

La separación de hecho y la sociedad de gananciales

MANUEL de la CÁMARA ALVAREZ
Doctor en Derecho
Notario

(CONTINUACIÓN Y CONCLUSIÓN)

IV

INEXISTENCIA DE CONVENIO

Hasta aquí, hemos examinado la separación de hecho como problema que los cónyuges tratan de resolver de común acuerdo con mejor o peor fortuna. Pero en muchísimos casos, que seguramente constituyen mayoría, este acuerdo no existe. Bien porque no se llegue a él, bien porque ni siquiera se intente. En los supuestos de ruptura violenta, o de abandono, falla la serenidad necesaria para entablar negociaciones con probabilidades de éxito, y, a veces, falta hasta la posibilidad material de iniciar un diálogo. Parece lógico que en estas situaciones extremas, el cónyuge que se crea inocente acuda a la separación judicial. Sin embargo, no siempre es así. La carencia de recursos económicos, la ignorancia, el justificado temor al Juzgado, el miedo al escándalo, o simplemente la inercia, el no sentirse con fuerzas para luchar, anulan la iniciativa del cónyuge que hubiera podido tomarla. A veces, cuando el trauma de la separación pasa por su período algido y la indignación y el apasionamiento fluyen a borbotones, como brota la roja sangre de una herida recién abierta, se proyectan actitudes enérgicas y se fulminan mentalmente castigos y venganzas, legales o íntimos. Vienen entonces las consultas a los abogados, que siempre parecen fríos o indiferentes, y hasta se solicitan las medidas provisionales del artículo 67 del C. c. Pero no es extraño que después de recorrer los primeros pasos de ese largo y penoso camino que es la separación judicial el que lo ha emprendido se detenga y deje las cosas como están. La tempestad forense se disuelve en el vaso de agua de la pasividad. Los cónyuges, especialmente si cesan las provocaciones recíprocas, o si el culpable se quita de en medio, adoptan una actitud conformista y cada cual sigue la vida por su lado dejando latentes y sin solución, por el

momento, todos los problemas inherentes a su anómala situación. Claro está que hay muchas separaciones que evolucionan de modo diferente y se zanján con una sentencia. Pero como este trabajo versa exclusivamente sobre la separación de hecho, a nadie podrá extrañar que no me ocupe de las cuestiones, importantes y complicadas, que surgen en torno de la separación judicial, y mientras ésta se tramita.

La posición jurídica de los cónyuges separados de hecho, que no han puesto de su parte nada para clarificarla, es mucho más delicada y compleja que de la de aquellos esposos que han tenido el buen sentido de llegar a un convenio. Esa especie de armisticio que es el pacto de separación crea un "statu quo" que será todo lo frágil que se quiera, pero que, mientras sea respetado, facilita un "modus vivendi", más o menos confortable según las circunstancias, y que permite eludir, por de pronto, ciertos problemas que en otro caso pueden crear dificultades punto menos que insuperables. De estos problemas y de estas dificultades voy a ocuparme ahora, si bien, y como ya advertí al comienzo de este ensayo, estudiaré exclusivamente los que tienen fisonomía económica o patrimonial, y a aun éstos en cuanto guarden relación con la sociedad legal de gananciales.

Como he recordado anteriormente, la situación jurídica de la mujer casada separada de hecho es mucho más grave y difícil que la del varón. Por eso, también aquí voy a considerar primero la materia desde el punto de vista de los intereses femeninos, para lo cual conviene recordar que los problemas jurídicos que en el orden patrimonial plantea la separación de hecho a la mujer casada proceden principalmente de dos causas: la limitación de su capacidad patrimonial, y el dato de que sus derechos sobre el patrimonio común, "mientras está vigente la sociedad de gananciales, son prácticamente expectantes, o se traducen, exclusivamente, en medidas de tipo defensivo (170). De acuerdo con este planteamiento estudiaré con separación las cuestiones siguientes: alcance de la incapacidad que afecta a la mujer casada, con especial referencia de los supuestos en que no necesita licencia de su marido; medios de remediar la incapacidad posible, ingerencia de la mujer separada de hecho en la administración o disposición de los gananciales y valor jurídico de los actos que realice sin cumplir todos los requisitos que la Ley exige para su plena eficacia. Como casi todos estos temas han sido ampliamente debatidos por la doctrina no es necesario, obviamente, que yo los aborde en toda su extensión. Basta con que destaque el especial relieve que ofrecen de cara a la separación de hecho, y con que aventure, si se me permite, alguna opi-

(170) Empleo la expresión "expectante" en sentido figurado. No quiero, pues, significar que los derechos de la mujer, constante el matrimonio, estén, según decía la antigua doctrina, solo "in habitu" y no "in actu", ni, por tanto, que hasta la disolución de la sociedad sólo sea titular de una expectativa en sentido técnico. Estas posiciones, hoy superadas, fueron igualmente rechazadas por mí en el citado trabajo *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, pág. 87.

nión personal sobre ciertos extremos que para mí no están suficientemente aclarados, ni, en algunos casos, bien resueltos.

A) AMBITO DE LA INCAPACIDAD PATRIMONIAL DE LA MUJER CASADA

Como he indicado al exponer mis ideas sobre el fundamento y la naturaleza de la licencia marital, los artículos 60 y 61 del Código civil, y los demás que constituyen aplicaciones particulares de lo que disponen dichos preceptos, alcanzan íntegramente a la mujer casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales. Por el contrario, y según he procurado demostrar, estimo que esas normas no deben afectar a la mujer que se casa con separación de bienes, y, en todo caso, me parece posible integrar definitiva e irrevocablemente su capacidad mediante una licencia conferida en capitulaciones matrimoniales. Pero dado que el objeto de nuestro estudio es únicamente la separación de hecho en relación con la sociedad de gananciales, y como casi nunca se otorgan capitulaciones de no ser para excluir totalmente el régimen legal, esto implica que nuestra tarea consiste ahora en enfrentarnos con la interpretación y aplicación de aquellos artículos. El interés práctico de esta labor llega a su cenit, precisamente al referirla a la separación de hecho. Los esposos bien avenidos resuelven en la intimidad sus problemas económicos, de tal modo que el otorgamiento de la licencia suele ser tan sólo el cumplimiento de un mero trámite, necesario para que el acto jurídico, previamente decidido de común acuerdo, surta la plenitud de sus efectos. Las dificultades nacen de la desarmonía y suben de punto si la convivencia cesa en pleno clima de hostilidad. Por esto la separación de hecho viene a ser algo así como el banco de pruebas donde hay que constatar el funcionamiento de las normas atinentes a la capacidad jurídica de la mujer casada.

La doctrina, cuando trata de señalar los límites y la extensión de la capacidad patrimonial de la mujer casada, se muestra un tanto perpleja al comparar los artículos 60 y 61 del Código civil con el 1.263-3.º del mismo cuerpo legal. Así se dice que: "mientras el artículo 1.263-3.º parece considerarla (la incapacidad) como simple excepción pues al señalar las personas que no pueden contratar se refiere a las mujeres casadas en los casos expresados por la Ley, los artículos 60 y 61, al establecer con fórmula tan comprensiva que el marido es el representante de su mujer, y que ésta no puede adquirir enajenar, ni obligarse, parecen llevarnos a la conclusión contraria" (171). Planteadas la presunta contradicción, y en trance de resolverla, los autores más progresivos afirman que toda incapacidad debe ser interpretada de modo restrictivo, y, por tanto, si algún resquicio queda entre los preceptos del Código que sancionan las diversas incapacidades debe aprovecharse para reconocer, en el punto concreto de que se trate,

(171) CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*. 1949, tomo I, vol 2, pág. 393.

la capacidad de la mujer (172). Por mi parte nada tengo que oponer a este criterio interpretativo, en lo que tiene de favorable a la capacidad de la esposa, pero sí me importa subrayar que, por desgracia, y a la hora de sacar las consecuencias de esa declaración de principio todo queda prácticamente en agua de borrajas. Me viene a las mientes, sin poderlo remediar, la aguda frase de un ilustre compañero quien con razón dice que “en derecho todo lo que no son efectos es simple literatura”.

Para no limitarse a hacer literatura en materia tan importante y delicada, es menester, ante todo, replantearse el problema sistemático que comporta la confrontación de los artículos 61 y 1.263-3.º del Código civil. En este orden de cosas hay que empezar por reconocer que la contradicción de los dos preceptos, si se les sitúa en el mismo plano, es cierta e insalvable. El artículo 61, al menos para los contratos “sensu stricto”, es decir para los creadores de obligaciones, que son, precisamente, los contemplados por el artículo 1.263-3.º, sanciona una limitación general a la capacidad de la mujer para celebrarlos, si bien admite que pueda llevarlos a cabo “en los casos y con las condiciones establecidas por la Ley”. En cambio el artículo 1.263-3.º nos dice que sólo en los casos previstos por la Ley no podrá la mujer prestar su consentimiento. La contradicción, a mi juicio, y según ya puse de relieve anteriormente, sólo puede evitarse si se admite que ambos artículos enfocan al problema desde una perspectiva diferente, y se acepta que mientras el artículo 61 está pensando en la capacidad de la mujer casada bajo el régimen de gananciales y es, por tanto, consecuencia del artículo 59, el artículo 1.263-3.º contempla la capacidad contractual de la mujer casada en general, abstracción hecha del régimen de bienes que rija su matrimonio. De esta forma la incapacidad del artículo 61 (por lo que respecta a la asunción de obligaciones por contrato) puede considerarse recogida en el artículo 1.263-3.º, si bien, por referirse el primer precepto únicamente a la mujer casada en régimen de gananciales, y no a toda mujer casada, se justifica que el 1.263-3.º no considere esta incapacidad como incapacidad general.

Delimitadas las relaciones recíprocas entre los artículos 61 y 1.263-3 del Código civil, de acuerdo con la orientación que anteriormente había quedado apuntada, cumple que abordemos directamente el análisis del primero de dichos preceptos. He dicho que éste artículo sanciona una limitación a la capacidad de carácter “casi” general. Conviene aclarar lo que quiero significar con esta expresión tal vez un tanto ambigua. Considero que la limitación de capacidad a que se refiere el artículo 61 es de orden general porque se proyecta sobre grupos genéricos de actos jurídicos (según resulta de las expresiones “adquirir a título oneroso o gratuito”, “enajenar”, “obligarse en general”) y no sobre tipos negociales concretos. En consecuencia,

(172) DE BUEN, cit. por CASTÁN, obra y lugar citados, quien hace suya esta opinión.

cuando al examinar la regulación de un determinado contrato o acto jurídico no encontramos en ella norma ninguna que, directa o indirectamente, aluda a la capacidad de la mujer para realizarlo tendremos que pronunciarnos por la falta de capacidad, siempre y cuando, claro está, que el acto pueda ser subsumido dentro de alguna de aquellas categorías genéricas (172 bis). Pero la falta de capacidad establecida por el artículo 61, aunque es de tipo general, en el sentido expuesto, no lo es totalmente, ni tiene, por consiguiente, carácter absoluto. En primer término porque el propio artículo 61 nos dice que la mujer casada podrá celebrar los actos que en principio le prohíbe realizar "en los casos y con las formalidades previstas por la Ley". Este inciso incluye, desde luego, los supuestos en que la mujer puede actuar sin licencia de su marido, pero es que, además, y dado que se remite a la regulación que en cada caso se haga del problema permite que éste se resuelva poniendo en juego, previamente, las normas concretas que directa o indirectamente se refieran al mismo, de tal modo, que sólo ante la ausencia de toda reglamentación tendremos que acudir a lo que el artículo 61 dispone. Por otra parte, aunque los límites en que este artículo acota la incapacidad de la mujer casada son muy amplios no llegan a abarcar toda la actividad jurídico-patrimonial de la persona. En la medida en que el acto que pretenda realizar la mujer no encaje claramente en alguna de las tres categorías, "adquirir", "enajenar" u "obligarse" hay que admitir su capacidad para otorgarlo. Lo que no resulta lícito, porque sin duda es cierto que las incapacidades han de interpretarse restrictivamente, es entender aquellas expresiones en un sentido lato para así extender el campo de actuación de la incapacidad. Este doble mecanismo interpretativo nos permite, como en seguida veremos, no sólo ensanchar el área de aplicación de las normas que permiten a la mujer actuar sin licencia del marido, sino acaso también ampliar el número de supuestos en que tal actuación independiente resulte admisible.

Centrada de esta forma la cuestión, y para no incurrir en el mismo defecto que he tenido el atrevimiento de denunciar, descendamos de lo general a lo particular y puntualicemos cuáles son los negocios jurídicos de derecho patrimonial que la mujer casada puede realizar por sí sola. Examinaré primeramente los actos a través de los cuales la mujer puede hacer efectiva la facultad, que expresamente se le reconoce, de administrar libremente sus bienes parafernales, y consideraré después el tema, aun borroso, de las adquisiciones a título gratuito.

(172 bis.) Por ejemplo, ninguno de los artículos del Código que reglamentan el préstamo mutuo aluden al tema de la capacidad de la mujer casada para concertarlo. La aplicación del artículo 61 (la mujer no puede obligarse en general) nos lleva a la conclusión de que la mujer no puede tomar dinero a préstamo sin licencia de su marido. La solución tendría que ser la opuesta de entender que es aplicable el artículo 1.263, 3.º, y que este precepto prima sobre el artículo 61.

a) *Administración de los bienes parafernales.*

El artículo 1.384 del Código civil dice que la mujer tendrá la administración de sus parafernales, a no ser que los hubiere entregado al marido ante Notario con intención de que los administre. No interesa ahora que nos ocupemos de la administración confiada al marido, cuestión que ya ha sido tratada en este trabajo, sino que hemos de centrar nuestra atención sobre la primera proposición del precepto, que reconoce a la mujer la potestad de administrar su patrimonio parafernial. Nótese que de una manera expresa el artículo 1.384 no dice que la mujer pueda prescindir de la licencia de su marido para ejercer esta administración, y por ello, a raíz de publicado el Código, se discutió si la mujer podía por sí sola celebrar contratos que, a pesar de ser necesarios para la administración, estuvieran incluidos dentro de la regla general formulada por el artículo 61 (173). La posición negativa, con arreglo a la cual la mujer sólo podría llevar a cabo actuaciones puramente materiales, es absolutamente indefendible y, por fortuna, ha sido resueltamente rechazada por la doctrina moderna y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, toda vez que el artículo 1.387 exige la licencia del marido para que la mujer pueda gravar, enajenar o hipotecar los parafernales y nada dice al respecto por lo que toca a su administración resuelta evidente que la Ley permite a la mujer la libre celebración de aquellos actos jurídicos a través de los cuales ejercite la facultad de administrar que se le concede, aunque se trate de actos comprendidos en las rúbricas genéricas del artículo 61, lo que, desde luego, no plantea el menor problema desde el punto de vista de la interpretación sistemática, puesto que, como vimos, las últimas palabras de este artículo abren la puerta no sólo a posibles excepciones, sino que además se remiten a lo que pueda estar previsto para cada supuesto especial en particular.

El ámbito de la administración, dentro del cual la mujer puede moverse libremente, es decir, sin licencia del marido, ha de señalarse con generosidad. La interpretación (combinada) de los artículos 1.384 y 1.387 nos debe llevar a la conclusión de que la mujer, por lo que respecta a la dirección económica de sus parafernales, no tropieza con otras limitaciones que las que derivan del segundo precepto citado. Las facultades de la mujer se extienden, pues, no sólo a los actos de pura gestión conservativa, sino también a todos los que tengan por fin obtener de su patrimonio parafernial el rendimiento que es susceptible de dar. Es decir, le corresponde no sólo la administración or-

(173) Este era el criterio de buena parte de la doctrina e incluso de la Jurisprudencia anterior al Código. Formalmente esta inadmisibile tesis tenía su punto de apoyo en el hecho de que si bien las Partidas sancionaban la capacidad de la mujer para administrar sus bienes propios, esta facultad no había sido recogida por las leyes de Toro, las que, además, con mayor amplitud que el artículo 61, se oponían a que la mujer celebrara por sí misma toda clase de contratos.

dinaria, sino también la que se ha llamado extraordinaria (173 bis). Únicamente le veda la Ley enajenar, gravar o hipotecar los propios bienes parafernales, o sea, lo que constituye el capital productivo, la sustancia de aquel patrimonio (174).

La mujer puede, por consiguiente, explotar directamente sus propios bienes, y está, consecuentemente, capacitada para efectuar todos los contratos conducentes a este fin, desde la contratación del personal necesario, hasta la adquisición de los elementos precisos para la producción, pasando por la venta o enajenación de los frutos que se obtengan para pagar gastos y establecer el beneficio líquido. Sólo respecto a éste tiene el marido derecho a exigir la entrega para incorporarlo a la masa ganancial, pues, como ha recordado la Jurisprudencia (175), la mujer no es una simple recaudadora de frutos y rentas. Sólo hay un caso concreto en el cual la mujer no puede hacer efectivo su derecho a explotar por sí misma su caudal privativo, pues se interfiere una norma concreta que se lo impide. Como el marido puede oponerse a que la mujer ejerza el comercio, su veto la incapacitará para administrar un establecimiento mercantil heredado o que ella misma haya creado antes de casarse. La solución del problema en tales casos, si efectivamente el marido se opone a que su mujer ejerza el comercio, no deja de ser particularmente anómala. Habrá que liquidar

(173 bis) La terminología en este terreno es muy confusa, y con esta confusión terminológica no ganan ciertamente en claridad las ideas. Yo propondría sustituir los términos "administración ordinaria" y "administración extraordinaria" por los de administración conservativa y administración plena. La primera comprendería la facultad de percibir los frutos o rendimientos, satisfacer los gastos de entretenimiento y, en general, la de realizar aquellos actos dirigidos a la conservación de los bienes administrados. La segunda, es decir, la administración plena, incluiría además la potestad de realizar todos aquellos actos dirigidos a conseguir que los bienes administrados produzcan su rendimiento normal de acuerdo con su destino. Mientras la administración conservativa es eminentemente estática, la administración plena tiene un signo dinámico. Fuera de los actos de administración (en cualquiera de los dos sentidos expuestos) están los actos de riguroso dominio. Son éstos los que comprometen la existencia, individualidad, o el valor de un elemento estable del patrimonio, ya consistan en actos jurídicos propiamente dichos (por lo general, enajenaciones o gravámenes) o en disposiciones de hecho.

