que «expresándose en la escritura que el edificio hipotecado había sido construido por los consortes sobre un solar en el que existían dos casitas que había heredado la

esposa, se halla comprendido en las prescripciones del artículo 1.404 del Código civil, y, por tanto, la edificación debe reputarse ganancial, *pero no así el solar, mientras no conste abonado a la primitiva dueña*».

Tal inseguridad jurisprudencial es la que sin duda debe haber hecho vacilar a nuestro admirado LACRUZ, ya que escribe: «La destrucción del edificio *no parece que altere la condición consorcial* ya adquirida por el solar».

Esta poco firme actitud de nuestro autor, en contraste con la arriba nuestra expuesta, nos indujo a llevar el tema a coloquio al Centro de Estudios Hipotecarios, saliéndonos en seguida al paso la agilidad polémica de su Director, nuestro inteligente compañero JUAN JOSÉ BENAYAS, para quien—sin duda alguna—destruido el edificio, el solar recobraba su condición de bien privativo, ya que la excepcional accesión del artículo 1.404-2.º tenía su base, cual toda accesión en principio, en que lo principal absorbe lo accesorio, y como en el caso en cuestión lo principal y de más valor es la construcción, destruida ésta la accesión operada se derrumbaba por carecer de finalidad y causa.

Incluso existe—adujo—un argumento de texto: el artículo 79-1.º de la Ley Hipotecaria. Y de ello derivaba a la injusticia que supondría el que una casa o edificio de construcción antigua ocupado por inquilinos de rentas bajas y con un valor inferior a un millón de pesetas, por ejemplo, al destruirse y quedar convertido en solar, que por hallarse situado en barrio céntrico de gran urbe (Madrid, Barcelona, etc.) adquiriese automáticamente un valor de X millones (cinco, ocho diez), éste se traspasase al consorcio conyugal... Si a ello se añadía que esa destrucción pudo ser debida a incendio o terremoto, cuya indemnización, por seguro, también había cobrado el consorcio, la injusticia subía de punto. Porque—con viveza mental—siguió argumentando, nunca podría pensarse que el traspaso del solar y *pago de su valor* se hiciese en el momento de la construcción, pues ello supondría una compraventa entre marido y mujer, prohibida por el artículo 1.458 del Código civil.

Finalmente se ha de considerar que si al disolverse la sociedad conyugal se halla destruido el edificio, conforme a las reglas de los artículos 1.421 y 1.422, como se han de restituir los mismos

bienes—aunque sea inmueble dotal, cfr. artículo 1.367—, ni siquiera se procederá a su valoración, limitándose la operación a devolver al cónyuge el solar sobre el que se había edificado.

Cossío interpreta las Resoluciones reseñadas diciendo que «junto al problema de la titularidad que la Dirección de los Registros hace depender del previo abono al cónyuge del valor del solar, *lo que convierte al precepto más bien en una norma de liquidación de la sociedad ...*, por cuanto que no es fácil ni corriente que se haya llevado a cabo la valoración y pago de su importe al titular del solar, se suscita la difícil *cuestión* de determinar cuál sea el momento que ha de fijarse para tal valoración».

Para nosotros, insistimos, toda esta cuestión puramente *económica* no debe afectar a la *seguridad jurídica*. La misma Dirección, si bien nos fijamos, en su decisión de 1918 indica que los bienes puedan estimarse parafernales con arreglo a *una inexacta inscripción vigente...* Y es que, como dijimos, al inscribir la obra nueva se debé efectuar—sin alusión al solar que se subsume en aquélla—a favor de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas, y para la sociedad conyugal (artículo 95, regla primera del Reglamento Hipotecario).

Y contra Cossío y BENAYAS estimamos que no hay vinculación alguna entre los cónyuges en la estimación del solar al momento de la edificación, que se hará por mandato de la Ley, y, por consiguiente, la *voluntariedad* en la compraventa, que es lo que aquélla prohíbe, no puede verse.

Como dijimos atrás—siguiendo a LACRUZ—, el artículo 1.458 es de interpretación restrictiva: «venderse recíprocamente bienes», expresa, ¿y cómo puede deducirse entonces que la norma 2.^a del 1.404 entraña una compraventa?