(174) La mujer no puede llevar a cabo, tampoco, los actos asimilados a la enajenación; así, por ejemplo, la transacción (cfr. arts. 1.713 y arts. 1.810 y sigs., que exigen para transigir la misma capacidad que para enajenar). Por otra parte, el significado de la transacción como equivalente jurisdiccional (ver sobre este punto más atrás) y el hecho de que según el artículo 1.387 la mujer necesita igualmente licencia del marido para comparecer en juicio, al efecto de litigar sobre los bienes parafernales, refuerzan esa conclusión. En cuanto a los actos que indirectamente pueden equivaler a una enajenación, por cuanto que comprometen el patrimonio, concretamente me refiero a la asunción de obligaciones, su licitud dependerá de que el acto sea en sí un acto de administración o se otorgue para hacerla posible. Así, el Tribunal Supremo (S. de 14 de enero de 1928) considera válido el préstamo contraído por mujer casada sin licencia del marido para atender a la conservación de sus bienes.

(175) SS. de 16 de octubre de 1918 y de 30 de septiembre de 1958.

el negocio o arrendarlo. Los dos términos de la disyuntiva pueden resultar sumamente perjudiciales para los intereses de la esposa, quien tampoco tiene obligación de conformarse con que sea el marido quien asuma la dirección y la explotación de la empresa. Y llegados a este punto convendría tal vez preguntarse si en las hipótesis presentadas no se podría sostener con fundamento que el artículo 1.384 del Código civil ha derogado los preceptos correlativos del Código de comercio y en particular el 9 de dicho cuerpo legal. Como se ha dicho autorizadamente el Código civil no tiene eficacia derogatoria general sobre los textos jurídicos de materia no civil (el Código de comercio, por tanto), pero si la despliega respecto de las disposiciones de aquellos que sean contradictorias o incompatibles con las del primero (176). Comprendo que el hecho de que el ejercicio del comercio afecte directamente a la actividad personal de la mujer es un serio obstáculo que en todo caso se opone a la posibilidad de que aquélla lo ejerza sin licencia de su marido, pero no me parecería ningún desatino aplicar por analogía, siempre que se trate de la administración de un negocio parafernial, lo dispuesto por la Ley de 22 de julio de 1961, y, por consiguiente, sostener que la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho. Dentro de los amplios términos en que está concebido el artículo 1 de la citada Ley, cabe, desde luego, la actividad mercantil. Me parece evidente, de prosperar la interpretación que dejo apuntada, la necesidad de aplicar a estos supuestos el artículo 12 del C. de c., pues cuando la mujer ejerce el comercio sin el consentimiento del marido no es admisible que a las resultas de su gestión queden obligados todos los gananciales.

La explotación indirecta, por vía de arrendamiento (única posible según la clase de bienes de que se trate), debe reputarse igualmente permitida. La legislación sobre arrendamientos rústicos así lo autoriza expresamente (177). La Ley de arrendamientos urbanos no contiene ninguna disposición similar, no obstante lo cual la solución debe ser la misma. No sólo porque jurisprudencialmente se ha afirmado que la celebración de un contrato sujeto a la L. A. U. es acto de administración, sino porque, aunque se trata de un acto que excede de la administración ordinaria, como yo pienso, lo indudable es que por su finalidad encaja dentro del significado y función genérica de los actos de administración y no es un acto asimilable "sensu stricto", a los actos de riguroso dominio (178).

(176) Confrontar CASTRO, *Derecho civil de España*, cit. Tomo I, vol. preliminar, pág. 222.

(177) Artículo 3, apartado c) del Reglamento de Arrendamientos rústicos de 29 de abril de 1959.

(178) No se trata de un gravamen en sentido estricto, en primer lugar porque no está claro que el derecho arrendaticio sea un derecho real. Según la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia, el arrendamiento sólo da lugar a un derecho personal a favor del arrendatario, aunque se trate de

Punto discutible, aunque de importancia evidente, es averiguar si la potestad de administrar que el artículo 1.384 concede a la mujer incluye también la de invertir sus parafernales. Me refiero, claro está, a la inversión del dinero parafernalar que forme parte del patrimonio de la mujer, no a la conversión en dinero de otros bienes parafernales para su posterior reinversión. Este último supuesto entraña una previa enajenación que la mujer no puede realizar sin licencia del marido. El problema, pues, sólo puede plantearse respecto del dinero que, como tal dinero, existe ya en el patrimonio de la mujer. Este dinero puede proceder de dos fuentes. O es rendimiento obtenido del capital parafernalar, o constituye parte integrante de ese capital. En el primer caso, y en la medida en que la mujer está obligada a entregar al marido los frutos de sus parafernales, hay que aceptar que la facultad de invertir el metálico

arrendamientos sujetos a la legislación especial. Únicamente un sector de la doctrina entiende que el arrendamiento se transforma en derecho real cuando se inscribe en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2.º, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria. A mi modo de ver, y como he tratado de demostrar en otras ocasiones (*Notas críticas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca como derecho real*, en R. D. P., 1949, págs. 377 y sigs., y en *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, cit., pág. 148), el arrendamiento, siempre que por virtud de la inscripción, o por ministerio de la Ley, perjudique a tercero, de modo que quede eliminada la aplicación del artículo 1.571 del C. c., adquiere el rango de derecho real, rango que ya tiene en potencia por su propia naturaleza y contenido. De ser válido, pues, mi punto de vista, habría que concluir que los arrendamientos sujetos a la LAU son actos que gravan la propiedad de los bienes arrendados, y por tanto, están sujetos a la limitación del artículo 1.387. Aunque esta solución sería dialécticamente correcta, estimo, sin embargo, que el arrendamiento es un gravamen especialísimo, que por su finalidad típica difiere de los demás gravámenes en general, y en cambio responde a la función característica de los actos de administración (plena), que es, como hemos visto, obtener de los bienes su rendimiento normal de conformidad con su destino. Por esta razón, y aunque el arriendo, en ciertas hipótesis, represente la constitución de un verdadero gravamen, no debe considerarse que entraña un acto de riguroso dominio. Fundándome, más que en la naturaleza real o personal del derecho arrendaticio, en la aplicación analógica del artículo 1.548, sostuve que el marido no podía, sin consentimiento de su mujer, arrendar inmuebles gananciales por plazo superior a seis años, ni tampoco los que estuviesen sujetos a la legislación especial. Entendía, para llegar a esta última conclusión, que si el arrendamiento se convertía de acto de administración en acto de disposición a consecuencia de pactarse por una duración superior a seis años, igual criterio había de presidir la calificación de aquellos arriendos prorrogables indefinidamente a voluntad del arrendatario. Por lo que se refiere a esta equiparación, y a la aplicación, por tanto, del artículo 1.548 a los arrendamientos que deban regirse por la legislación especial, sigo pensando ahora lo mismo que entonces. En cambio no tengo inconveniente en reconocer que probablemente me excedí al afirmar que los arrendamientos a que se refiere el artículo 1.548, y los sujetos a la legislación especial, eran actos de riguroso dominio (o de disposición) y que el marido, por tanto, necesitaba para celebrarlos el consentimiento uxorio. En realidad, la duración del arriendo no puede cambiar la naturaleza del acto en virtud del cual se concerta, pues la finalidad típica e inmediata a que este acto responde es siempre la misma y ella le adscribe al sector de los actos de administración. Lo que sucede es que, pese a ser acto de administración, el artículo 1.548 estima que los arrendamientos a que se

que por su condición de fruto ha devenido bien ganancial, corresponde únicamente al marido (179). En la segunda hipótesis, por el contrario, es decir, cuando el dinero sea capital, la potestad de invertirlo compete únicamente a la mujer, pero lo que hemos de preguntarnos es si puede hacerlo por sí misma sin contar con su marido, o si necesita licencia de éste. A favor de la necesidad de la licencia militan razones de indudable consistencia. Para empezar, al marido no le es indiferente la forma en que se invierta el dinero parafernial, entre otras razones porque la suerte favorable o adversa que corra la inversión repercute indirectamente sobre la sociedad de gananciales llamada a percibir los frutos del capital de la mujer. Al marido, pues, en su doble concepto de partícipe y de administrador de la sociedad de gananciales, le importa controlar las inversiones que haga la mujer con su propio dinero. Además, el artículo 61 dice que la mujer no puede adquirir a título oneroso, lo que impide, en principio, que la mujer compre, y así obstruye el canal a través del que se realizan normalmente las inversiones. Por último, y en un sentido rigurosamente estricto, también la inversión, y en particular la compra, constituyen una enajenación del dinero que se invierte, que vendría alcanzada por el artículo 1.387. A esta idea responde el artículo 1.388, según el cual "cuando los parafernales cuya administración se reserva la mujer consistan en metálico o efectos públicos, el marido tendrá derecho a exigir que sean invertidos en términos que hagan imposible su enajenación o pignoración sin su consentimiento".

Estas razones, a pesar de su fuerza indiscutible, tal vez no sean del todo decisivas. Ciertamente el marido está interesado en que la

refiere, por su especial importancia, no pueden celebrarse por los administradores de bienes ajenos. Pero esto no postula que quien administra sus propios bienes, aunque en algún sentido tenga limitadas sus potestades de disposición, no puede efectivamente otorgar estos arrendamientos y los que son asimilables a ellos. Cuando esta limitación deba interpretarse restrictivamente, como sucede respecto del marido por lo que se refiere al otorgamiento de actos dispositivos sobre los bienes inmuebles gananciales, o cuando la facultad de administrar deba ser amplia y generosamente entendida, como ocurre con la que ostenta la mujer sobre sus parafernales, no parece procedente la aplicación extensiva del artículo 1.548. Esta aplicación extensiva debe quedar concretada a la celebración, por las personas a que ese precepto se refiere, de contratos sujetos a la legislación especial, aunque la duración pactada sea inferior a seis años. El derecho de prórroga forzosa reconocido al arrendatario priva de valor, desde este punto de vista, a la estipulación contractual que establezca un plazo más breve.

La Jurisprudencia, según se dice en el texto, considera actos de administración la celebración de arrendamientos sujetos a la LAU. Cfr. Sentencias de 29 de abril de 1950 y 3 de diciembre de 1954.

(179) Como ya advertí anteriormente, este derecho del marido sólo puede proyectarse sobre el beneficio líquido. La mujer puede, en uso de su facultad de administrar, aplicar en primer término el dinero obtenido a pagar los gastos causados por la conservación o explotación de sus bienes, e incluso destinar una suma prudencial a la amortización de los elementos de su activo, o a la adquisición de los útiles necesarios para que aquélla continúe, e incluso para que se desarrolle racionalmente.

mujer no invierta su dinero parafernial de forma que él estime equivocada, pero la aparente legitimidad de este argumento nos llevaría también a la conclusión de que ese interés existe igualmente, y, por tanto, debiera ser análogamente tutelado, frente a actos administrativos típicos como, por ejemplo, el arrendamiento. En tanto el acto de que se trate sea acto de administración parece que el interés del marido debe ceder ante el que tiene la mujer en regir libremente su propio patrimonio, puesto que la Ley le faculta para administrar, sin licencia, los bienes paraferniales. Factor importante para saber a qué carta quedarnos es, en primer término, puntualizar si la inversión de dinero puede ser considerada acto de administración. Para mí la contestación es desde luego muy clara: la colocación de un capital que se posee en efectivo es, sin duda alguna, acto de administración. No sólo porque el único medio de obtener del dinero su rendimiento normal ("pecunia non parit pecunia") es precisamente su inversión en bienes productivos, sino porque, además, tener hoy dinero paralizado equivale a irlo perdiendo poco a poco a causa de ese fenómeno, por lo visto inevitable, que es la devaluación, oficial o no, de la moneda.

El signo económico de la inversión, y su consiguiente encasillamiento en el cuadro de los actos de administración, nos permite orillar el escollo que representa el artículo 61. Es cierto que la mujer, según este artículo, no puede adquirir a título oneroso sin licencia de su marido, pero como sabemos la aplicación de la limitación general de capacidad formulada por ese precepto ha de venir modalizada, por lo que pueda estar establecido para cada caso en particular. El artículo 1.384 nos autoriza para concretar las adquisiciones onerosas que la mujer no puede realizar a las que no tengan por finalidad primordial colocar su dinero parafernial. Las adquisiciones que le estarán vedadas por lo tanto serán aquellas que versen sobre bienes destinados al consumo (excepto al consumo de uso ordinario de la familia), o simplemente improductivo. El artículo 62 carga el acento prohibitivo sobre las adquisiciones de tipo suntuario, lo que no deja de ser un síntoma, bien que no decisivo. En cambio, el artículo 1.388 parece responder al criterio opuesto por cuanto que concede al marido la facultad de exigir que el metálico parafernial se deposite o invierta "en términos que no pueda ser enajenado sin su consentimiento". Está claro que si el marido ejercita esa facultad y consecuentemente el dinero privativo de la mujer queda bloqueado toda posible inversión, vendrá, de hecho, sujeta al control marital. Pero ¿qué sucede si el marido no hace uso del derecho que le reconoce el artículo 1.388? (180). Dada la naturaleza especial del dinero

(180) Resulta absurdo aplicar este precepto al régimen de separación absoluta de bienes, como ha hecho el Tribunal Supremo en una ocasión (S. de 23 de mayo de 1916), pues la única justificación posible de la facultad que se concede al marido es evitar que, a través de una inversión desacertada, o de la realización de gastos consuntivos, resulte perjudicada la sociedad de gananciales. El propio LACRUZ, tan contrario a subordinar la capacidad de la mujer

y el hecho de que el marido si no impide su enajenación es porque no quiere, pues le basta exigir que se adopten las medidas previstas por el artículo 1.388 para evitar que aquél sea gastado sin consentimiento suyo, parece que lo acertado es negar al esposo la facultad de impugnar los actos a través de los cuales su cónyuge haya gastado el dinero que le pertenece. La solución tiene aun un mayor fundamento si del metálico se ha dispuesto para invertirlo, pues entonces la validez del acto se apoya, además, en la facultad de administrar que la propia Ley concede a la mujer (181).

Por todo lo dicho, yo creo posible sostener que las inversiones que la mujer efectúe con su dinero parafernial, mientras no conste la oposición del marido, y más aún si éste ha consentido expresa o tácitamente que pueda disponer del mismo (182), son válidas, y no podrán ser impugnadas alegando que el acto, a través del cual se han efectuado, lo llevó a cabo la mujer sin licencia. En su virtud considero definitivamente eficaces, y no impugnables, las compras que la mujer realice sin autorización marital siempre que concurren estas dos circunstancias: primero, que la compra constituya una inversión "sensu stricto", es decir, que se refiera a un objeto actual o potencialmente productivo; y segunda, que se efectúe con dinero parafernial (183).

casada al régimen de bienes del matrimonio, acepta que la potestad reconocida al esposo por el artículo 1.388 pueda ser renunciada en capitulaciones matrimoniales. Ob. cit., pág. 426.

(181) Aunque de forma un tanto imprecisa y vacilante, éste es el criterio que apuntan algunas disposiciones posteriores al Código civil. La Ley de 14 de junio de 1909 y el Reglamento de 13 de enero de 1916 permiten a la mujer casada hacer imposiciones en la Caja Postal de Ahorros y formular peticiones de reintegro sin asistencia marital mientras el marido no haga uso de la facultad que le otorga el artículo 1.388 del C. c., y al efecto exige al marido que formule su oposición judicialmente. Aun en ese caso podrá la mujer realizar extracciones con autorización del Juzgado municipal. Por mi parte, no veo inconveniente en generalizar lo que establecen esas disposiciones (salvo por lo que respecta a la competencia de los Jueces municipales para autorizar las disposiciones de fondos contra la oposición del marido) a la apertura de cuentas corrientes o cartillas de ahorro en cualquier establecimiento bancario, siempre que la mujer demuestre suficientemente que el dinero que deposita es parafernial. En otro caso, se interfiere la presunción del artículo 1.407 del C. c. y, por consiguiente, no se podrá autorizar a la mujer para que disponga de los saldos de las cuentas sin consentimiento de su marido, pues del dinero ganancial (o presuntivamente ganancial) sólo puede disponer el varón. Ver en este sentido las acertadas observaciones críticas de LACRUZ a las normas sobre apertura de libretas en la Caja Postal de Ahorros (ob. cit., pág. 189).

(182) Por ejemplo, si la ha autorizado para abrir una cuenta corriente y para retirar los saldos de la misma.

(183) Extremo que habrá de acreditarse si se pretende otorgar una escritura inscribible sin las restricciones del artículo 94 del Reglamento Hipotecario. En cuanto al dato, esencial, de que la compra represente una inversión, se trata de un punto que, en ocasiones, puede dar lugar a dificultades. Entiendo que el problema ha de resolverse con criterios flexibles, y como indico en el texto, no parece necesario que la cosa comprada sea susceptible de producir inmediatamente frutos. Es también inversión la que recae sobre un objeto que llegará a dar rendimiento mediante sucesivas transformaciones (por ejemplo, un solar) o que tiene por fin poner en producción un bien momentáneamente improductivo; por ejemplo, la construcción sobre suelo propio con dinero propio.

Sin duda alguna han de resultar posibles aquellas inversiones que deben reputarse necesarias para que los bienes de la mujer no experimenten menoscabo. El ejemplo típico lo constituyen los desembolsos, por cuenta de nuevas acciones, que correspondan a la mujer que ha ejercitado el derecho de suscripción preferente inherente a acciones de su propiedad privativa. Como hemos recordado anteriormente, la no suscripción de las acciones que una sociedad emite al aumentar su capital erosiona el valor político y económico de las acciones antiguas, lo que se evita mediante la suscripción de las nuevas acciones. Ciertamente del perjuicio que comporta a las acciones primitivas, la emisión de las nuevas puede el accionista resarcirse mediante la enajenación de su derecho de suscripción preferente. Pero parece evidente que el marido no puede imponer a su mujer la venta del cupón, pues la iniciativa en la enajenación de los parafernales corresponde siempre a la mujer, aunque necesite licencia del marido. Si la mujer decide no vender el derecho de suscripción (de naturaleza privativa, como antes vimos), éste ha de ejercitarse para no llegar a la absurda y nihilista solución que consiste en no vender ni suscribir. Claro está que si la mujer carece de efectivo propio con qué acudir al pago del dividendo o dividendos pasivos, el marido, en su calidad de administrador de la sociedad de gananciales, no está obligado a facilitar con cargo al patrimonio común los fondos precisos para ello. Pero no tiene derecho a impedir que la mujer invierta su metálico parafernala en la suscripción. Esta inversión, supuesto que el otro término de la disyuntiva no le puede ser impuesto, constituye clarísimamente un acto de administración (casi diría de administración conservativa) de su propio patrimonio, que, sin discusión, a mi juicio, está amparado por el artículo 1.384 del Código civil. Paralelamente, la mujer puede también decidir la venta del derecho de suscripción sin que para la efectividad de esta venta sea aplicable el artículo 1.387. De la misma manera que el marido no tiene facultades para obligar a su mujer a que enajene el derecho de suscripción preferente, tampoco las tiene para exigirle que lo ejercite. En primer lugar, la potestad de invertir su dinero parafernala corresponde exclusivamente a la mujer, aunque en el ejercicio de la misma quede sujeta al control marital, en segundo término, es muy posible que la mujer carezca de dinero propio. En este último caso es a todas luces evidente que el marido ni está legitimado para acudir por sí a la suscripción de nuevos títulos (con dinero privativo o ganancial), ni menos aún puede imponer a su mujer que tome el dinero anticipado de la sociedad de gananciales, lo que entre otras cosas implicaría (ver sobre este punto lo dicho más atrás) que las nuevas acciones fueran, total o parcialmente, gananciales.

Pasemos ahora a otra cuestión. Dentro de la órbita de los actos jurídicos que la mujer puede tener interés en realizar, a efectos de regir sus bienes parafernales, hay algunos que, por su propia naturaleza, no pueden ser adscritos al grupo de los actos de administra-

ción o de riguroso dominio. Como he dicho en otra ocasión (184), no todo acto jurídico patrimonial encaja claramente en alguno de los dos grupos: actos de administración, actos de disposición (o de riguroso dominio). Desde este punto de vista hay actos que son, en cierto modo, neutros, y con respecto a ellos conviene preguntarse si la mujer podrá o no realizarlos sin licencia de su marido. A mi modo de ver, la respuesta debe ser afirmativa siempre que el acto no pueda ser subsumido en alguna de las categorías genéricas del artículo 61. En la medida en que este precepto no resuelva el problema en contra de la capacidad de la mujer, y si no se trata de un acto claramente incluido en el artículo 1.387 (es decir, siempre que no sea una enajenación o un acto asimilado a la misma, pues entonces se trataría además de un acto de riguroso dominio) hay que pronunciarse por la solución favorable a la plena validez y eficacia del acto (185). Entre estos actos neutros cabe recordar la modificación de entidades hipotecarias (segregaciones, agregaciones y agrupaciones), divisiones horizontales y constitución en régimen de propiedad horizontal, y, en ciertos casos, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas en que se divida la inicialmente hipotecada (186).

Discutible, aunque sin duda la cuestión revista gran trascendencia práctica, es el problema que nos plantean los actos particionales. A mi modo de ver, la división de unos bienes comunes entre sus titulares, e igualmente, la partición de la herencia entre los coherederos, no es un acto que, en principio, esté comprendido en el artículo 61, ni constituye, por lo general, una enajenación, razón por la cual tampoco está alcanzada por el artículo 1.387. El artículo 61 prohíbe a la mujer adquirir, enajenar u obligarse. Pero, en virtud de la partición o división, la mujer ni adquiere, ni enajena, ni se obliga. La partición es un acto por el cual se modifica el derecho que el comunero tiene sobre los bienes comunes antes de la división al transformarlo en un derecho exclusivo sobre los bienes concretos y determinados que se le adjudican. Así pues, la división o partición no determina una adquisición, ya que el derecho del copartícipe está, por hipótesis, en su patrimonio con anterioridad a que aquélla se otorgue. No es tampoco una enajenación, pues no hay desprendimiento de derechos que es lo que constituye la nota característica de las enajenacio-

(184) El nuevo artículo 1.413, cit., pág. 117.

(185) Como actos asimilados a la enajenación, y que, por tanto, la mujer no puede realizar sin licencia, figuran, además de la transacción, como ya he recordado, la aportación a sociedad (cfr. trabajo cit., págs. 141 y sigs.). Son éstos, salvo el supuesto, que acabamos de estudiar, de aportaciones dinerarias para la suscripción de nuevas acciones, actos de riguroso dominio.

(186) Sobre estas cuestiones, y concretamente sobre la calificación jurídica de estos actos desde el punto de vista de la contraposición entre actos de administración y actos de disposición, cfr. mi trabajo cit. *El nuevo artículo 1.413*, págs. 151 y sigs. "Mutatis mutandi" resultan válidos los argumentos allí esgrimidos para sostener la posibilidad de que el marido los realice sin necesidad de contar con el consentimiento uxorio. También creo posible que la mujer cobre por sí sus créditos parafernales y, consecuentemente, cancele la hipoteca constituida en su garantía.

nes (187). Finalmente, si bien es cierto que la mujer puede resultar obligada (por razón del saneamiento en caso de evicción) a consecuencia de la partición, no se puede ignorar que éste es un efecto indirecto o reflejo del acto particional, que sólo se produce cuando se dan los supuestos especiales que desatan aquella responsabilidad. La partición, al menos la partición ordinaria, no es un acto que se dirija a crear obligaciones entre los comuneros, sino que, por el contrario, se propone fundamentalmente desatar los lazos por los que están ligados en virtud de la situación de indivisión.

Frente a esta argumentación cabría tal vez oponer que el artículo 1.053 del C. c. exige a la mujer licencia de su marido para que pueda pedir la partición hereditaria, de donde se podría deducir que si la mujer necesita autorización marital para solicitar la partición con mucha mayor razón la precisará para practicarla (188). La objeción, a mi juicio, no es válida. El artículo 1.053 es, como ya he recordado antes, un reflejo de la llamada incapacidad procesal de la mujer casada y enlaza directamente con el artículo 60 (no con el 61), y con el último inciso del 1.387. Se trata, en suma, de impedir (y en el fondo hay que reconocer que la medida es prudente) que la mujer pueda lanzarse, sin consentimiento de su marido, al aterrador juicio de testamentaria. Pero como fácilmente se aprecia la "ratio" del artículo 1.053 es independiente y no condiciona ni elimina la posibilidad de que la mujer, amistosamente, y de acuerdo con los demás herederos, o con los demás coparticipes, lleve a efecto la partición. Únicamente cuando la división o partición se realicen a través de una enajenación (adjudicación de la cosa común a un partícipe con abono

(187) La partición es, para mí, un negocio de disposición en el sentido de que se trata de un acto que se dirige a operar la modificación de un derecho subjetivo. Pero, salvo que nos encontremos ante la que yo llamo partición extraordinaria, la disposición insita en el acto particional no entraña, como digo en el texto, ni enajenación ni gravamen. Por consiguiente, no puede considerarse incluida en el artículo 1.387.

(188) Ver en este sentido la S. de 5 de noviembre de 1959 que declara impugnada la partición efectuada por mujer casada sin licencia de su marido. Hay que reconocer, sin embargo, que la Sentencia funda su fallo más bien en la consideración de que la partición realizada convencionalmente por todos los herederos entraña un contrato en cuyo otorgamiento se han de cumplir todos los requisitos necesarios para su validez, entre los que se cuenta, para las mujeres casadas, la necesaria licencia de su marido. No necesito decir que, a mi juicio, esta afirmación del Tribunal Supremo constituye una clara petición de principio, pues ningún precepto legal establece que la mujer necesite para contratar licencia de su marido en todo caso, ni tampoco cabe inducir tamaña restricción del artículo 61. El artículo 1.058, invocado por la Sentencia de instancia y por el Tribunal Supremo, se limita a exigir a los herederos, para que puedan partir, "que tengan la libre administración de sus bienes". Y la mujer, por lo que respecta a sus parafernales, la tiene. Lo que se le limita, y tampoco totalmente, es la facultad de disponer. La Jurisprudencia ha entendido, sin ir más lejos, que el menor emancipado puede partir sin el consentimiento paterno, y se funda para ello en la naturaleza de la partición y en el dato de que la Ley sólo exige a los herederos la libre administración de sus bienes. Resulta absurdo que respecto de la mujer casada se sostenga la solución contraria.

por parte de éste del haber de los demás en dinero) el acto requerirá la licencia del marido, pues, aunque no deje de ser partición, la forma extraordinaria en que se efectúa exige capacidad para enajenar o para obligarse y la mujer en principio no la tiene sin licencia de su esposo.

b) *Adquisiciones a título gratuito.*

El artículo 61 del Código civil preceptúa que la mujer no puede adquirir a título gratuito sin licencia de su marido. Esta regla o principio general hemos de proyectarla, de acuerdo con las bases sistemáticas de interpretación que antes han quedado apuntadas, sobre los dos grandes supuestos de adquisición a título gratuito: la herencia y la donación.

El problema que la necesidad de licencia plantea a la mujer separada de hecho de cara a las adquisiciones gratuitas es evidentemente menos grave que referido a los actos y contratos onerosos, a través de los cuales se canaliza el tráfico jurídico. Lo normal es que el marido, aunque esté separado de la mujer, no obstaculice la adquisición de unos bienes de los que tal vez algún día pueda llegar a beneficiarse, y de los que normalmente se beneficiarán sus hijos si los tiene. Con todo puede suceder que la mujer tenga que aceptar una herencia o una donación y le falte la licencia de su marido, bien porque éste no pueda ser fácilmente localizado, bien porque se niegue a concederla, unas veces con razón y otras sin ella. Conviene, pues, examinar en qué medida esta licencia es necesaria, y hasta qué punto se puede prescindir de ella o sustituirla por la autorización judicial.

Respecto de la adquisición de la herencia, el artículo 995 desarrolla lo establecido por el 61. Dice el artículo 995 que “la mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia, sino con licencia de su marido o en su defecto con aprobación del Juez. En este último caso no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal”. La norma se aparta, como vemos, de la solución que daba al problema la Ley 54 de Toro, sin razones suficientes que justifiquen el abandono de la línea tradicional. Además, el precepto es oscuro y su interpretación suscita toda una serie de cuestiones.

En primer término, no se alcanza a comprender por qué la licencia del marido (o en su caso la judicial supletoria) se exige en todo caso. La aceptación a beneficio de inventario salvaguarda de modo total los intereses de la sociedad de gananciales, y, por tanto, e indirectamente, los del propio marido. Lo razonable, pues, hubiera sido permitir a la mujer aceptar herencias a beneficio de inventario por sí misma y sin necesidad de cumplir más requisitos que los inherentes a esta forma de aceptación. Pero no se ha hecho así, y como quiera que la aceptación a beneficio de inventario es una modalidad de la aceptación en general no parece que la mujer, dados los términos absolutos en que está redactado el artículo 995, pueda pres-

cindir de la licencia marital o de la judicial, ni siquiera para aceptar con aquel beneficio.

La concesión de la licencia por parte del marido vincula los gananciales a las resultas de las obligaciones hereditarias. Así se desprende del segundo párrafo del artículo 995. Si en el supuesto de aceptación con licencia judicial no responden de las deudas de la herencia los bienes ya existentes en la sociedad conyugal (y sí, por tanto, los que la sociedad adquiera después), ello implica que cuando la autorización ha sido concedida por el marido la responsabilidad se extiende a todos los bienes que pertenezcan a aquélla, existan o no al tener lugar la aceptación. Pero ¿qué se entiende por bienes de la sociedad conyugal? En un sentido amplio forman parte del haber de la sociedad conyugal (expresión que en sí misma no es sinónima de "sociedad de gananciales") todos los bienes de los cónyuges, es decir, tanto los privativos de cada uno como los comunes. Esta primera acepción del concepto debe, desde luego, descartarse. Es absurdo que de las deudas de una herencia deferida a la mujer tenga que responder el patrimonio particular del marido. Por consiguiente y para eludir este inadmisibles resultado es obligado entender que la Ley se ha referido aquí a la sociedad de gananciales. Quiere decirse, pues, que de las deudas de la herencia responderán los bienes particulares de la mujer (dotales y parafernales) y los bienes comunes. ¿Cuál es la razón por la cual estos bienes quedan afectos a esa responsabilidad? El hecho de que el marido haya autorizado a su mujer para que ésta acepte una herencia no presupone, desde luego, que haya consentido en obligar los gananciales. Como ya vimos la autorización conferida por el marido a la mujer para que ésta se obligue, no implica, o por lo menos no lo implica necesariamente, que además haya prestado el consentimiento del artículo 1.416. Se trata, pues, de una responsabilidad que deriva directamente de la Ley y que tiene su fundamento en una consideración de equidad: puesto que los frutos que devenguen los bienes de la herencia pasarán al acervo común se impone a éste, como contrapartida, la carga que representa soportar el pasivo hereditario. Tal vez resulte excesiva esta contrapartida, pues lo más lógico sería que solamente los intereses de las obligaciones hereditarias fueran a cargo de la sociedad de gananciales, ya que los bienes mismos que integran la herencia quedan en el patrimonio privativo de la mujer. Probablemente influyó en la solución la idea de que el marido puede, sin duda, condicionar su licencia a que la mujer acepte con beneficio de inventario, y es evidente que mediante este procedimiento la sociedad de gananciales queda exenta de toda responsabilidad.

Cuando la licencia marital no pueda obtenerse hay que acudir, necesariamente, a la judicial supletoria. En este caso dice el Código que no responden de las deudas de la herencia los bienes ya existentes en la sociedad conyugal. La solución es absurda. Si se entiende que, al faltar la licencia del marido, los gananciales no deben

responder del pasivo hereditario lo razonable hubiera sido disponerlo así, lisa y llanamente, exceptuando de responsabilidad todos los gananciales. Y en tal caso la licencia judicial hubiera devenido innecesaria, o al menos sólo debiera exigirse para el caso de aceptación pura y simple. Desde luego lo que no tiene sentido es colocar ambas licencias en el mismo plano (desde el punto de vista de la necesidad de obtener una u otra) para atribuirles, en cambio, diferentes efectos.

Pasemos ahora a considerar la aceptación de donaciones. El artículo 61 del Código civil establece la incapacidad general de la mujer casada para adquirir a título gratuito, pero como se recordará, la interpretación de este precepto, de acuerdo con los criterios que antes hemos propuesto, debe integrarse con las normas que de modo particular se refieren a cada materia. En este caso hay que tener en cuenta lo que disponen los artículos 625 y 626 del C. c. El primero de ellos dice que pueden aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la Ley. No se debe entender, a mi juicio, que la mujer está especialmente incapacitada en virtud de lo dispuesto por el artículo 61, pues el mismo tiene más bien carácter general y programático. Además del artículo 626 resulta que las personas que no pueden contratar tienen, sin embargo, capacidad para aceptar donaciones con tal que se trate de donaciones puras. La doctrina, al comentar el artículo 626, entiende que para la aceptación de las donaciones que no sean condicionales u onerosas basta la capacidad natural, es decir, sólo exige que el donatario tenga el discernimiento suficiente para saber lo que hace. Por tanto, aunque la mujer casada (bajo régimen de gananciales) no puede contratar como regla general sin la licencia de su marido, sí podrá, porque esta capacidad no le es exigida, aceptar por sí sola donaciones puras. La regla del artículo 61 que prohíbe a la mujer casada adquirir a título gratuito sin autorización marital queda así concretada, en tema de donaciones, a las que no tenga aquel carácter. La solución, además, es plenamente congruente con el fundamento que, en mi opinión, respalda el artículo 61. Evidentemente la sociedad de gananciales no resultará perjudicada porque en el patrimonio de la mujer ingresen bienes a través de una donación pura y simple. Lo normal, por el contrario, es que resulte beneficiada al estar llamada a percibir los rendimientos que aquellos bienes produzcan. Es cierto que la donación hecha a una mujer casada puede perseguir fines ilícitos. Pero no parece que esta posibilidad (difícilmente presumible cuando se trate de donaciones procedentes de los padres o ascendientes) pueda ser motivo suficiente para exigir en todo caso la licencia marital pese al criterio que se desprende de los artículos 625 y 626 que viene a modalizar lo que preceptúa el artículo 61. En último término la ilicitud de la causa, si existe, podrá ser invocada por el marido para impugnar la donación.