Si se declara el valor del solar—como es frecuente—al hacer o manifestar la edificación, ése será un crédito que habrá de abonar la sociedad en su día (y aquí si que tiene razón Cossío cuando habla de que se convierte al precepto en una norma de liquidación de la conyugal); y si no se declara, se estimará para su abono por lo que valiera en el momento de la edificación. ¿No es más grave el supuesto del artículo 1.045 que, por más que se ensaye sobre su corrección y justicia no da lugar a dudas? Si fuéramos a jugar con los incrementos o plusvalías no habría, como

expresamos, seguridad jurídica alguna. Sin más, basta contemplar el fenómeno tan de ahora, de terrenos junto al mar, adjudicados en particiones por cantidades irrisorias.

En cuanto al argumento del artículo 79-1.º de la Ley Hipotecaria, subsumido, como dijimos, el solar en la total finca urbana, será preciso que desaparezca hasta el solar para la aplicación del precepto. Y respecto a la invocación de los artículos 1.421 y 1.422, envuelven una petición de principio, pues la accesión consumada no se destruye por la demolición de lo edificado, como pone de relieve el propio artículo 1.404-2.º, que sólo habla de abonar el solar.

Cossío, con la obsesión del artículo 1.458 del Código civil, cree que los cónyuges no deben estimar el solar en el momento de la edificación, sino *aplazarla* hasta la disolución de la sociedad. Pero entonces encontramos más acorde la apreciación de BENAYAS de aplicar directamente los artículos 1.421 y 1.422, adjudicando al antiguo propietario directamente el solar, sin apreciación alguna. Así—a nuestro juicio erróneamente—se viene haciendo, destruyendo la ganancialidad por dicho solar adquirida.

Poco hemos de decir sobre el artículo 1.406. Sólo, sí, advertir que no entra en su ámbito el billete de lotería adquirido en circunstancias en que la subrogación sea inequívoca, pues, como aduce LACRUZ, ni se trata de un juego en el sentido que da el artículo 1.406 a esta palabra, ni la modesta actividad empleada por el cónyuge para comprar el billete es valuable frente al precio del mismo.

Los frutos y rentas son la principal fuente de ingreso de la sociedad legal, por manar tanto de los bienes de ésta como de los privativos de los cónyuges (artículo 1.401-3.º). ¿Derecho de usufructo? ¿Crédito de la comunidad frente a los cónyuges? Como dice LACRUZ, ninguna de estas posiciones se ajusta a la disciplina del Código civil. Podría decirse que es un derecho especial, inaprensible, que el consorcio tiene a los frutos como cosa propia (ni siquiera asimilable a la situación de goce de los bienes dotales por el marido). Los frutos nacen ya destinados al consorcio, si bien a resultas de su liquidación...

Por lo mismo la matización respecto a donde alcanzan los *frutos* y que son éstos es materia harto delicada y en donde hemos

encontrado uno de los más finos atisbos de este gran jurista que es LACRUZ. Nos referimos a la propiedad intelectual, que para muchos de nuestros tratadistas (PÉREZ-ALGUER y CASTÁN, DE BUEN, MANRESA) recae en la comunidad, en virtud del artículo 1.401-2.º.

Como escribe LACRUZ, no analizan aquellos autores qué debe entenderse por propiedad intelectual, a efectos del momento en que debe recaer en la comunidad *el producto* de la inteligencia, el genio o la habilidad de uno de los cónyuges (PUIG PEÑA ya distingue entre los «productos» de esta propiedad y los *propios derechos* del autor o inventor, pero sin dar opinión definitiva). Y es que identifican la *propia obra*—realizada, claro, constante matrimonio—con los ingresos pecuniarios o *productos* que de su publicación provienen.

El derecho de propiedad intelectual no puede considerarse como un simple valor pecuniario, habiendo de tenerse en cuenta, al contrario, los estrechos vínculos que lo atan a la personalidad de su autor. En una palabra, es un derecho personalísimo, *privativo*, del mismo. Se podrán ensayar fórmulas para conjugar los opuestos intereses del autor y del consorcio. Hasta, incluso, considerarse si las reediciones posteriores a la disolución del matrimonio (con el término tope, para nosotros, que omite LACRUZ, del fallecimiento del cónyuge no autor) han de considerarse todavía como bienes comunes. Si se admitiera que los herederos del cónyuge no autor, fallecido éste, tienen derecho a los productos de las reediciones de la obra, sería tanto como concederles la mitad de la propiedad, esta propiedad temporal—también sin justificación admisible—que es la intelectual. Por ello nosotros llegamos hasta la posición extrema que combate LACRUZ, sustentada por BERTAULT y JAUBERT, de que las obras intelectuales o artísticas son, en todo caso, bienes privativos, como *productos*—no frutos—del genio de una persona. ¿Cómo muerto el autor puede pensarse que una cosa tan íntima—su genio—sea ganancial? Su asimilación al *trabajo* del torero sería absurda...

En línea parecida, pero más débil, podemos considerar a las llamadas participaciones sociales en las sociedades de persona (véase artículo 1.696 del Código civil y 143 del Código de comercio). Pero este carácter personal de las participaciones no obedece a un derecho de la personalidad, sino a una situación convencional,

expresa o presunta de las partes: es ese *intuitu personae* con que nacen de un matiz singular, por ejemplo, la imposibilidad de transmisión a un tercero del derecho de gestión o control de los asuntos sociales, derechos adheridos a la condición de socio que no impiden, empero, que esa misma condición sea teóricamente transmisible. En suma, que el carácter personal es establecido, no en interés del titular, sino en el de sus asociados.

Claro es que esta inherencia es distinta del contenido patrimonial o *emolumentum*, que es transmisible y puede hacerse bien común.

De lo expuesto resultará que se podrá ser comunero en una participación, pero no inmiscuirse, por carecer de derecho, en la gestión social. Es el punto de vista de la Sentencia de 18 de enero de 1962. Se desprende que los derechos pecuniarios de la participación serán susceptibles de ingresar en el activo consorcial.

Harto delicado el problema de los seguros de vida, que LUIS RIERA estudió hace años magistralmente, y cuyo criterio en el punto de si el capital del seguro es o no ganancial, fué resuelto, en sentido negativo, como dicho autor proponía, por la Dirección General de lo Contencioso en 23 de abril de 1923, admite todo esto de los seguros, repetimos, variedad de matices que analiza LACRUZ y que la finalidad de estas notas nos obliga a omitir. Como sucede con las rentas vitalicias, salvo aquellas que constituidas por ambos cónyuges, en favor de los dos y reversible sobre la cabeza del sobreviviente, tienen un fondo y finalidad semejantes a las compras con pacto de sobrevivencia, páginas atrás estudiadas y que, como allí dijimos, no es donación, adquisición unilateral de un cónyuge, etc., sino que tiene un claro matiz de onerosidad, porque cada cónyuge puede ganar o perder, y la ganancia de uno es correlativa a la pérdida del otro. Contrato aleatorio, en una palabra, para asegurar el futuro al que sobreviva.

Como no podía menos, en el entresijo analizado de bienes comunes y privativos, el Código dedica una sección a las deudas (con otra denominación: la de cargas y obligaciones), que es congruente con el sistema de gestión del patrimonio conyugal.

Y ante todo nos topamos con la cuestión crucial, tan debatida, del choque—nunca mejor empleada la palabra—de los artículos 1.408-1.º y 1.413 (reformado). El texto de aquél es claro: de

todas las deudas, o sea, tanto de las contraídas en servicio del consorcio y las puramente personales, *responde* la masa común. Para exonerarlas son precisas—y esto ya de antiguo—el *fraude* o la *contravención del Código* (artículo 1.413-3.º y 1.415).

El 1.413 (reformado) al exigir el consentimiento de la mujer para la disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles, ¿ante un simple acreedor que contrató de buena fe con el marido, impide la realización del valor de aquellos bienes para hacerse pago de sus créditos si no concurre la esposa?

He aquí la cuestión—aparte preceptos de rango inferior, posteriormente dictados—, que nuestro compañero PARRA JIMÉNEZ admirablemente planteó y resolvió. La intervención de la mujer, supuesto el apremio, el cumplimiento forzoso de la deuda, es un *plus* innecesario.

El artículo 1.413 no ha derogado, como dice bien LACRUZ, el 1.408-1.º, que sigue manteniendo *erga omnes* la responsabilidad de los gananciales.

El criterio oficial—según contestó el Ministerio de Justicia a una moción del Consejo Superior Bancario—es contrario a esta solución.

Y así surgió el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, exigiendo sea *demandada* la mujer. Esto que podría admitirse en un juicio declarativo, no se comprende en los ejecutivos, de resultados tajantes y que—por añadidura—de haberse despachado ejecución contra la mujer, hubiera resultado catastrófico—dice, en síntesis BATALLA—. Por ello los Juzgados se niegan a que sea demandada la mujer. Como fórmula o buscando una solución propone LACRUZ la de dirigir la demanda contra el marido en calidad de deudor y contra la mujer *exclusivamente a los efectos del artículo 1413*, despachándose la ejecución contra aquél. Esta tesis parece haber sido recogida por las Resoluciones de 11 y 20 de febrero último (aunque la última hace dudar), que en su día glosaremos. La venta, como indica ROCA SASTRE (todo en sentido práctico), efectuarla los dos esposos, si es posible, y por el que no se presente, el Juez. Solución que hay que reconocer se conforma con el requisito del tracto sucesivo cuando por la reforma reglamentaria figuran los bienes a nombre de ambos cónyuges en el Registro.