B) MEDIOS DE REMEDIAR LA INCAPACIDAD

La incapacidad de la mujer casada queda subsanada por medio de la licencia marital o de la judicial supletoria. De la primera, es decir de la licencia marital, me he ocupado ya con detenimiento en las páginas anteriores. Cumple ahora que diga algunas palabras del otro recurso que contempla la Ley y que, para la mujer separada de hecho, es del mayor interés, pues cuando quiera otorgar un acto que precise, para su plena eficacia, autorización marital, y no la obtenga, sólo podrá llevarlo a cabo válidamente si el Juez la autoriza.

La ley 57 de Toro, atenta a evitar que el marido abuse de su autoridad y de las potestades que se le confieren, estableció la licencia judicial, supletoria de la autorización marital, para todos los casos y circunstancias en que la mujer precisaba de ésta. El Código civil, por el contrario, no contiene una formulación general, y sólo prevé la posibilidad de que la mujer acuda al juez en los supuestos contemplados por los artículos 60, 995, 1.053 y 1.387, es decir, para comparecer en juicio, aceptar o repudiar herencias, pedir la partición hereditaria y enajenar, gravar e hipotecar los bienes parafernales (189). Debido a ello se ha sostenido que la autorización judicial supletoria sólo cabe en esas hipótesis concretas (190), opinión que hoy ha sido abandonada por la doctrina más moderna y prestigiosa que se muestra partidaria de la admisibilidad de la licencia judicial en todo caso, de conformidad con el precedente de la Ley 57 de Toro (191). Se aduce en apoyo de este punto de vista, además de los precedentes históricos, la amplitud con que están concebidos los artículos 60 y 1.387 del C. c., y el hecho de que la autoridad del marido no puede utilizarse arbitrariamente sino que debe ser ejercitada en bien de la familia y para la protección de la mujer, lo que implica la generalidad del remedio contra el abuso de la potestad marital. La fuerza de estos argumentos resulta indiscutible. Nada cabe agregar al primero y al último. Por lo que respecta al segundo conviene, tal vez, distinguir según se trate de actos cuya trascendencia sea exclusivamente patrimonial o afecten también a la actividad personal de la mujer. Respecto de los primeros la interpretación extensiva de los artículos antes citados parece indiscutible y resulta

(189) No interesa considerar aquí la licencia judicial a que se refieren los artículos 225 y 1.444 del C. c., pues dichos preceptos aluden a los supuestos en que se transfiere a la mujer la administración de los bienes de la sociedad conyugal, o de separación judicial. La autorización en estos casos, que no es supletoria de la licencia marital, se exige como condición precisa y única para que la mujer pueda enajenar sus bienes dotales o parafernales, los de los hijos comunes, o de la sociedad conyugal (art. 225), o para enajenar o gravar los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación judicial, o aquellos cuya administración se le haya judicialmente transferido de acuerdo con el artículo 1.441 (art. 1.444, 1.º).

(190) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V, 1.º, págs. 623 y 624; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, II, pág. 402.

(191) Cfr. CASTRO, cit., pág. 271; LACRUZ, cit., pág. 211.

prácticamente de su propio contexto. Sería absurdo que el Juez pudiese autorizar a la mujer para enajenar o hipotecar sus parafernales (que es lo más) y no pudiera autorizarla para contraer una obligación de la que su patrimonio parafernalar haya de responder con responsabilidad puramente personal. Por lo que respecta a los actos susceptibles de comprometer la actividad de la mujer, la cuestión es menos clara y no parecen aplicables los argumentos expresados. Sin embargo, hoy día el problema está resuelto para todos los supuestos que encajen en el artículo 1 de la ley de 22 de julio de 1961 (actividades políticas, profesionales y de trabajo). La autorización judicial, supletoria de la marital, es posible a tenor de lo dispuesto por el artículo 5 de dicha Ley. Inclusive, según ya se expuso antes, cabe extender esta autorización judicial al ejercicio del comercio por mujer casada toda vez que esta hipótesis cabe dentro de la previsión general del artículo primero (192).

La autorización judicial procede siempre que concurren estos dos requisitos: 1.º) Que el marido no haya otorgado su autorización y 2.º), que existan motivos bastantes para concederla. En orden al primer requisito la doctrina alude a los casos de imposibilidad o negativa del marido. La negativa, a nuestro entender, puede ser, expresa o tácita, y en ambos casos podrá solicitarse y obtenerse la autorización judicial. La negativa es tácita si el marido, requerido al efecto, o citado en el procedimiento correspondiente, da la callada por respuesta o no comparece. La imposibilidad nos enfrenta no sólo con los supuestos de incapacidad física o mental del marido (al margen de que se haya o no obtenido la pertinente declaración judicial), sino también con el de ausencia. No me refiero a la ausencia declarada judicialmente. La mujer que ha obtenido la declaración de ausencia de su marido no necesita la autorización de éste, por hipótesis imprecendente, ni la del Juez, para regir libremente su propio patrimonio. El artículo 1.444 del C. c. no entra en juego aunque la mujer pretenda enajenar sus inmuebles parafernales, pues no se trata de bienes que hayan correspondido a la mujer a consecuencia de la

(192) ¿Puede concederse autorización judicial para la enajenación de bienes parafernales "confesados"? La respuesta depende de la eficacia que quiera reconocerse a la confesión del marido. Si se le niega todo valor, incluso "inter partes", la autorización judicial subsidiaria será imprecendente, pues los parafernales confessados son, de acuerdo con esa tesis, bienes presuntivamente gananciales. En consecuencia, el acto de disposición debe partir del marido y la voluntad de éste no puede ser sustituida por la intervención del Juez. En cambio, si se reconoce que la confesión, mientras no sea impugnada con éxito, vincula al marido (tesis defendida anteriormente en este trabajo), parece claro que la respuesta a la pregunta formulada debe ser afirmativa. Como dijimos, la enajenación de los parafernales confessados, en tanto continúen siéndolo, se debe regir por las reglas que regulan la de todos los parafernales en general. Es aplicable el artículo 1.387 y, por tanto, la mujer tendrá derecho a acudir al Juez si el marido le niega su autorización. Confirma esta opinión el paralelismo con la dote confessada. Los bienes que integran la dote, aunque ésta sea confessada, pueden ser enajenados por la mujer con licencia judicial (art. 1.361 C. c.), puesto que la Ley no hace ninguna distinción al respecto.

separación, ni, respecto de ellos, ha tenido que solicitar que se le transfiera la administración si antes ya la ostentaba. Entiendo, por tanto, que la ausencia en ignorado paradero a que se refiere el artículo 1.995 de la Ley de Enjuiciamiento civil es ausencia en sentido vulgar. Bastará, pues, que la mujer acredite suficientemente, a juicio del Juez, que ignora el domicilio actual de su esposo, a quien se citará en la forma que previene el artículo 269 de aquel cuerpo legal. Nótese que el Código civil no dice que la licencia judicial proceda únicamente cuando el marido haya negado sin justa causa la suya, sino que genéricamente entiende que puede ser concedida "en defecto" de la licencia marital.

El segundo requisito, es decir que existan motivos bastantes para que la autorización judicial sea concedida, se cumple, a mi juicio, siempre que el acto que la mujer intente llevar a cabo sea, según las circunstancias del caso, razonable, de tal modo que no entrañe perjuicio para la economía conyugal y más concretamente para la sociedad de gananciales. Parece excesivo exigir, como se ha pretendido (193), que el acto en cuestión tenga por fin "evitar un perjuicio, conseguir una importante ventaja o precaver un inminente peligro". El Código civil, en realidad, no pide tanto. Sobreentiende que la autorización judicial debe concederse salvo que no concurren circunstancias que hubieran permitido al marido negar justificadamente la licencia. Pero la ponderación de estas circunstancias queda entregada, por entero, a la apreciación discrecional del juez. Este ha de tener, en cuenta, para resolver en equidad, que la licencia marital encuentra su fundamento, recordémoslo una vez más, en la finalidad de evitar que la mujer perjudique indirectamente los intereses del marido en la sociedad de gananciales. No puede olvidar tampoco que su intervención se solicita precisamente para evitar que el varón abuse de las prerrogativas que la Ley le concede, y que la sumisión de la mujer a la autoridad marital no tiene clara justificación, al menos en el plano moral, cuando el matrimonio atraviesa una crisis tan grave y delicada como es la separación de hecho.

La valoración del problema reviste mayor complejidad, y en su solución habrán de barajarse muchos factores, y no sólo los económicos, si de lo que se trata es de conceder o denegar la autorización en los casos que contempla la Ley de 22 de julio de 1961, a la que reiteradamente hemos aludido a lo largo de este trabajo.

C) INGERENCIA DE LA MUJER SEPARADA DE HECHO EN LA ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN DE LOS GANANCIALES

No obstante la irregularidad de la separación de hecho, que exageradamente ha llevado a la doctrina y a la Jurisprudencia a negar, casi totalmente, valor jurídico a los acuerdos o convenios entre los

(193) CASTRO, cit., pág. 272.

cónyuges, la realidad tiene exigencias que el derecho no puede desconocer, y de aquí que la propia Jurisprudencia, e incluso la misma Ley, no hayan podido por menos de reconocer ciertos efectos a la situación que nos ocupa. Estos efectos se han proyectado sobre ciertos aspectos del régimen jurídico de la sociedad de gananciales alterándolo parcialmente, como enseguida vamos a ver. Pero además, y sin necesidad de acudir a normas legales extrañas al Derecho civil, ni a especiales interpretaciones Jurisprudenciales, la circunstancia de que sea la mujer separada quien asuma la dirección de la familia y la gestión de los intereses comunes no puede por menos de tener trascendencia jurídica, aunque para establecerla tengamos que acudir a instituciones de más amplio contenido y alcance.

Examinemos ahora, y con algún detalle, los supuestos a los que, de modo genérico, acabamos de referirnos.

a) *Remuneraciones dimanantes de contratos de trabajo celebrados por la mujer.*

La legislación laboral ha sido la primera en reconocer efectos jurídicos a la separación de hecho sin duda porque dentro de su ámbito el problema se ha planteado con especial agudeza. Es relativamente normal que la mujer separada de su marido se disponga a trabajar para atender con la remuneración que obtenga a sus propias necesidades e incluso a las de la familia. La ley del Contrato de Trabajo ha tenido en cuenta esta situación y así, de una parte (artículo 11), establece que la mujer separada de hecho se halla autorizada por ministerio de la Ley para contratar su trabajo extendiéndose esta autorización al percibo de la remuneración, y de otra, el artículo 58, después de establecer que el pago de la misma, directamente efectuado a la mujer casada, es válido en tanto no conste la oposición del marido, sienta las normas y criterios con arreglo a los cuales hay que estimar si la oposición del esposo es o no fundada. Y para el caso de separación de hecho rechaza de plano la posible oposición del marido (artículo 58 "in fine").

Innecesario resulta destacar la importancia de estos preceptos. No se trata sólo de que el contrato de trabajo celebrado por la mujer casada separada de hecho sea perfectamente válido y eficaz, no obstante haberse celebrado sin la autorización del marido, es que además, se legitima a la mujer para que pueda percibir unas sumas que tienen naturaleza ganancial a tenor de lo establecido en el artículo 1.401-2.º del C. c. Con ello queda alterado, parcialmente, el régimen de la sociedad legal de gananciales por lo que respecta a una de sus fuentes de ingresos. En efecto, las remuneraciones que acredite la mujer separada en virtud de los contratos de trabajo que haya celebrado siguen siendo gananciales. Nada autoriza a sostener otra cosa. La Ley de Contrato de Trabajo no se pronuncia sobre el carácter privativo o ganancial de la remuneración satisfecha a la mujer

casada, y, por tanto, para calificar la naturaleza de aquélla hay que estar ineludiblemente a lo que dispone el Código civil. La modificación de las normas civiles se refiere, en cambio, al percibo de la remuneración. De acuerdo con las reglas que gobiernan la sociedad de gananciales el crédito que la mujer ostenta a consecuencia de su prestación de trabajo tiene carácter ganancial y consecuentemente es el marido, administrador y representante legal de la sociedad de gananciales, quien debiera estar legitimado para percibirlo, de modo que el cobro por la mujer sólo podría tener lugar de hallarse autorizada (expresa o tácitamente) por su esposo. La Ley del Contrato de Trabajo no sólo faculta a la mujer para cobrar la remuneración, aunque tal autorización no exista, sino que además desestima, en caso de separación de hecho, la posible oposición del marido. La mujer queda, pues, directamente legitimada para hacer efectivo el crédito que ostenta frente a la empresa en que preste sus servicios, por razón de las remuneraciones de todo orden que se le adeuden a consecuencia de aquéllos.

¿Qué alcance tiene esta facultad que se reconoce a la mujer? ¿Se trata sólo de descargar de responsabilidad al patrono, de tal manera que el pago haya de reputarse en todo caso bien hecho al margen de que el marido autorice ó no a su mujer para que cobre? No creo que éste sea el sentido y el alcance de los preceptos que comentamos aunque, sin duda, el expuesto sea uno de sus efectos. En primer lugar el artículo 58 admite (salvo para el caso de separación legal o de hecho) que el marido se oponga a que el pago de la remuneración se realice directamente a la mujer. Si la oposición se estima fundada (por la Magistratura del Trabajo o el Juez municipal según los casos) el empresario no tendrá más remedio que hacer los pagos al marido si quiere que aquéllos tengan eficacia solventatoria. En cambio en el caso de separación de hecho la oposición no se admite. Luego si sólo se hubiera buscado la seguridad (relativa) del patrono en cuanto a la eficacia de los pagos no habría razón para sostener soluciones diferentes según que la mujer esté o no separada.

Parece, por tanto, que la facultad que se concede a la mujer tiene una mayor trascendencia. La potestad de recibir el pago de su remuneración lleva implícita la de disponer de la misma. Así lo reconoce, además, expresamente, el párrafo segundo del artículo 58 en el supuesto de que el marido se oponga y la oposición se estime infundada, si bien entonces la mujer debe invertir la remuneración en las necesidades del hogar. La inexistencia de esta limitación en los casos de separación legal o de hecho, en los que además, y como hemos dicho, la oposición del marido se rechaza de plano, demuestra, a mi juicio, que la mujer que se encuentre en alguna de aquellas dos situaciones puede disponer libremente de la remuneración que perciba.

La mujer separada de hecho puede, pues, gastar o consumir las sumas que reciba como contraprestación de su trabajo. Esta facultad no tiene a mi juicio otra limitación que la dimanante del último pá-

rrafo del artículo 1.413 del C. c. que resulta aplicable, “mutatis mutandi”, a los actos que la mujer realice de acuerdo con el poder dispositivo que se le reconoce en este caso especial. La regla de equivalencia que formula el artículo 1.442 del C. c., obliga a aplicar la limitación formulada por el inciso final del 1.413, si bien en el caso que nos ocupa tal limitación sólo quepa referirla al destino que dé la mujer al producto de su trabajo. Si la mujer dispone de este producto en fraude de su marido o en contravención de lo dispuesto en el Código (lo dona o regala) el acto será impugnable en la misma forma y condiciones en que la mujer o sus herederos podrán atacar los actos del esposo que incidan en la recordada interdicción legal (194).

Naturalmente la potestad dispositiva a que nos venimos refiriendo ampara la posibilidad de que la mujer invierta en determinados bienes el producto de su trabajo. Los contratos que en tal sentido lleve a cabo la mujer (en particular las compras) deben reputarse totalmente válidos. No tendría sentido que legitimada la mujer para disponer del dinero obtenido con su trabajo, la disposición efectuada por vía de compra, pudiera impugnarse en base a una supuesta incapacidad general para contratar. Según vimos anteriormente la mujer casada debe reputarse capacitada para invertir su dinero parafernial. Ciertamente aquí se trata de invertir un dinero que no tiene este carácter sino que, por el contrario, es ganancial pero sobre el cual se reconocen a la mujer, implícitamente, amplias y completas facultades dispositivas. Por razón de las mismas queda eliminado el juego del artículo 1.388 del C. c.