Analiza con maestría LACRUZ todo lo referente a las «deudas»

de que es responsable el consorcio, pues si bien nos fijamos de la palabra «contraídas» del artículo 1.401-1.º, parece llegarse a la conclusión de que sólo a las obligaciones contractuales se refiere, salvo, claro, que el patrimonio común responda por los restantes en la forma prevista en el artículo 1.410.

Sin embargo, cuando la culpa en que hubiera incurrido el marido en la gestión de los intereses comunes resulte en algún modo compartida por la mujer, no se verificará la computación ordenada por el 1.416, y será admisible la ejecución dirigida directamente contra los bienes gananciales, sin hacer excusión en los del marido y sin que nada pueda reclamar la esposa.

Es el caso, para el Profesor LACRUZ, o enfoque, mejor, que debió darse a las Sentencias relativas a tercerías de dominio interpuestas por la mujer, para salvar la mitad de los gananciales de sanciones impuestas por infracción de leyes sobre abastecimientos, pues de esta gestión marital, ilícita, se aprovecha toda la familia.

Recogiendo la profusa literatura vertida es notabilísima la sistematización que hace el Profesor LACRUZ, que pasamos a exponer en síntesis, en cuestión tan trascendental, cual es la de disposición de bienes gananciales sobre inmuebles y establecimientos mercantiles.

Sabemos que las Cortes rechazaron una disposición transitoria excluyendo la aplicación del artículo 1.413 a los matrimonios celebrados antes de la reforma. Para nuestro autor la alegación del Profesor DE CASTRO de que la Ley reformada ha de entenderse como condena implícita de los poderes concedidos al marido en la Ley anterior, por excesivos y peligrosos, es definitiva. Ya dijimos que para nosotros implica una alteración del régimen matrimonial.

Y en el análisis del artículo—dice LACRUZ—, que empezando éste hablando de «enajenar y obligar» como facultades, a más de la de administrar, del marido, cual muestra de distinción jurídica y formal, al constreñirse después «a los actos de disposición», debe entenderse que son puramente los de *transferencia*. Un tanto escolástico, la verdad, encontramos esto, pues literalmente entendido debíamos excluir, por ejemplo, la hipoteca.

Y llega a más LACRUZ, pues según él el sentido general del precepto aconseja excluir, entre los *actos de disposición* aludidos,

aquellas *enajenaciones* que, al propio tiempo, sean actos de administración. En este caso incluye el del constructor que adquiere terrenos y vende la edificación por pisos. CÁMARA, para este caso (o el del traficante en fincas que no actúa sólo como comisionista, sino que revende lo adquirido), preconiza la licencia judicial general, lo cual, si difícil de obtener, lo consideramos más ortodoxo que lo que nuestro admirado LACRUZ defiende, basado en que son actos que mudan la sustancia del patrimonio inmobiliario y no el capital de maniobra.

Comprende LACRUZ, entre los actos de disposición, la división, la transacción y el compromiso.

No precisan el consentimiento uxorio, en cambio, aun tratándose de actos que jurídicamente son de disposición: a) si se limita el marido a cumplir una obligación legal, por ejemplo, la enajenación en virtud de retracto; b) expropiación forzosa. En contra, Cossío, como proveniente de ser un procedimiento administrativo, confirmado, además, por la regla segunda del artículo 32 del Reglamento Hipotecario en correspondencia con el 95 del mismo; c) cancelación de hipotecas: aunque aquí LACRUZ, con ponderación, en este debatido asunto dice «que aunque se aceptase la tesis negativa (BORRACHERO, LA RICA, Cossío, etc.) respecto a las inscripciones practicadas después de la reforma, el marido podría cancelar las hipotecas constituidas en favor suyo, con aseveración de su mujer, de tratarse de dinero privativo (véase Resolución de 2 de noviembre de 1959 y nuestra nota en página 104, año 1960, esta Revista); d) cumplimiento de obligación convencional contraída con anuencia de la mujer: venta en ejecución de promesa de venta o derecho de opción, pacto de retro, y e) constitución de hipoteca sobre inmueble, en el acto de adquirirlo por compra, y en garantía de precio aplazado, y así también la adquisición de un inmueble con pacto de retro: económicamente equivale a la adquisición del inmueble con el correspondiente gravamen.