Aquello que la mujer adquiera con el producto de su trabajo tendrá, sin duda alguna, naturaleza ganancial por aplicación de lo establecido en el artículo 1.401-1.º del C. c. No olvidemos que la remuneración laboral que percibe la mujer, y aunque pueda disponer de ella, ingresa en el patrimonio común. Entra en juego, pues, el principio de subrogación real. Así las cosas, el problema que se nos plantea es este: ¿Se extiende la potestad de disposición que se otorga a la mujer sobre la remuneración de su trabajo a los bienes en que se haya subrogado aquélla? A favor de la solución negativa se pueden aducir argumentos de indudable valor. Parece difícil dar a los preceptos laborales una extensión mayor de la que resulta de su contexto de forma tal que invadan un campo de actuación que les es ajeno. Por contra cabe aducir que, de cara a la mujer, no tiene mucho sentido permitirle disponer de la remuneración para después dejar bajo el control administrativo y dispositivo de su marido lo que adquiera al invertir aquélla. Semejante solución es casi un estímulo para que la mujer gaste en bienes de consumo todo lo que gane sin que le interese ahorrar un céntimo, con lo cual, y a la postre,

(194) Sobre el alcance de los conceptos “fraude de la mujer” y “contravención de lo dispuesto en el Código”, véase mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, cit. págs. 96 y sigs.

quien sale perjudicada es la economía común. Por eso, y aun reconociendo que la cuestión es dudosa y opinable, yo me inclino más bien por extender en este caso el juego de la subrogación real hasta sus últimas consecuencias para entender que la mujer está facultada para administrar y enajenar los bienes adquiridos con el producto de su trabajo, si bien la eficacia de los actos que en este sentido realice estará subordinada a la prueba o demostración de que el dinero invertido en la adquisición tiene precisamente el origen indicado (195).

b) *Los frutos de los parafernales.*

Los frutos de los parafernales son bienes gananciales. Así resulta de la declaración general del artículo 1.401-3, que reitera especialmente el artículo 1.385-1.º, al decir que los frutos de los parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. La administración de los mismos corresponde, pues, al marido, en su calidad de administrador general de la sociedad de gananciales, y tiene en tal sentido derecho a exigir de su mujer que se los entregue. No deja de ser anómalo, sin embargo, que los frutos de unos bienes cuya administración pertenece a la mujer deban ser entregados al marido. Sin duda por esta razón el Código establece para los frutos de los parafernales un régimen especial. Y así el artículo 1.386 dice que “las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales a menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia”. Ciertamente todos los gananciales en general —y no sólo los frutos de los parafernales— están afectos a este destino primordial, pero ello no se opone a que los actos que el marido realice dentro del ámbito legal de sus potestades sean válidos y eficaces frente a terceros de buena fe, aunque la finalidad o el destino de estos actos no sea correcto (196). En cambio para los frutos de los parafernales rige una norma diferente. La posibilidad de ejecutar sobre ellos obligaciones personales del marido, depende de que se pruebe por el acreedor que efectivamente la obligación se contrajo en interés de la familia.

¿Cuál es la razón que justifica este trato de favor que se dispensa a los frutos de los parafernales? A mi juicio la respuesta no

(195) Tratándose de inmuebles o establecimientos mercantiles, no parece posible, sin embargo, que la mujer pueda disponer de ellos sin consentimiento del marido. La paridad que en todo caso debe establecerse entre sus potestades (cuando con carácter general o particular administre los gananciales) y la de su marido, debe llevar a la conclusión negativa. Puesto que el varón, facultado para comprar con dinero ganancial, no puede enajenar o gravar los bienes a que se refiere el artículo 1.413-1 (número 2.º), sin consentimiento de su mujer o autorización judicial, sería a todas luces excesivo reconocer a la esposa, y para tales bienes, poderes más amplios e ilimitados.

(196) Ver sobre este punto lo dicho más atrás, al comentar las opiniones de los que creen que la responsabilidad general de los gananciales por las obligaciones del marido puede quedar eliminada si se demuestra que estas obligaciones no se contrajeron en interés de la familia.

puede ser más que una. La Ley considera en cierto modo insólito que los rendimientos de unos bienes sobre los que la mujer ostenta el dominio y la administración tengan que ser entregados al marido para que sea él, a su vez, quien los administre y disponga de ellos (197). Este resultado sólo se justifica en la medida en que al ser gananciales los productos del capital parafernial están también afectos al levantamiento de las cargas de la familia, y puesto que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal lógico es que sea él quien decida el modo y forma en que los diversos ingresos nutren el patrimonio común debe ser aplicados a tal fin.

Visto el fundamento veamos ahora de qué modo ha de interpretarse y aplicarse el artículo 1.386. De él se sigue, como primera fundamental consecuencia, que la mujer, si no hay cargas familiares atendidas por el marido, no está obligada a entregarle los frutos de sus parafernales, lo que lleva consigo que aquél pierda la facultad de administrarlos y la de disponer de ellos. La única forma segura de liberar de responsabilidad los frutos de los parafernales por razón de obligaciones que el marido haya contraído en su propio y exclusivo interés es su retención por la mujer. Una vez que se mezclen y confundan con los restantes bienes que componen la masa ganancial no será fácil sustraerlos a la acción de los acreedores, lo que sólo podrá lograrse si se demuestra que los bienes trabados son rendimiento del capital parafernial o se han adquirido a sus expensas. No parece razonable imponer a la mujer el riesgo de que el artículo 1.386 quede convertido en letra muerta si "a priori" se sabe que no concurren las circunstancias que justifican que el marido disponga y maneje la utilidad dimanante de los bienes parafernales de su esposa. Ello sería absolutamente contrario al espíritu del artículo 1.386. Basándose en este precepto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido con acierto que si el marido no soporta las cargas familiares no puede exigir a su mujer que le entregue el producto obtenido a través de la fructuación de su patrimonio parafernial. Esta doctrina se ha aplicado preferentemente a supuestos en que los cónyuges vivían separados de hecho (198) y no había hijos, o éstos estaban en su totalidad al cuidado de la madre (199).

¿A quién corresponde la administración de los frutos de los para-

(197) A esta idea responden, sin duda, las sentencias citadas en la nota 175.

(198) En algunos casos la mujer había pedido el depósito judicial, pero este dato no es tenido en cuenta para resolver el problema de fondo más que como indicativo de la inexistencia de cargas familiares satisfechas por el marido.

(199) Cfr. SS. de 8 y 21 de noviembre de 1907, 15 de enero de 1917, 14 de enero de 1928 y 11 de abril de 1930. La de 12 de julio de 1929 aplica la misma doctrina cuando todos los hijos están en poder de la madre, que los había obtenido al pedir el depósito judicial, no obstante alegar el padre, lo que no probó suficientemente, a los efectos de la casación, que uno de los hijos seguía a su cargo y que contribuía a la educación de todos. Por el contrario, las SS. de 11 de octubre de 1902 y de 2 de enero de 1909 establecen que la mujer separada de hecho debe entregar los frutos de sus parafernales al marido, si existen en el matrimonio cargas que levantar y que son soportadas por aquél.

fernales cuando el marido pierde esta potestad al perder igualmente el derecho a exigir su entrega? La contestación brota espontáneamente. Sin duda alguna, a la mujer. Cuando ésta queda exenta de la obligación de entregar el rendimiento de sus parafernales al marido, y por lo que respecta a la administración de ese rendimiento, nos encontramos ante esta disyuntiva: O bien se entiende que la mujer queda convertida en simple depositaria de los frutos que han producido sus propios bienes, o de lo contrario hay que admitir que la facultad de administrar los parafernales se extiende también a sus frutos, a pesar de que éstos no son ya bienes privativos sino comunes. La primera solución es absurda y nada autoriza a defenderla. Puesto que los frutos de los parafernales están privilegiadamente adscritos al levantamiento de las cargas de la familia (y es también carga de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la mujer) no se puede aceptar que queden, sin más, bloqueados con lo que deviene incumplido lo que constituye su destino específico. Hay que admitir, por tanto, que la administración de los frutos de los parafernales pasa, en las hipótesis contempladas, del marido a la mujer lo cual es conforme con la "ratio" a que en última instancia responde el artículo 1.386. Las facultades de la mujer no se concretan a la administración "sensu stricto" de aquellos frutos, sino que comprenden la potestad de enajenarlos o consumirlos. Sin reconocer a la mujer este derecho difícilmente podrá ser aplicado al rendimiento de los bienes parafernales al pago de los gastos familiares. El artículo 1.387 no es aplicable, pues se refiere sólo al capital parafernally propiamente dicho, pero no a sus frutos. Finalmente, al no haber norma ninguna que determine cuáles son las facultades de la mujer sobre este sector del patrimonio ganancial, que excepcionalmente queda a su cargo, habrá que estimar que coinciden con las que tendría el marido de haber conservado las potestades que perdió. Así resulta de la aplicación analógica del artículo 1.442 a este caso concreto.

Por tanto, los frutos de los parafernales, cuando se da la situación singular que estamos examinando, quedan sujetos a un régimen similar al que antes hemos trazado al ocuparnos de las remuneraciones laborales satisfechas a la mujer separada de hecho. En ambas hipótesis los bienes en cuestión (remuneración o frutos) no dejan de ser gananciales, pero quedan fuera del control administrativo y dispositivo del marido. La mujer podrá, pues, disponer de esos frutos aunque con las limitaciones impuestas por el artículo 1.413.

c) *Gestión administrativa de la mujer en los supuestos de abandono del marido.*

Cuando los cónyuges se separan mediante un acuerdo privado en el que se regula lo concerniente a la administración de los bienes comunes, pago de las cargas familiares, y facultades de la mujer, los problemas que todo ello plantea quedan, por de pronto, resueltos,

en tanto, claro está, que ambos esposos cumplan lo convenido, y al margen de las cuestiones que se suscitan en torno a la validez intrínseca e irrevocabilidad de tales acuerdos, extremos que ya fueron tratados anteriormente. La legitimación de la mujer, como también advertimos, se instrumenta a través de poderes o autorizaciones que, al menos mientras no se revoquen, bastan para dotar de plena validez y eficacia los contratos y actos jurídicos que lleve a cabo.

Pero puede suceder que los cónyuges resuelvan aquellas cuestiones de modo poco satisfactorio (por ejemplo, si el acuerdo de separación se limita a establecer la cesación de la vida en común y a señalar a la mujer una pensión insuficiente) o simplemente que las dejen sin solución, lo que acontece si entre ellos no media acuerdo ninguno. El problema, para la mujer, reviste especial gravedad si los hijos quedan a su cargo sin que el marido, que se ha limitado a abandonar el domicilio conyugal, haya tomado ninguna providencia al respecto (200).

A primera vista parece que la situación de la mujer, en los eventos indicados (y especialmente en el caso de abandono total) es, no ya grave, sino desesperada. Su capacidad continúa grave y profundamente trabada por las amplias limitaciones que establecen los artículos 60 y 61 del C. c., y, además, carece de facultades para administrar, obligar y enajenar los bienes gananciales que, por lo regular, constituyen el único recurso económico del matrimonio. Ante tan desconsolador panorama es menester que el intérprete aguce su ingenio y procure buscar alguna fórmula que de uno u otro modo sirva para que la mujer pueda salir adelante.

El primer remedio del que cabe echar mano es la llamada potestad doméstica de la mujer casada. Pero antes de utilizar este recurso hay que despejar una incógnita: ¿Esta potestad subsiste o desaparece con la separación de hecho? La respuesta a esta pregunta parece depender, en principio, de la naturaleza que se atribuya a ese poder doméstico. Para la doctrina tradicional francesa consiste en un mandato de carácter tácito o presunto que el marido confiere a su mujer. De acuerdo con esta concepción, que ha sido acogida por la Jurisprudencia, aunque sea objeto de algunas críticas autorizadas (201), la potestad de la mujer debe desaparecer, al menos como regla general, al quedar separada de hecho. No es fácil sostener la existencia de un consentimiento tácito o presunto por parte de los maridos que viven separados de sus esposas. Sin embargo, la mayoría de las de-

(200) Evidentemente, el esposo, en tal supuesto, puede ser penalmente perseguido por el delito de abandono de familia. Pero no es éste un problema del que, por la índole de nuestro trabajo, hayamos de tratar aquí. Nos interesa exclusivamente el examen de la situación civil de la mujer. Tampoco consideramos la hipótesis de que la mujer plantee la separación judicial, puesto que este trabajo versa solamente sobre la separación de hecho. Por otra parte, la hipótesis que contemplamos en el texto (abandono del marido sin que la mujer reaccione judicialmente por vía civil o penal contra él) es más frecuente de lo que parece.

(201) Cfr. ROUAST, *Tratado Práctico de Derecho civil francés de Planiol-Ripert*, traducción española de Díaz Cruz, tomo II, págs. 298 y sigs.

cisiones jurisprudenciales admiten la persistencia del mandato doméstico, no obstante, la separación de hecho, salvo que el marido atienda las necesidades de la mujer mediante el pago de una pensión alimenticia. Es más, y aunque algunos fallos (más lógicos, aunque menos justos) declaran extinguido el mandato doméstico (por carecer de base la presunción de consentimiento marital en casos de separación de hecho), la mayoría no sólo lo consideran subsistente, según se ha dicho, sino que además tienden a extenderlo, sin duda para remediar, parcialmente, a través de este procedimiento, la situación de la mujer. En las legislaciones germánicas, por el contrario, la potestad doméstica de la mujer casada (*Schlüsselgewalt*) no se entiende que dimana de la voluntad del marido (a pesar de que entraña la facultad de representarle), sino de la Ley. El marido puede limitar los poderes de su mujer en este sentido, y aun privarle de ellos (202), pero la mujer, si la actitud del marido es arbitraria, puede acudir al juez quien tiene facultades para restablecerlos. Por consiguiente, y puesto que no es la voluntad (tácita o presunta) del marido la que hace nacer el poder doméstico de la mujer, ésta lo conserva, aunque los cónyuges vivan separados, siempre que quede en la casa con los hijos (203).

En el derecho español la llamada potestad doméstica de la mujer casada viene reconocida por el primer apartado del artículo, 62 y a ella se alude también en los artículos 1.362 y 1.385. A la vista de estos preceptos no es demasiado fácil concretar la verdadera naturaleza de las facultades concedidas a la mujer, pues si bien del artículo 62 se desprende que se trata de una potestad directamente emanada de la Ley, ya que se proclama, sin más e imperativamente, la validez de las compras efectuadas por la mujer "destinadas al consumo ordinario de la familia"; en cambio, el artículo 1.362 habla de los gastos causados por la mujer, o de su orden, "bajo la tolerancia del marido". La doctrina española, aunque no se ha detenido a considerar este problema con demasiada atención, parece estimar que se trata de un poder que la mujer ostenta con carácter autónomo y que no descansa en la voluntad tácita o presunta del marido (204). La Jurisprudencia, por su parte, se inclina decididamente por la tesis de que la potestad doméstica de la mujer es propia y no delegada, y admite que puede ejercitarse con eficacia aunque no exista base alguna para estimar que los actos de aquélla fueran consentidos tácitamente por el marido. Concretamente, y ante un supuesto de separación de hecho, ha proclamado la validez de las compras efectuadas por la mujer al amparo del párrafo primero del artículo 62 (205), incluso aunque no exista

(202) En Derecho alemán, sin autorización judicial, y en el suizo, con ella.

(203) Cfr. WOLFF, *Tratado de Derecho civil de Eneccerus*, traducción española de Perés Alguer y Castán, tomo IV-I, pág. 301.

(204) En este sentido, LACRUZ, cit., pág. 198, y PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Tratado de Derecho civil de Eneccerus*, pág. 302.

(205) Cfr. la S. de 18 de junio de 1917. En el caso que resolvió esta sentencia, los esposos se habían separado privadamente por entender que su matrimonio era nulo. La mujer quedó depositada en poder de su padre. No resulta de la

hogar conyugal ni otras cargas familiares que el sustento de los cónyuges, lo que tal vez sea llevar demasiado lejos la interpretación de los preceptos antes citados.

¿Cuál es el ámbito de la potestad doméstica reconocida a la mujer? El artículo 62 habla, según hemos visto, de las compras de cosas que por su naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia. El 1.362 emplea una expresión algo más amplia al aludir a los "gastos diarios usuales de la familia". La doctrina tiende a interpretar con generosidad estos preceptos y así incluye en su ámbito los gastos de "alimentación, cuidado corporal, vestido, educación, menaje, entretenimiento, transporte usual, suministros corrientes" y también los contratos referentes a prestaciones de servicios necesarios o conveniente para el buen funcionamiento del hogar (contratos referentes al servicio doméstico, reparaciones, etc.) (206). Ha de tratarse de gastos cuya cuantía guarde proporción con la posición social y económica de la familia (207). No es posible, en cambio, extender la esfera del poder doméstico a la celebración de contratos (concretamente préstamos) destinados a allegar fondos para atender las expresadas necesidades (lo que en cambio admite la Jurisprudencia francesa), pues la Ley se refiere exclusivamente a los actos dirigidos directamente a cubrir las necesidades normales del hogar.

La subsistencia del poder doméstico de la mujer casada, a pesar de la separación de hecho, constituye, sin duda, una primera solución, digamos de urgencia, que le permite desenvolverse en el ámbito de lo más necesario y perentorio para atender a su propia subsistencia, a la de los hijos, y al funcionamiento del hogar familiar. Pero es indudable que se trata de un remedio parcial e insuficiente y que no sirve para resolver problemas de mayor envergadura o situaciones más complejas. Es necesario, pues, indagar si la posibilidad de que la mujer separada de hecho lleve a efecto actos jurídicos susceptibles de comprometer válida y eficazmente a la sociedad de gananciales, se ciñe, exclusivamente, a los que lleve a cabo al ejercitar sus poderes domésticos, o si puede ampliarse por algún procedimiento indirecto.

Según ya vimos anteriormente, la mujer no puede obligar los bienes gananciales sin el consentimiento del marido, consentimiento

sentencia si llegó o no a entablarse el proceso de nulidad, pero, aunque así fuera, es evidente que no llegó a decretarse aquélla, pues en tal caso hubiera sido mucho más difícil condenar al marido, quien no alude para nada al tema en los motivos del recurso, lo que hace lógicamente presumir que ni siquiera llegó a formalizarse la demanda. La sentencia estima que el marido debe pagar los gastos causados por su mujer en prendas de vestir para ella misma, no obstante la separación, y a pesar de que dada la cuantía del gasto y la naturaleza de los objetos adquiridos (sombreros, pieles, manguitos, etc., suministrados por un comercio lujoso de Biarritz), se interpretó muy latamente el artículo 62 del C. c. La sentencia tuvo en cuenta el rango social, fortuna, costumbres y modo de vivir habitual de la mujer.

(206) Cfr. LACRUZ, cit., pág. 199, y PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, cit., pág. 302.

(207) En este sentido, la Jurisprudencia. Además de la S. de 18 de junio de 1917, ya citada, la de 13 de diciembre de 1919.

que es, como también recalcamos, distinto de la simple licencia. Es más, sostuvimos que, aunque se trate de obligaciones contraídas por la mujer para atender cargas que son legalmente de cuenta de la sociedad de gananciales (números 2 al 5 del artículo 1.408), ello no es razón suficiente para que la obligación se considere válidamente contraída, de modo que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el patrimonio común. Esto no significa, sin embargo, como también se hizo notar, que la sociedad de gananciales y el propio marido tengan que quedar en todo caso indemnes de las consecuencias de la gestión de la mujer, por más que esta gestión haya rebasado el ámbito de las protestades que se le conceden de modo directo.

En primer término resulta evidente que el patrimonio ganancial, si se ha enriquecido como consecuencia del acto de la mujer, tendrá que responder, frente al tercero que contrató con ella, en la medida del enriquecimiento. Supuesta la nulidad del contrato, por cuanto que la mujer no está legitimada para disponer de los gananciales o para obligarlos, la contraparte no podrá ejercitar contra los bienes comunes ninguna de las acciones dimanantes del negocio jurídico que haya celebrado, pero, si en virtud de ese negocio, se ha operado un desplazamiento patrimonial en favor de la sociedad de gananciales, ostentará la acción "in rem verso" para corregir el resultado injusto que en otro caso quedaría consumado. La sociedad de gananciales se enriquece si su activo experimenta un incremento que subsista al tiempo de entablar la acción, y también si la mujer destinó la prestación recibida a satisfacer un gasto que legalmente debe ser soportado por el patrimonio común. Es también enriquecimiento el llamado enriquecimiento negativo, o sea, el que se produce cuando se ha evitado una disminución del patrimonio. Como se ha dicho acertadamente "un no gasto equivale a un ingreso" (208).

Para que la pretensión del tercero, fundada en el enriquecimiento sin causa de la sociedad de gananciales, pueda prosperar se precisa que demuestre que han concurrido las circunstancias y requisitos que constituyen el presupuesto de su ejercicio. La acción, además, estará sujeta a las limitaciones inherentes a todas las acciones de enriquecimiento (209). Por esto hay que preguntarse si el tercero que ha contratado con la mujer no puede hacer valer, en ningún caso, frente al patrimonio común y frente al marido, las acciones que nacen directamente de aquel contrato, sin necesidad de acudir al rodeo, en el que puede perderse, del enriquecimiento injusto.

Apurando un tanto las cosas podría quizá pensarse que el marido que se separa unilateral y privadamente de su mujer dejando en sus manos la dirección del hogar conyugal y la custodia y educación de los hijos, e incluso, a veces, el manejo de todo el patrimonio común acu-

(208) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, página 117.

(209) Cfr. sobre este punto, NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa*, cit., págs. 188 y sigs.

mulado hasta entonces, o el de alguno de los bienes que lo componen, lo que hace no es más que delegar tácitamente en la esposa las facultades de dirección, administración y gobierno que le corresponden como jefe de la familia, papel del que ha abdicado por lo menos temporalmente. Pero si esta solución se rechaza por demasiado atrevida, o cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, no quepa invocar la existencia de esa delegación tácita, cabe aún acudir a las normas y preceptos que regulan la gestión de negocios ajenos. El hecho de que el negocio que gestiona la mujer, a saber la dirección de la familia y del acervo común, no le sea ajeno, como desde luego no lo es, no constituye un obstáculo de consideración que se oponga a la posibilidad que queda apuntada. La "negotiorum gestio" puede también entrar en juego cuando asume la dirección de negocios comunes un interesado que legalmente carece de la facultad de dirigirlos. Los autores franceses, por ejemplo, integran en el instituto el supuesto de actuación de un socio por cuenta de la sociedad sin poder para ello (210). La doctrina española más reciente admite, igualmente, aunque no se detenga en el estudio del problema, que los terceros pueden hacer valer contra la sociedad de gananciales las pretensiones derivadas de los actos celebrados por la mujer en virtud de acciones amparadas por la gestión de negocios (211).

De las tres acciones que brotan de la "negotiorum gestio", nos interesa detenernos a contemplar dos: la que asiste al gestor contra el dueño y, sobre todo, la que pueden ejercitar los terceros frente al "dominus". A ambas se refiere el artículo 1.893 del C. c. (212).

(210) NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 179, estima criticable esta doctrina por entender que si el socio obra en nombre propio (caso al que se refiere el artículo 1.698 del C. c.), la sociedad no puede quedar vinculada más que por vía de enriquecimiento, lo cual viene a ser sancionado por el precepto citado. Sin embargo, yo creo, y disiento de la autorizada opinión de NÚÑEZ LAGOS, que si se está en el caso del inciso final del artículo 1.717, párrafo 2.º; es decir, si se trata de cosa propia de la sociedad, este hecho sustituye la "contemplatio domini" y, por tanto, se puede aplicar, aunque no haya mandato, el artículo 1.893 invocando la norma contenida en el artículo primeramente citado, que parece aplicable por analogía. Ciertamente que la propia doctrina francesa ha llevado el supuesto al terreno del enriquecimiento injusto al clarificar la distinción, al principio un tanto turbia, entre la acción "in rem verso" y la que dimana de la "negotiorum gestio" propiamente dicha. Por otra parte, y como el propio NÚÑEZ LAGOS reconoce (Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista, en Cuestiones de Derecho privado de nuestra postguerra, Barcelona, 1942, págs 167 y sigs.), cuando el negocio es ajeno "ex re ipsa" no es necesario el requisito del "animus aliena negotia gerendi", ni, por tanto, el de la "contemplatio domini". La gestión por parte de la mujer de los intereses familiares, o sus actos de administración, e incluso de disposición sobre los gananciales, se refieren, sin duda, a un negocio que objetivamente, es decir, "ex re ipsa", pertenece también, aunque no exclusivamente, al marido.

(211) LACRUZ, cit., pág. 199.

(212) En cambio, no tiene interés considerar la acción directa del dueño contra el gestor porque no parece que el marido pueda exigir de su mujer que continúe la gestión iniciada, ya que es él quien debe asumir la dirección de la familia. Tal vez, sin embargo, no quepa excluir en absoluto la posibilidad de

La "actio negotiorum gestio contraria" podría, tal vez, ser entablada por la mujer que ha satisfecho, a expensas de su propio patrimonio, gastos que son legalmente de cuenta de la sociedad de gananciales. El derecho a exigir el reintegro de estos gastos por vía de enriquecimiento injusto es indiscutible (213). Pero la acción fundada en la gestión de negocios tiene más amplio contenido, pues faculta para exigir el reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos por la mujer más los perjuicios que hubiere podido sufrir, es decir, tiene por finalidad dejarla indemne por completo de las consecuencias de su gestión (214). Aunque la cuestión es opinable yo me inclino a favor de la viabilidad en este caso de la "actio negotiorum gestio contraria". La ingerencia de la mujer se debe a que el marido ha abandonado, generalmente con culpa, el cumplimiento de los deberes que le incumben como rector de la sociedad conyugal (215).

Mayor interés tiene, como ya he subrayado, el ejercicio de la acción que corresponde a los terceros contra el "dominus", que en este caso es el marido, en su calidad de representante legal de la sociedad de gananciales. A mi juicio, siempre que se cumplan las exigencias que la Ley establece para que el dueño quede vinculado frente al tercero que contrató con el gestor oficioso no hay motivo alguno para excusar la responsabilidad del marido, ni la del patrimonio común. No se trata ya (como acontece en cambio con la "actio negotiorum gestio contraria") de resolver un problema que afecta exclusivamente a las relaciones entre los cónyuges, y que por la peculiar naturaleza de éstas merezca soluciones especiales, sino que estamos situados, lisa y llanamente, ante una relación que intercede entre un extraño (el que contrató con la mujer) y el marido, administrador legal de la sociedad de gananciales. Puesto que nos encontramos ante una hipótesis en que el negocio es objetiva (aunque

aplicar el artículo 1.899 en el caso de gestión culposa o negligente de la mujer, al menos en ciertos casos en que el marido hubiera estado de hecho imposibilitado de intervenir. Los perjuicios habrían de ser tenidos en cuenta a la hora de liquidar la sociedad de gananciales. No obstante, el hecho de que el marido no sea responsable de una gestión desafortunada del patrimonio común (salvo supuestos de fraude o contravención), hace sumamente cuestionable que pueda entrar en juego el artículo 1.899.

(213) Cfr. LACRUZ, cit., pág. 404, y sentencia de 27 de octubre de 1909, de la que resulta, no obstante, que el reembolso no debe tener lugar hasta el momento de la liquidación de la sociedad. Disiente LACRUZ en obra y lugar citados.

(214) Así, por ejemplo, la mujer podría repercutir los intereses y quebrantos derivados de las obligaciones asumidas y satisfechas por ella para allegar fondos con qué pagar cargas de la sociedad de gananciales.

(215) Por consiguiente no cabe pensar en la aplicación del artículo 1.893 cuando es el propio marido quien a sus expensas supe de su propio peculio cantidades que son de cuenta de la sociedad de gananciales, puesto que bajo ningún concepto puede considerársele gestor de negocios ajenos, ni existe dejación de facultades por parte de la mujer, ya que, por hipótesis, y en principio, no la tiene. En cambio el marido ostentará la acción de enriquecimiento.

parcialmente) del marido (o sea, nos hallamos ante un caso de "negotiorum gestio" propiamente dicho y no de "negotiorum susceptio") basta, para establecer la vinculación directa del marido y del patrimonio ganancial, la concurrencia de la llamada "utiliter gestum". Este esencial requisito aparece descrito y explicado por el artículo 1.893. A mi juicio, tiene dos versiones. Se da, de manera indiscutible, en el caso a que se refiere el segundo párrafo del precepto. Dice este segundo párrafo: "Igual obligación le incumbirá (al dueño) cuando la gestión haya tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto aunque de ella no resulte provecho alguno" (216).

Con arreglo a esta primera manifestación del "utiliter gestum" los actos de la mujer vincularán directamente a la sociedad de gananciales cuando mediante su gestión se haya evitado al patrimonio común un perjuicio inminente y manifiesto o cuando la mujer haya tenido que comprometer aquel patrimonio para atender a alguna de las cargas que legalmente pesan sobre la sociedad de gananciales, de tal modo que la necesidad de proveer a su satisfacción se presente con el carácter de urgencia y en la forma ostensible que exige el segundo párrafo del artículo 1.893. Se trata, por ejemplo, de efectuar una reparación inaplazable en un bien ganancial, de decidir una intervención quirúrgica grave y costosa (217), o de adquirir la vivienda en que está instalado el hogar familiar, para evitar el riesgo de que, por no ejercitar el tanteo arrendaticio, el comprador pueda, después,

(216) NÚÑEZ LAGOS, obra últimamente citada, pág. 175, entiende que la acción derivada de este segundo párrafo no es una acción de gestión de negocios, sino de enriquecimiento. No comparto esta opinión. Al decir el Código que las "mismas obligaciones (es decir, las que fija el párrafo primero) incumbirán al dueño frente al gestor", pone de relieve claramente que la acción que compete al gestor contra el dueño, cuando su gestión haya tenido por finalidad evitarle un perjuicio inminente y manifiesto, es de la misma naturaleza que la contemplada por el párrafo primero. Por tanto, el dueño no responderá frente al gestor hasta la medida de su enriquecimiento (enriquecimiento negativo), sino de los gastos necesarios y útiles hechos por el gestor, y de los daños y perjuicios que la gestión le hubiese ocasionado. El supuesto previsto por el artículo 1.893-2 responde mejor a la tradición romana del instituto que el aludido por el primer párrafo, el cual, como el propio NÚÑEZ LAGOS reconoce, se desvía un tanto del tradicional concepto del "utiliter". Así las cosas, y aunque el segundo párrafo del artículo 1.893 alude sólo a las obligaciones del dueño frente al gestor, no se ve razón alguna, si situamos la hipótesis, como creemos haber demostrado y resulta además de su encuadramiento sistemático, dentro del ámbito de la "negotiorum gestio" propiamente dicha, para negar a los terceros acción contra el dueño, lo que, además, sería claramente contrario a la equidad.

(217) Cfr. la S. de 19 de mayo de 1934. Esta sentencia declara válido un contrato de servicios médicos celebrado por la mujer urgentemente para atender a su marido. Pero, evidentemente, la figura de "la representación necesaria" que invoca esta sentencia, y que, a mi juicio, únicamente puede encontrar cauce a través de la "negotiorum gestio", es también aplicable a los supuestos en que los servicios médicos hayan sido convenidos por la mujer separada de hecho para cuidar de su propia salud, o de la salud de los hijos.

denegar la prórroga forzosa (218). En todos estos casos, u otros similares, son válidos, y vinculan a la sociedad de gananciales, no sólo los negocios jurídicos celebrados por la mujer directamente dirigidos a conjurar el perjuicio que amenace los intereses familiares, sino también los que tenga que llevar a cabo para allegar los recursos necesarios, siempre que se demuestre, la conexión entre ambos negocios y la aplicación íntegra de lo obtenido con el segundo al pago de las prestaciones dimanantes del primero.

Pero el "utiliter gestum", susceptible de vincular directamente al "dominus negotii" frente a terceros, no se agota en el supuesto contemplado por el párrafo segundo del artículo 1.893. En el primer párrafo del mismo artículo se dice: "Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena el dueño de los bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés". A primera vista parece que la Ley se refiere aquí a la posibilidad de que los negocios jurídicos celebrados por el gestor sean ratificados tácitamente por el dueño del negocio. Sin embargo, y como se ha puesto de relieve con acierto (219), el aprovechamiento de las ventajas de que habla el Código no equivale a una ratificación. Aunque el dueño no conozca exactamente cuáles hayan sido los actos jurídicos realizados por el gestor (lo que excluye toda idea de ratificación) o aunque pretenda desconocerlos o impugnarlos, si se aprovecha de los resultados de la gestión (220), queda vinculado según el artículo 1.893. Se trata de una aplicación del "utiliter gestum" que responde a una progresiva trayectoria de objetivación de este requisito. Mientras para el derecho romano la vinculación del dueño dependía de factores referidos al comienzo de la gestión, el Código civil atiende preferentemente al resultado final de la misma, y, sobre todo, al comportamiento que frente a ella observe el dueño, aunque este comportamiento, repetimos, no tenga que consistir necesariamente en una ratificación expresa o tácita. El aprovechamiento de las ventajas derivadas de la gestión ("utiliter coeptum") basta para que el dueño quede obligado frente a los terceros que contrataron con el gestor, y también para que nazca la "actio negotiorum gestio" contraria (cfr. 1.893-1 "in fine").

La expresión "ventajas" que utiliza el artículo 1.893 debe ser en-

(218) En mi práctica profesional he visto alguna autorización judicial concedida con este fin. En la medida en que la autorización se dirija a levantar la incapacidad de la mujer, nada hay que oponer al remedio de la intervención judicial. Pero si de lo que se trata es de pagar el piso con dinero ganancial, o presuntivamente ganancial, como ocurre generalmente, la intervención judicial, de proceder de acuerdo con el derecho estricto, no puede resolver el problema. El camino, en mi opinión, para llegar a la necesaria solución afirmativa, ha de ser el que señalo en el texto.

(219) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, ob. cit. últimamente, pág. 177, en contra de la tesis de TRAVIESAS.

(220) Este es el sentido que hay que dar a la expresión aprovecharse de las ventajas. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 176.

tendida, en mi opinión, en sentido amplio. El dueño se aprovecha también de los resultados de la gestión cuando ésta ha consistido en el cumplimiento de atenciones que estaban legalmente a su cargo y de las que voluntariamente se ha desentendido. El marido, por tanto, que abandona el hogar y los hijos, y omite el cumplimiento de los deberes de todo orden que como jefe de la familia le incumben, queda vinculado "utiliter" por la gestión de la mujer y no podrá excusar su propia responsabilidad y la del patrimonio común por razón de las obligaciones que la mujer haya contraído para proveer a la satisfacción de las cargas familiares y las demás que son de cuenta de la sociedad de gananciales. Tampoco podrá escudarse en que no conoció ni ratificó los contratos que la mujer llevó a cabo, vinculando el patrimonio común, si de algún modo se beneficia o disfruta de los bienes que la mujer adquirió durante la separación de hecho.