Aunque a ello no se refiere LACRUZ, por su importancia para los Registradores Mercantiles, traemos a colación el problema de la venta de buque que, según el artículo 585 del Código de comercio, tiene la consideración de mueble, pero que a los efectos de su hipoteca es conceptuado de inmueble (artículo 1.º de la L. H. N.).

Ello nos lleva—como apunta Cossío—al contrasentido de que el marido podrá hipotecarlo. CÁMARA trata de solucionar el asunto expresando que si el marido (o la mujer) son navieros, es decir, explotan comercialmente sus propios barcos, éstos pueden considerarse como «establecimiento mercantil». De lo contrario, o si se trata de embarcaciones no destinadas al comercio (por ejemplo, buques de recreo) no cabe tal asimilación y el marido podrá disponer de los buques gananciales por sí solo.

¿*Quid* en cuanto a la idoneidad hoy tan en uso de la codisposición de gananciales por marido y mujer que la Dirección, aunque la acepta, reconoce «que en buena técnica civil lo más conveniente es que hubiera dispuesto sólo el marido, con el consentimiento de la mujer? (Resolución de 1 de marzo de 1963).

Para LACRUZ, si en la palabra «obligar» está comprendida o no la de «enajenar» (véase artículo 1.416), es cuestión intrascendente, porque la posibilidad de obligar o enajenar la mujer el patrimonio ganancial por voluntad (*consentimiento*) del marido nace del artículo 1.259 del Código civil y la imposibilidad de hacerlo sin esa voluntad se deduce de los artículos 1.408, 1.412 y 1.413. El artículo 1.416 es, así, todo él, y no sólo en su segunda parte de mera referencia.

A lo más—añade—, y para quien no acepte la interpretación por él dada al artículo 1.410 (léase), el 1.416 reiteraría la irresponsabilidad de los gananciales por deudas de la mujer, afirmación, entonces, menos obvia que la de la inhabilidad de ésta para disponer de los bienes consorciales.

En definitiva, para LACRUZ lo único preciso para la enajenación conjunta es la concurrencia de las dos voluntades, dirigidas a la enajenación.

No lo entendió así ESCOSURA. ALFONSO DE Cossío, con referencia a CÁMARA, que reconoce ser propia del marido la facultad dispositiva de gananciales, escribe que «la mujer para enajenar los gananciales, siempre que sea el marido quien ostente la administración de la sociedad conyugal, precisa la conformidad de su esposo, que equivale a una delegación de facultades y no requiere especiales discriminaciones. La naturaleza ganancial del bien determina por sí sola la imputación a la sociedad y también al marido de las responsabilidades que se derivan del acto dispositivo

(artículo 1.421 y 1.422), y así debe ser, puesto que el titular del poder disposición a título oneroso es el marido, de cuya voluntad no puede prescindirse en ningún caso. *Si la mujer asume el papel de parte en el negocio puede resultar comprometida, además, su propia responsabilidad personal*».

Nos parece ésta la solución correcta. Como estimamos—según dijimos en la página 556, año 1963—, también en coincidencia con Cossío, «que solamente cuando la mujer actúe como mandataria o representante de su marido, podrá, dentro de los límites de su poder vincular a la sociedad conyugal». Por lo mismo, esa «concurrentia de las dos voluntades dirigidas a la enajenación», si en interpretación generosa—admitida, como hemos dicho por la Dirección—puede aceptarse como el *poder* que da el marido para el acto a su mujer, en manera alguna puede, además, entenderse que le desliga de su propia responsabilidad. No iba, pues, tan descaminado el Registrador cuando afirmaba que—en criterio restrictivo—, es decir, al no ver en la codisposición ni *poder* por parte del marido a su mujer ni *consentimiento* por parte de ésta a aquél podría, judicialmente, derrumbarse la venta conjunta de ambas. Sutil y excesivo esto, pero no carente de razón.

¿Es inderogable el consentimiento uxorio? Entendemos con LACRUZ que no es de orden público y puede excluirse en capítulos matrimoniales. Y que celebrado el matrimonio, la mujer puede conceder al marido consentimiento general, siquiera revocable.

En cuanto a la naturaleza del consentimiento uxorio, nos parece acertadísimo lo que escribe LACRUZ respecto a la semejanza del mismo con la licencia que el marido da a la mujer para los actos en que la precisa. Parecidamente, Cossío.