Las soluciones a que llegamos, gracias al juego de la "negotiorum gestio", corrigen en gran parte, y con relación a nuestro supuesto, los resultados a que conduce la aplicación insoslayable del artículo 1.416. Se ha sostenido doctrinalmente (221), como ya indicamos en la primera parte de este trabajo, que los bienes gananciales deben responder de las obligaciones de la mujer que cuenta con licencia de su marido, caso de que estas obligaciones se hayan contraído para atender a alguno de los conceptos detallados por los artículos 2 a 5 del artículo 1.408. En mi opinión —y por eso creo que la solución que propugno es más justa frente a la separación de hecho motivada por el abandono del marido— cuando pueda ser aplicable el artículo 1.893 es irrelevante que la mujer tenga o no tenga licencia para obligarse. En efecto, tanto la licencia (que se precisa para que la mujer pueda vincular su propio patrimonio) como el consentimiento (necesario para obligar los gananciales) son aquí innecesarios pues la interferencia de aquel precepto desata una responsabilidad "ex lege" que no dimana de la voluntad del marido. Tampoco puede invocarse la supuesta incapacidad de la mujer. La mujer, como sabemos, no es de suyo incapaz. La limitación a su capacidad proviene de las potestades del marido quien consecuentemente puede, si quiere, levantarlas. Pero como el artículo 1.893 opera al margen de la voluntad del "dominus" no tendría aquí sentido excusar la responsabilidad del patrimonio común mediante el expediente de que la mujer no tiene, al estar desprovista de licencia, capacidad para obligarse.

En cambio, y me permito insistir en ello, cuando el artículo 1.893 no sea aplicable, no creo que las obligaciones contraídas por la mujer, que tiene licencia de su marido para obligarse, puedan directamente repercutirse sobre el patrimonio ganancial aunque se hayan contraído para levantar cargas familiares. Si el marido está asumiendo la dirección de la familia (incluso aunque esté separado de he-

(221) Cfr. LACRUZ, ob. cit., pág. 520.

cho), la mujer, fuera del ámbito de su poder doméstico, no puede tomar decisiones válidas a sus espaldas, salvo supuestos graves y urgentes que se resolverían merced al segundo párrafo del artículo antes citado (222). La pura licencia, cuando no envuelva un consentimiento tácito, significa que el marido no quiere que su mujer obligue el patrimonio ganancial. A él corresponde decidir exclusivamente qué obligaciones deben ser contraídas para cubrir las necesidades de la familia (223). La mujer que en uso de la licencia se obliga e invierte la contrapartida en beneficio de la sociedad de gananciales no compromete a ésta, sin perjuicio de la responsabilidad del patrimonio común por razón de su posible enriquecimiento y dentro de los límites de éste. Comprendo que en la práctica puede resultar delicado puntualizar cuándo la actitud del marido debe decidir la aplicación del artículo 1.893. Pero el margen de incertidumbre es, "a priori", inevitable. El quehacer del jurista consiste —ineludiblemente— en bajar y matizar las soluciones legales para buscar la justicia del caso concreto.

D) VALOR JURÍDICO DE LOS ACTOS REALIZADOS POR LA MUJER SIN LICENCIA O CONSENTIMIENTO DEL MARIDO

Hemos examinado hasta aquí los supuestos en que la mujer separada de hecho puede válida y eficazmente actuar sobre su propio patrimonio, o sobre el patrimonio ganancial, a pesar de no contar con la licencia o consentimiento de su marido. Cumple ahora que estudiemos cuál es el valor jurídico de los actos que intente llevar a cabo sin la autorización o consentimiento marital, y que por su naturaleza o circunstancias caigan fuera de las hipótesis en que la intervención del esposo no sea necesaria. Por supuesto tales actos, al adolecer de un requisito necesario para su eficacia, no pueden surtir la plenitud de sus efectos y consecuencias. Son, en mayor o menor medida, ineficaces. Cual sea la intensidad y el alcance de esa ineficacia es el tema que nos proponemos abordar ahora.

(222) La aplicación del párrafo segundo del precepto, presupondrá normalmente que mediante la gestión de la mujer se ha provisto a alguna atención que era de cargo de la sociedad de gananciales. Sin embargo no es este dato, sino la urgencia en afrontar el gasto, la razón determinante de la responsabilidad del patrimonio común.

(223) LACRUZ, cit., pág. 520, estima que las obligaciones contraídas por la mujer, y que puedan encajarse en alguno de los cuatro últimos apartados del artículo 1.408, podrán hacerse efectivas sobre el patrimonio común, si han sido válidamente contraídas; es decir, si la mujer tenía licencia marital o judicial para obligarse, o si actuó en base de las facultades que le reconoce el artículo 1.384. En cuanto a la imposibilidad de que el patrimonio ganancial quede obligado a consecuencia de los actos de la mujer provista de simple licencia (distinta del consentimiento a que se refiere el artículo 1.416), nos remitimos a lo que antes dijimos al estudiar con detenimiento esta cuestión. Por lo que respecta a la invocación del artículo 1.384, no se nos alcanza cómo la mujer, a través de la facultad de administrar sus parafernales, pueda contraer una obligación destinada a satisfacer una carga de la sociedad legal.

La licencia marital es necesaria para que la mujer pueda disponer de su propio patrimonio, o para que pueda contraer obligaciones que deban hacerse efectiva sobre él, salvo que se trate de contratos u obligaciones que entren dentro del ámbito de facultades que la ley le reserva (antes hemos visto cuáles eran estas facultades), pues entonces la autorización del marido es superflua. La falta de licencia, cuando ésta es precisa, determina la anulabilidad del acto. El acto no es nulo, sino anulable, lo que equivale a decir que mientras no sea impugnado por el marido, o sus herederos (únicos titulares de la acción de impugnación), surte los efectos que, según su naturaleza, está destinado a producir. Así resulta con toda claridad de los artículos 65 y 1.301 del C. c. y lo confirma con rara unanimidad la interpretación jurisprudencial y doctrinal de dichos preceptos. Haciéndose eco de este criterio el Reglamento Notarial permite la autorización de escrituras otorgadas por mujer casada sin licencia marital, aunque ésta sea necesaria, pero con obligación por parte del Notario de advertir expresamente las consecuencias posibles de la falta de licencia (artículo 169). El Reglamento hipotecario en su artículo 94 admite la inscripción de los actos o contratos otorgados por mujer casada sin licencia de su marido siempre que el Registrador haga constar en la inscripción la falta de autorización marital.

No hay, pues, cuestión en cuanto al tipo de ineficacia que afecta a los actos otorgados por la mujer casada sin licencia de su marido. En cambio, sí pueden y deben plantearse dos problemas. El primero consiste en saber si el derecho de impugnación que la Ley reconoce al marido y a sus herederos es absoluto e incondicionado, o puede quedar eliminado en los casos de abuso manifiesto en su ejercicio. El segundo se refiere al juego y al alcance de la acción de impugnación una vez que la misma se ejercita con éxito.

Respecto del primer punto, los términos en que se produce el artículo 65 inclinan a pensar que el derecho de impugnación que el artículo 65 concede al marido y a sus herederos no tiene otra limitación que la derivada del artículo 1.301, es decir, que se ejercite antes de que expire el plazo de caducidad señalado por dicho artículo (224). Sin embargo, esta primera impresión se desvanece si se tiene en cuenta, de una parte, el fundamento de la licencia marital, y de otra, la posibilidad de suplir ésta por la autorización judicial. Dicha posibilidad, sobre la cual hemos tratado anteriormente, responde a la necesidad de evitar que el marido abuse de las prerrogativas que se le conceden (225). Lo correcto es, sin duda,

(224) Comparto la interpretación de LACRUZ, cit., pág. 217, en el sentido de que los cuatro años deben contarse desde que el marido conoce la celebración del acto impugnado. El cómputo de los cuatro años, a partir de la disolución del matrimonio, es, como dice dicho autor, sólo un plazo máximo, pero ello no excluye que la acción caduque antes; es decir, si han transcurrido cuatro años desde que el marido tuvo conocimiento del acto en cuestión.

(225) Es evidente que si la mujer ha acudido al Juez en demanda de su au-

siempre que el marido niegue injustificadamente la licencia, que la mujer acuda al Juez para que la autorice. Pero esto no significa que la impugnación del marido o de los herederos, aunque la mujer haya prescindido de dirigirse al Juez, no pueda conducir a un resultado arbitrario e injusto, como sucederá si, de hecho, el acto de la mujer no ha irrogado daño ni perjuicio alguno a la sociedad conyugal. Las consecuencias de una impugnación arbitraria son aún más irritantes cuando la acción de impugnación la entablan los herederos del marido. Como respecto de éstos, no cabe invocar el principio de subordinación de la mujer al varón, que cesa al quedar viuda la mujer, parece evidente que su impugnación sólo debe prosperar si el acto impugnado ha causado un daño efectivo a la sociedad de gananciales, y por tanto a sus intereses económicos, que, en este caso, son los únicos que pueden ser tenidos en cuenta. Por esto se ha dicho (226) que en “aquellos casos en que la anulación de los actos de la mujer carezca para los herederos de toda trascendencia parece que la demanda debe apreciarse como un manifiesto abuso de derecho. La solución contraria permitiría a aquéllos por simple capricho o guiados por propósitos inconfesables invalidar negocios jurídicos concluidos por la mujer con terceros”. Pero este razonamiento, a mi juicio impecable, es igualmente referible a la impugnación procedente del marido, quien, asimismo, puede actuar en virtud de móviles reprobables, lo cual es más probable, precisamente, en hipótesis de separación de hecho, sobre todo si el culpable de la separación ha sido el esposo. En mi opinión, por consiguiente, el artículo 65, para que responda cabalmente a la finalidad que debe cumplir, ha de ser integrado en la teoría del abuso del derecho. La impugnación, proceda del marido o de sus herederos, debe quedar enervada si se demuestra (la carga de la prueba compete a la contraparte y a la mujer, pues, el marido, en principio, no tiene que demostrar, ni siquiera alegar, las razones en que funda su negativa) que el acto realizado no causó perjuicio alguno a la sociedad de gananciales. Esta fue, como vimos anteriormente, la conclusión a que llegó nuestra doctrina clásica. Sería lamentable, y casi grotesco, que nuestros ilustres antecesores de los siglos XVI y XVII resultaran, a la postre, más flexibles y transigentes con la mujer casada que nosotros los juristas que vivimos en la segunda mitad del siglo XX (227).

torización subsidiaria y el Juez se la deniega, el derecho de impugnación, caso de que la mujer, a pesar de todo, celebre el acto que le ha sido vetado, nacerá, incuestionablemente, incondicionado.

(226) LACRUZ, cit., pág. 216, nota 31.

(227) LACRUZ, obra y lugar últimamente citados, acepta que la impugnación planteada por los herederos del marido sea desestimada si se formula con manifiesto abuso de derecho, pero rechaza que esta solución sea aplicable al marido. No estimo razonable, según expongo en el texto, esta diferencia de trato que LACRUZ intenta justificar en el interés moral del marido “de que sea respetada su autoridad de esposo”. La autoridad y las potestades del marido no se le

Por su propia naturaleza, es decir, por tratarse de un derecho de impugnación en sentido estricto, el ejercicio de este derecho queda limitado a ciertas personas que son, según se ha expuesto, el marido o sus herederos (228). ¿Pueden uno y otros ejercitar la acción de anulabilidad en los mismos casos y circunstancias? El artículo 65 no hace, ciertamente, distinción alguna sobre este punto, pero una consideración atenta del problema debe llevarnos a la conclusión de que no es posible establecer una completa paridad entre ellos. Cuando es el marido quien impugna basta un daño o perjuicio probable, aunque todavía no se haya consumado. Cuando la impugnación parta de los herederos sólo debe tener éxito si el daño o el perjuicio se han producido efectivamente. Los daños o perjuicios futuros, si se producen, ya no afectarán a la sociedad de gananciales (disuelta), sino solamente al patrimonio particular de la mujer con relación al cual no acreditan los herederos del marido derecho alguno. Finalmente, el único perjuicio económico que el acto de la mujer (referente a sus propios bienes) puede causar a los herederos del marido es el que se dará cuando, a consecuencia de dicho acto, hubiesen salido del patrimonio uxorio bienes que hayan producido frutos antes de disolverse la sociedad de gananciales, y que, merced al juego del artículo 1.303, puedan ser recuperados e incorporados al acervo común partible. También cabe pensar en la hipótesis de que la mujer haya incumplido, antes de disolverse el matrimonio, algún contrato impugnabile. La impugnación tendría por fin evitar que la indemnización consiguiente pudiera hacerse efectiva sobre los gananciales, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.410. Subrayemos, por último, que la posición del marido viudo, que no impugnó en vida de su mujer los actos celebrados por ésta, se aproxima bastante a la que hemos señalado para sus herederos. Las limitaciones expuestas son en ambos casos necesarias para impedir el ejercicio arbitrario y abusivo del derecho de impugnación.

La aplicación del artículo 1.303 da lugar a otra cuestión de interés evidente para nuestro tema. A tenor de lo que establece ese artículo, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con sus intereses. En virtud, pues, de este precepto, si la mujer ha recibido alguna contraprestación, como será lo normal, en virtud del contrato celebrado sin licencia, tendrá que ser condenada a restituir lo percibido con los intereses en su caso. La devolución, desde luego, habrá de tener lugar

conceden en su propio beneficio, y no es admisible, por consiguiente, que abuse de ellas al ejercitarlas.

(228) La mujer no puede impugnar el acto por ella celebrado fundándose en la falta de licencia. Esta solución, unánimemente compartida por la doctrina y la Jurisprudencia, es lógica. La mujer no es incapaz. Las limitaciones a su capacidad se le imponen en obsequio a las potestades del marido. Por ello sólo éste y sus herederos están legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación, aunque los últimos más limitadamente, según veremos en el texto.

exclusivamente a expensas de su propio patrimonio. Sin embargo, la aplicación a rajatabla de lo dispuesto por el artículo 1.303 podría, en algún caso, dar lugar a consecuencias incongruentes con el fundamento de la acción de impugnación. Evidentemente el patrimonio de la mujer que, a consecuencia del acto realizado ha recibido una contraprestación, se habrá enriquecido en la medida determinada por la cuantía de la misma. Pero este enriquecimiento puede ser efímero y haber desaparecido cuando el acto sea atacado, o, por el contrario, estar consolidado y subsistir. En este caso la obligación de restituir existe indiscutiblemente. Pero si el enriquecimiento ha sido momentáneo, porque la mujer, por ejemplo, ha disipado el precio de un parafernalia enajenado, la restitución ya no dejará indemne su patrimonio, con lo que, a primera vista, parece que, a pesar de que el acto sea anulado y la contraparte devuelva lo que recibió, se frustra indirectamente la finalidad que persigue la acción de impugnación. Puede acontecer, además, siempre en la hipótesis de que la mujer haya malgastado lo recibido, que en su patrimonio no existan ya bienes suficientes con los que hacer frente a su obligación de restituir. ¿Qué sucede entonces? ¿Han de quedar paralizados los efectos de la impugnación? ¿Tiene el marido que anticipar de la masa ganancial el importe de lo que su mujer debe devolver? El problema es de difícil solución, porque, al menos en línea de principio, el artículo 1.304, según el cual cuando la nulidad proceda de la incapacidad de alguno de los contratantes no está obligado el incapaz a restituir, sino en cuando se enriqueció con la cosa o con el precio, no es aplicable a nuestro caso, por cuanto que la mujer, según hemos recordado reiteradamente a lo largo de este trabajo, no es, en rigor, una incapaz. Sería, además, arbitrario que la mujer pudiera excusarse para siempre de cumplir la obligación que le impone el artículo 1.303, sin más que demostrar que no se enriqueció con el contrato anulado. Por otra parte, el marido dispone de medios para ver de recuperar lo que la mujer ha consumido, pues, evidentemente, puede también atacar los actos a través de los cuales la mujer dispuso lo recibido. Pero no hay duda que en muchos casos la recuperación será prácticamente imposible. Pues bien, en estos eventos, yo estimo posible la aplicación analógica del artículo 1.304, aunque con dos limitaciones: La obligación de restituir no desaparece del todo, sino que sólo queda aplazada hasta que, una vez disuelta la sociedad conyugal, la mujer, a consecuencia de la liquidación, o por hechos posteriores, adquiera bienes suficientes. La prueba de que lo recibido por la mujer ha desaparecido, en términos tales que es imposible su recuperación, corresponde al marido, o a sus herederos. Cumplidas estas exigencias parece justo que la contraparte asuma los riesgos inherentes al hecho de haber contratado con una mujer casada que no contaba con la licencia de su marido (229).

(229) CASTRO (ob. cit., pág. 264, nota 3) sostiene que por no ser la mujer casada incapaz no pueden serle de aplicación los artículos 1.304 ni 1.314 del C. c.

El consentimiento del marido (230) es necesario para que la mujer pueda actuar eficazmente sobre el patrimonio ganancial. Como la facultad de administrar, obligar, o enajenar, los gananciales corresponde únicamente al marido; la mujer, excepción hecha de los supuestos que antes examinamos, necesita que el marido delegue en ella sus facultades para llevar a cabo válidamente cualquier acto susceptible de comprometer los bienes comunes (231). Si no existe la delegación nos encontramos ante un supuesto de falta de legitimación que, en principio, debe ser tratado (por lo que se refiere a la repercusión del acto sobre el patrimonio ganancial) como un caso de ausencia de poder. Las consecuencias que se desprenden de este punto de partida, rigurosamente deducidas, son éstas: 1.^a El marido no necesita ejercitar una acción de impugnación propiamente dicha. Le basta con pedir que se declare su ineficacia para proceder a continuación, si fuera necesario, a ejercitar las acciones dirigidas a la recuperación material de los bienes de que la mujer haya, indebidamente,

Directamente no lo son, desde luego, porque la condición de la mujer casada no se basa en su incapacidad ni tiene por objeto protegerla. Pero de hecho, hay que llegar, en cierto modo y en ciertos casos, a soluciones análogas, si no se quieren dejar desprotegidos, o insuficientemente amparados, los intereses en defensa de los cuales se concede al marido, o a sus herederos, la posibilidad de impugnar los actos que la mujer celebre sin licencia marital.