Pero entendemos con CÁMARA en que no es inscribible la escritura en que falta el consentimiento de la mujer. Ni aún puede autorizarse. Fijémonos en que el artículo 94 del Reglamento Hipotecario reformado, posterior al Código, alude sólo a la inscripción de actos otorgados por mujer casada sin licencia de su marido, y no al caso inverso.

La autorización judicial sabemos es defectiva. ¿Podrá ser general? Si la mujer ha sido declarada ausente, incapaz o pródiga, rebelde en causa criminal o impedida absolutamente, nos parece indudable, con CÁMARA.

Para la disposición de gananciales a título gratuito rige el artículo 1.415. La regla general es la exclusión de las donaciones del poder de *administración* del marido. La regla se concreta—como hemos dicho—a los bienes comunes, pero—observación sutilísima de LACRUZ—«una donación de bienes privativos del marido que perjudicase gravemente los ingresos consorciales, acaso podría impugnarse como fraudulenta». En aras a la brevedad y como ampliación de lo expuesto sobre donaciones de gananciales, véase nota nuestra a la Resolución de 13 de diciembre de 1963. Rebati-mos la ingeniosa tesis de Cossío, según línea por nosotros seguida y palabras de LACRUZ.

El artículo 1.413 que examinamos contiene otros dos apartados que brevisimamente vamos a glosar. El primero de ellos o segundo del artículo, complemento de su precedente, está proyectado hacia el futuro, o sea, para evitar el peligro en que pueden poner al patrimonio ganancial ciertos actos del marido, y ello mediante la adopción de medidas preventivas y no mediante la rescisión de los negocios jurídicos anteriormente celebrados (materia, como veremos, del tercero y último apartado del artículo 1.413).

¡Pero es tan difícil precisar el concepto de «acto arriesgado»! Sólo la mujer está legitimada para solicitar las medidas de aseguramiento, aunque, como apunta con excelente juicio BONET, si la mujer no puede ser árbitro porque carece de arbitrio (enajenación mental), su representante legal, que será el Protutor (no el tutor, su marido, cfr. artículo 280 del Código civil), podrá pedir al Juez la adopción de medidas cautelares. Estas, como apunta LACRUZ, no suponen en principio una sanción, sino sólo una garantía, por ejemplo, limitación de facultades o del poder de administración. Pero nada que suponga alteración del régimen matrimonial. Mas estas limitaciones o correcciones, ¿no lo alteran?

En cuanto a los actos ilegales o fraudulentos (apartado 3.º), la *contravención legal* puede interpretarse desde una administración torpe, negligente, hasta a la infracción de algún precepto; el fraude de los antecedentes históricos pudiera deducirse sólo comprendiendo el desplazamiento a tercero con apariencia onerosa del patrimonio ganancial. Ahora bien, como escribe LACRUZ, será difícil trazar la frontera entre *ilegalidad* y *fraude*, pues borrada aquella proyección histórica, un *abuso de poder* del marido que beneficie

a un contratante en daño del consorcio, nos sitúa en cualquiera de los conceptos apenas dibujados.

Lo esencial es cuando se puede o puede la mujer accionar con plena efectividad frente a la contravención o el fraude. Pero ante el precepto—1.413-3.º—, aunque las posibilidades de la mujer son ilimitadas, por desgracia, como escribe LACRUZ, ni la doctrina hasta estos últimos tiempos ha sido demasiado expresiva, y menos la jurisprudencia que, en principio, sólo permite hacer efectivos los derechos de la mujer a la disolución del consorcio.

Pero hay más. MANRESA e ISABEL estimaron que para prevenir todo perjuicio en el futuro, podía la mujer anotar preventivamente sobre los inmuebles su derecho a la nulidad de los actos para cuando llegase el momento de la liquidación de la sociedad. Pero, como ha señalado el maestro CASTÁN, el Tribunal Supremo ha limitado la acción a lo que podíamos llamar mera constatación del fraude: «una especie de información *ad perpetuam* hecha en forma contradictoria para mayor solemnidad».

Esta posición de la jurisprudencia, dice LACRUZ, ha sido superada por la doctrina más moderna, la cual, sea partiendo de la analogía con la pauliana, sea del concepto de ineficacia relativa, llega a configurar una acción contra el marido, y en su caso el tercer adquirente, que permite, constante matrimonio, enmendar el perjuicio causado a la mujer.

El *quid* está en que prospere.

VIII

Al disolverse la comunidad de gananciales (cfr. artículo 1.417 del Código civil) se origina una situación singular: el conjunto de los bienes continúa perteneciendo a los cónyuges, y, por tanto, sin cuotas determinadas sobre los bienes concretos, pero ya no es el patrimonio de una comunidad conyugal... ¿Se transforma su naturaleza? He aquí el porqué de la discusión que nuestro autor califica de un tanto pintoresca, pues continuando igual en el fondo o contenido, sólo el nombre la hace variar: Resolución de 20 de octubre de 1958, inspirada en la postura de Roca: «falta la específica adscripción de los bienes a la satisfacción de las necesida-

des del matrimonio», que impedía que funcionara como vulgar "comunidad por cuotas.

Pero esto que respecto a la cuota de activo es innegable no se cohonestaba respecto al pasivo, que no se transmite al titular de la cuota en cuanto tal; pues las deudas se asumirán desigualmente a la escisión en la proporción en que marido y mujer estuviesen obligados. Marido y mujer siguen estando presentes como si el patrimonio conyugal no se hubiera disuelto respecto a las deudas.

Por ello nosotros—y reconociendo que acaso se califique de retrógrada la postura—estimamos con MANRESA de peligrosa la facultad—hoy legalizada: artículo 93 del Reglamento Hipotecario—concedida al viudo para enajenar sus propios bienes sin necesidad de *liquidar* la sociedad conyugal. El argumento en contra de nuestro admirado LACRUZ no nos tranquiliza: se resuelve en *obligaciones* de reintegros y pagos, sin ninguna garantía. Como él mismo escribe con elegante precisión en la disección que minuciosamente hace de la materia, «el patrimonio ganancial, no siendo sujeto de derecho, no es deudor, y sí, simplemente, responsable. Por eso las deudas no se transmiten al que sucede en él, sino al que sucede al cónyuge deudor»... Por si no fuera bastante la misma Dirección y el Supremo complican la cuestión sobre la responsabilidad del consorcio postmatrimonial, pues si bien el alto Tribunal, con buena técnica, hace responsable al heredero y no a la comunidad conyugal, respecto a la obligación por aquél contraída con posterioridad a la *disolución* de aquélla (sin liquidar, Sentencia de 13 de febrero de 1941), la Dirección, por no estar la misma *liquidada*, hizo responsable al consorcio del impuesto de la renta *personalísimo* del viudo correspondiente a periodo posterior a su *disolución* (Resolución de 22 de febrero de 1946).

Como demuestra LACRUZ, hay una diferencia fundamental por la que a las deudas de la herencia y el consorcio conyugal respecta, ya que—aparte artículos del Código que a la primera se refieren, que regulan la cuestión: 659, 661 y 1.003—se justifica porque los herederos reciben los bienes *gratis*, y reciben precisamente los bienes que pertenecían al deudor, siendo natural que la Ley les asigne las deudas, mientras que el cónyuge reciba bienes que eran ya suyos, y que en principio representan un remanente

libre de deudas, por lo cual no deben responder de las que impen-sadamente aparezcan luego.

Con esto la renuncia a los gananciales ha dejado de cumplir aquella misión tradicional de liberar a la esposa de las deudas que pudieran advenirle como personales suyas (si no hacía uso del beneficio de inventario).

No obstante hay artículos en el Código que parecen redactados como si todavía la mujer, al recibir su parte de gananciales al liquidarse el consorcio, quedase obligada correlativamente y *ultra vires* por las deudas que lo gravan, según puede suceder en el derecho francés; cumpliendo entonces la renuncia una función análoga la repudiación de la herencia. Así los artículos 1.364, 1.394 y 1.418.

En relación con el resto del sistema, resulta de estos textos, según LACRUZ: a) que la renuncia se refiere a la cuota del cónyuge en la comunidad, y no a un régimen matrimonial; b) que la renuncia sólo puede hacerse una vez disuelta la sociedad de gananciales; c) que la renuncia puede hacerse por cualquiera de los cónyuges, aunque las consecuencias, dada la diferente posición que ocupan ambas en la sociedad, no sean exactamente las mismas, y sí sólo parecidas.

Demuestra LACRUZ cumplidamente estos asertos, recordando, respecto al artículo 1.364, la ingeniosa tesis de GONZÁLEZ PALOMINO de que, cuando la mujer, disuelto el matrimonio, renuncia a su parte de gananciales hay «una efectiva alteración del régimen matrimonial *a posteriori*», o sea, «la conversión retroactiva de la sociedad de gananciales en régimen dotal», lo cual, quiérase o no, en la liquidación no deja de ser verdad (es afirmación nuestra).

Con respecto a las *consecuencias* de la renuncia, en particular al *acrecentamiento* en favor del otro cónyuge, resuelto afirmativamente en 2 de febrero de 1960 por la Dirección, nos remitimos a nuestra nota a la misma y más concretamente a la de 6 de febrero de 1958 (páginas, respectivamente, 261, año 1960, y 575 a 582, año 1958, esta Revista).

¿Y si renuncian unos herederos y aceptan otros? La doctrina se pregunta si la porción renunciada acrece sólo al viudo, o sólo a los coherederos, o a unos y otros en proporción a su cuota.

Para LACRUZ la cuestión se plantea de modo equivoco. Una vez

aceptada la herencia—escribe—cada heredero es cotitular *in genere* de los bienes relictos: no de cuotas en bienes concretos, de modo que mientras la herencia no se divida, la renuncia a la comunidad sólo puede ser una decisión colectiva. En tal supuesto, la voluntad de aceptar o repudiar no puede referirse a una parte de la comunidad y no cabe plantear el problema. Pero, dividida la herencia, la cuota de gananciales se adjudicará *pro parte* a todos los herederos, y entonces el acrecimiento favorecerá a *todos los partícipes* en la masa de gananciales, y, por tanto, incluido el viudo. Es un caso de cotitularidad ordinaria por cuotas desiguales y debe regir la norma ordinaria del acrecimiento. En síntesis: no ha lugar al acrecimiento limitado entre los coherederos, sino que el acrecimiento funcionará entre el cónyuge y el sucesor o sucesores no renunciantes, al quedar dueños por entero del activo consorcial. Original la postura de LACRUZ. ¿Tomará el viudo en proporción a su mitad ganancial otro tanto, en proporción también en la del heredero o herederos renunciantes? No vemos, confesamos, clara la solución ni aun el problema.

Como se deduce a través de cuanto llevamos expuesto; en derecho español la reconstrucción de las masas patrimoniales para efectuar la liquidación de los gananciales se hace sobre la base de «bienes», y sólo subsidiariamente de *valores*, o sea, para saber el precio de los bienes vendidos o la cantidad de dinero que se confundió con la masa consorcial, para su restitución a los cónyuges.

Y entonces, ¿el inventario ha de limitarse a los bienes comunes? Así parece, aunque esto no excluye de redactar, con absoluta separación de aquéllos, el de los privativos de los cónyuges para su contraste y ayuda a la *liquidación total*, esto es, del consorcio y de las masas restantes patrimoniales.

Según sabemos de las deudas propiamente gananciales, responden exclusivamente los bienes comunes y los propios del marido, en modo alguno los dotales y parafernales. Pero, ¿y si aparecen después de la liquidación otras deudas gananciales? Se habrá de delimitar respecto de la mujer lo que se le adjudicó en pago, por ejemplo, de bienes suyos vendidos, de lo que se le adjudica por gananciales (que serán responsables). De ahí la razón, para Cossío, de que se haya considerado, a través del artículo 1.428,

que son de aplicación al caso las normas que regulan el beneficio de inventario.

Como no podía menos hace un minucioso análisis LACRUZ de todas las operaciones, y en capítulo especial se refiere a otros regímenes económicos matrimoniales como los de comunidad universal, separación absoluta de bienes impuesta legalmente (cfr. artículo 50, en relación con el 45 del Código civil), el dotal del artículo 1.364, tan desventajoso para la mujer, como el especial del 1.435, que es ya una situación anormal del matrimonio, y en ésta la de la llamada «separación judicial» de los artículos 1.432 a 1.440 del repetido Código; finalizando con lo referente a la administración y enajenación de los bienes del matrimonio en circunstancias anormales (artículo 1.441 y siguientes).

* * *

Del enunciado de este trabajo se deduce que nos hemos limitado al extracto o recensión de «algunos» de los múltiples problemas relacionados con la economía matrimonial del *Derecho de Familia*, de don JOSÉ LUIS LACRUZ. Del mismo libro forma parte el trabajo que en el número septiembre-octubre del pasado año, de esta Revista, *Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral*, dió a conocer su autor. A él remitimos al lector y, sobre todo, al conocimiento total de la obra en la que ha colaborado el Profesor don FRANCISCO DE A. SANCHO REBULLIDA, en los capítulos II al IV.

Cuanto con ocasión de la recensión de su libro *Derecho de sucesiones* expusimos (año 1962, págs. 174 y sigs. de esta Revista) queda aquí ratificado. Desde la brillantez y novedad de exposición, aportación científica, ideas propias, personalísimas del señor LACRUZ BERDEJO... Todo ello, si es posible, superado.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.