(230) Sobre la distinción entre licencia y consentimiento nos remitimos a lo antes dicho.

(231) Sobre las distintas formas que puede revestir esta delegación de facultades, ver lo anteriormente expuesto. Por otra parte, el problema de la ineficacia de los actos de la mujer referentes a la sociedad de gananciales, sólo se plantea en principio cuando la mujer intente realizar un acto de administración o de disposición. Si se trata de un negocio puramente obligatorio, y salvo que la mujer haya actuado como gestora de la comunidad, no puede decirse en rigor que el acto sea ineficaz frente a la sociedad de gananciales, sino que, sencillamente, no le afecta, puesto que la mujer, al actuar "nomine propio", y en su propio interés, sólo ha podido vincular su propio patrimonio. La impugnación del acto será posible a través de la vía de la anulabilidad si la mujer carecía de licencia. Sin embargo, si se acepta la tesis de LACRUZ, cit. pág. 521, de que el patrimonio ganancial responde de las deudas particulares de los cónyuges, cualquiera que sea su origen, con carácter subsidiario, solución a la que llega mediante una interpretación extensiva de lo que el artículo 1.410 dispone para el pago de las deudas de los cónyuges contraídas con anterioridad al matrimonio, y de las multas o condenas pecuniarias que les hubieran sido impuestas, la cuestión cambia de aspecto. La responsabilidad del patrimonio ganancial (subsidiaria) dependerá de que el acto de la mujer sea válido (por contar con licencia o por tratarse de un caso en que no la necesita), o de que haya sido impugnado por la vía de los artículos 65 y 1.300 y sigs. del C. c. Pero si el acto es válido, la responsabilidad del patrimonio ganancial (siempre en tesis de LACRUZ) nacerá ex-lege y al margen de que el marido haya o no prestado su consentimiento. (el del 1.416). En todo caso, y aunque no se acepte el punto de vista de LACRUZ (que a mí me parece bastante razonable), la solución que acabamos de exponer será la que deberá aplicarse, por imperativo directo del artículo 1.410, cuando se trate de las responsabilidades dimanantes del incumplimiento de contratos celebrados por la mujer, válidamente, en su propio nombre. Por ejemplo, contratos de prestación de servicios celebrados con autorización del marido, o la judicial, en los casos de la Ley de 1961, e incluso el de trabajo concertado sin licencia alguna por la mujer separada de hecho.

dispuesto. Si la contraparte pretende ejercitar algún derecho contra él, en su calidad de representante de la sociedad de gananciales, le basta igualmente con alegar dicha ineficacia (232). 2.^a Como no existe acción de impugnación, el marido (o sus herederos) podrán solicitar la declaración de ineficacia sin sujeción a ningún plazo de caducidad. 3.^a La ineficacia podrá ser invocada por terceros interesados (233).

Así pues, ante la carencia de preceptos que de modo concreto nos resuelvan la cuestión, parece inevitable estimar que los actos que la mujer otorgue respecto de los bienes gananciales, sin estar facultada por su marido, son ineficaces, con el mismo tipo de ineficacia que alcanza a los que celebra quien se ingiere en la administración o dirección de un patrimonio, o de unos bienes, sin tener poder para ello. Serán, pues, actos nulos (con nulidad relativa) y no simplemente anulables, lo que comporta las consecuencias que esquemáticamente han quedado señaladas. Ahora bien, sin negar que esta sea la solución correcta y ortodoxa del problema, yo me permito sugerir que tal vez fuera más conveniente, y más conforme con la realidad de la situación y con una justa ponderación de los intereses en juego, conceder, simplemente, al marido, una acción de impugnación, de la misma naturaleza y alcance que la que le corresponde cuando se trata de invalidar los actos que la mujer haya realizado sin licencia y que afecten solamente a su propio patrimonio.

Parece, desde luego, que las potestades que corresponden al marido como administrador de la sociedad de gananciales, quedan suficientemente salvaguardadas si se le concede una acción de impugnación, amparada por un amplio plazo de caducidad (el del artículo 1.304), y que no es necesario, por consiguiente, permitirle indefinidamente desconocer lo hecho por su esposa o solicitar que se declare la nulidad del acto. Hay que tener en cuenta, también, para llegar a una solución justa, los intereses de la contraparte, quien, en cierto modo, tiene derecho a suponer que si el marido no reclama contra el acto de su mujer, dentro de un plazo razonable, es porque en definitiva está conforme con la actuación de aquélla. La comunidad de vida que existe entre los esposos parece exigir, en obsequio de la seguridad de la contratación, una reacción relativamente rápida por parte del marido, si no está de acuerdo con el acto otorgado por la mujer. Se dirá que, precisamente en el caso de separación de hecho, esa comunidad de vida ya no existe, con lo que cae por su base el razonamiento expuesto. Pero a esto se puede responder que

(232) Lo que no puede el marido es evitar que el patrimonio ganancial responda por el enriquecimiento que el acto de la mujer haya podido ocasionarle, siempre que ese enriquecimiento subsista. La responsabilidad no cesa si el marido es culpable de que el enriquecimiento se haya esfumado en todo o en parte.

(233) Para mayores precisiones sobre este tipo de ineficacia, cfr. mi trabajo *El nuevo artículo 1.413 del C. c.*, cit., págs. 31 y sigs., donde se examinan con detenimiento las consecuencias que se seguirían de tratar la falta de consentimiento uxorio como un supuesto de falta de poder de disposición, tesis que fue rechazada por mí en el citado trabajo.

lo normal es que los cónyuges vivan juntos y que en la hipótesis de separación de hecho, y al margen de cuál de los cónyuges sea culpable de la separación, hay siempre, por parte del marido que consiente y acepta aquella situación, una cierta dejación de facultades (en el orden práctico, se entiende) que no tiene por qué favorecerle. Y, en último término, el plazo máximo de cuatro años, a contar de la disolución del matrimonio, que señala el artículo 1.304 del C. c., es garantía normalmente suficiente de que el marido, aunque haya vivido separado de su mujer, tendrá la posibilidad de conocer a tiempo lo que aquélla hizo sin su consentimiento. Finalmente, no se puede perder de vista que la mujer, cuando contrata sobre un bien ganancial, aunque carezca de facultades, actúa sobre bienes que le pertenecen en parte. El defecto del acto descansa, exclusivamente, en que la esposa ha infringido, o intentado infringir, la relación de subordinación en que se encuentra frente a su esposo. Se trata en suma de algo que afecta a las relaciones entre los cónyuges, y que, por tanto, no tiene por qué favorecer a terceros. Si el marido acaba por consentir el acto de su mujer, es más justo, a mi parecer, entender que ha renunciado al derecho de impugnarlo que aplicar la técnica de la ratificación con su inevitable secuela: "*ratihabitio non retrotrahitur in preiudicium tertii*".

La tesis que me permito apuntar puede tener, además, algún punto de apoyo en el propio Código civil. Por una parte la distinción entre licencia y consentimiento es más el producto de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que una contraposición que tenga su apoyo en el texto de la Ley. De ésta sólo se desprende que la autorización del marido para que la mujer pueda obligar los bienes gananciales ha de referirse claramente a éstos. En segundo término, y como ya se dijo anteriormente, los artículos 59 y siguientes del Código civil están pensados desde el punto de vista de la sociedad de gananciales, y no está claro que la nulidad que establece el artículo 62 (tipificada después en el 65) se refiera sólo a los actos que la mujer realice a expensas de sus propios bienes. Antes al contrario, y por lo que respecta a las compras examinadas por dicho precepto, el supuesto normal es que se verifiquen con dinero ganancial, o presuntivamente ganancial. Finalmente, la posición de paridad que, en principio, establece el artículo 65 entre el marido y sus herederos, al efecto de legitimarlos para establecer la acción de impugnación, se comprende y tiene claro significado, si de lo que se trata es de atacar actos de la mujer referentes a los bienes gananciales. Proyectada dicha acción sobre los que afecten exclusivamente al patrimonio de la mujer la equiparación no es posible, ni siquiera en el terreno puramente económico, pues, según hemos visto, la posibilidad de que los herederos impugnen los actos de la mujer, referentes a sus bienes privativos, debe quedar reducida a supuestos muy limitados y concretos.

13) SITUACIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL DEL MARIDO
SEPARADO DE HECHO.

Como ya expuse en la primera parte de este trabajo, la separación de hecho tiene para el marido, en el orden de los intereses patrimoniales o económicos, mucha menor trascendencia que para la mujer. Subsisten íntegras no sólo las protestades de administración y disposición sobre su propio patrimonio, sino también las que le corresponden sobre la sociedad de gananciales. Es cierto que los actos de su mujer pueden, aunque no haya convenio ni delegación ninguna de facultades, repercutir de algún modo sobre los bienes gananciales, o sobre los suyos propios (234), pero esa posibilidad existe igualmente aunque no haya separación de hecho, y, en último término, si esta circunstancia aumenta la probabilidad de que el marido quede comprometido sin saberlo, ello se debe, en parte, a una situación que él mismo ha provocado o consentido.

La dificultad más grave que se le puede plantear al marido separado de hecho, y que no llegó a un acuerdo privado con su mujer, brota de la limitación de sus poderes dispositivos, como rector de la sociedad de gananciales, que le impone el artículo 1.413 del Código civil, a partir de la reforma de 1958. Puntualizar exactamente las dimensiones de esta dificultad presupone enfrentarse con una larga serie de cuestiones. Todas las que suscita la interpretación del precepto en su versión actual. De ellas me ocupé con detenimiento en otra ocasión (235), y no es cosa de repetir ahora lo que entonces quedó dicho. Sólo me interesa aquí aludir expresamente a dos puntos.

El primero se refiere al valor jurídico de los actos celebrados por el marido sin haber obtenido el consentimiento de su mujer, o la autorización judicial, hipótesis que, sin duda, se presenta como más probable en eventos de separación de hecho. Sostuve que se trataba de actos simplemente anulables, es decir, que encajaban en un tipo de ineficacia similar a la que afecta a los otorgados por mujer casada (referentes a su propio patrimonio) sin hallarse debidamente autorizada por su marido o por el Juez. Esta solución, que encontré alguna resistencia en la doctrina, ha sido, sin embargo, aceptada y compartida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que constituye un honor para quien esto escribe (236).

(234) Cuando la mujer ejercita su potestad doméstica o actúe como gestora del patrimonio común y sea de aplicación el artículo 1.893. Nos remitimos a lo que se dijo antes sobre este tema.

(235) En mi trabajo varias veces citado sobre el artículo 1.413.

(236) Cfr. SS. de 13 de marzo y de 21 de abril de 1964. En la primera de dichas Sentencias se dice que la modificación al artículo 1.413 "no significa que se implante un régimen de codisposición a título oneroso para ciertos bienes, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar dichos actos, en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, y por ello este novísimo consentimiento "uxorio", limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera

En segundo término, quiero insistir en la idea que entonces apunté a propósito de la posibilidad de enervar la acción de impugnación ejercitada por la mujer o sus herederos mediante la demostración de que el acto del marido no fue perjudicial ni dañoso para la sociedad de gananciales (237). Las razones que abonan la aplicación de la teoría del abuso del derecho a la reacción del marido frente a los actos que su mujer haya llevado a cabo sin licencia, y que antes han quedado expuestas, pueden y deben ser aplicables "mutatis mutandi" a esta otra hipótesis inversa, pero paralela. Sucede únicamente que hay un círculo más amplio de posibilidades en orden a que el acto del marido haya perjudicado los intereses de la sociedad de gananciales que cuando se trata de actos celebrados por la mujer referentes a sus propios bienes, ya que en esta última hipótesis el perjuicio (económico) sólo tendrá lugar cuando el acto haya disminuido o encierre el peligro de disminuir, durante la vigencia de la sociedad, la rentabilidad o productividad del patrimonio de la mujer (238). Aceptado este punto de partida, es decir, que el acto del marido es susceptible de perjudicar los intereses del patrimonio ganancial, desde aspectos más diversos, hay que aceptar igualmente que también en el supuesto de que sean los herederos de la mujer quienes establezcan la acción de impugnación, ésta podrá quedar paralizada merced a la prueba de que el acto del marido no ha causado de hecho daño ni perjuicio a la sociedad de gananciales, sin que sea relevante la probabilidad de un daño o perjuicio futuro, lo que, sin embargo, sí es

jurídica y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace un uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que, en principio, parece viable aplicar por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento "uxoris" origina las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital". Se agrega que "la ratio iuris" del precepto consiste en conceder a la mujer una protección de sus intereses en la sociedad de gananciales, los que pueden llevarla a la confirmación o ratificación del acto dispositivo o a su impugnación para que sea ineficaz frente a ella, originando una anulabilidad que sólo se produce si la mujer o en su caso sus herederos la pide". Las frases transcritas sancionan íntegramente la tesis que mantuve en el citado trabajo sobre la naturaleza y alcance del consentimiento uxorio y sobre las consecuencias de su no obtención. Cfr. especialmente págs. 12 a 24 y 41 a 47.

(237) Cit., págs. 49 a 50.

(238) Por ejemplo, supongamos que el marido vende un inmueble e invierte el importe de la venta en valores rentables y seguros. La operación en principio es (o puede ser) no sólo racional, sino ventajosa. Sin embargo, la acción que asiste a la mujer para impugnar la venta no puede, sin más, quedar enervada mediante la alegación de que procede con abuso de derecho. Los actos del marido pueden tener por fin eludir indirectamente el consentimiento uxorio mediante la subsiguiente enajenación de los valores, lo cual puede realizar libremente. En cambio, esta posibilidad no existe si el marido reinvierte en otro inmueble. En el caso de la mujer que vende sin licencia, el problema no se plantea, pues, en el mismo ejemplo propuesto, la autorización del marido será también necesaria para que puedan venderse los valores adquiridos.

un dato a tener en cuenta para que la impugnación prospere cuando sea la mujer, constante el matrimonio, quien pida la anulación.

Independientemente de la necesidad de obtener el consentimiento de la mujer, o la autorización judicial, para los actos que, según el artículo 1.413, requieren uno u otro requisito, las facultades del marido sobre los restantes bienes gananciales pueden quedar interferidas por la intervención judicial si la mujer ejercita las facultades que le concede el párrafo segundo del precepto citado, y el Juez entiende que procede adoptar las medidas cautelares a que dicho segundo párrafo se refiere (239).

V

CONSIDERACION FINAL

Cuando hace bastantes años —va ya para diez—, me ocupé de la modificación del artículo 1.413 del Código civil mi preocupación dominante fue acotar el campo de actuación de las nuevas garantías concedidas a la mujer casada bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, con la finalidad primordial de que el juego de dichas garantías no se desorbitase. Fundé mi actitud en un principio básico de la hermenéutica jurídica: aquel según el cual las normas que imponen limitaciones o prohibiciones han de ser objeto de interpretación restrictiva. La pertinencia de aplicar este criterio interpretativo me pareció especialmente procedente por cuanto que las limitaciones se imponían a unas potestades (las del marido como administrador de la sociedad de gananciales) amparadas en una tradición secular, y se hacían efectivas a través de un instrumento tan poco grato y tan propicio a toda clase de abusos como es el derecho de veto. Pero mi trabajo no tuvo, ni quiso tener en ningún momento, aunque alguien haya podido pensar otra cosa, un signo antifeminista. Antes al contrario. Las palabras con que cerré aquel ensayo aludían a la “necesidad de fundar en bases más justas y más conformes con las exigencias de la época en que vivimos la posición jurídica de la mujer casada”. El legislador de 1958 trató, sin duda, de resolver, al menos parcialmente, ese problema, pero la solución adoptada me pareció entonces, y me sigue pareciendo ahora, poco acertada. El nuevo artículo 1.413 —dije en aquella oportunidad— constituye una traba, un obstáculo, un entorpecimiento en fin, a los poderes del marido en su calidad de jefe de familia y administrador de la sociedad de gananciales. Pero para la mujer resulta una garantía imperfecta e incompleta. La debida protección de los derechos de la esposa, especialmente cuando la vida conyugal no discurre con normalidad, exige, a nuestro juicio, otras me-

(239) Cuáles puedan ser estas medidas y qué circunstancias deben mediar para su adopción son cuestiones que examiné en el trabajo sobre *El nuevo artículo 1.413*, ya citado, págs. 80 y sigs., y a lo allí dicho sobre el particular me remito.

didadas diferentes. El patrimonio reservado, la posibilidad de recabar la administración de los bienes comunes en casos graves de incompetencia o inmoralidad probadas del marido, aunque ello no lleve consigo la disolución de la sociedad de gananciales; *el reconocimiento de la separación de hecho como situación susceptible de trascender a la esfera de las relaciones patrimoniales*, son la única defensa verdaderamente eficaz que cabe dispensar a la mujer, para evitar que un varón sin escrúpulos abuse de la posición privilegiada que, todavía, como jefe de la familia, hay que concederle.

Tal vez para demostrar que esta aclaración final no era simplemente una nube de humo que trataba de disimular un ataque contra los fines y propósitos que inspiraron la reforma del artículo 1.413, es por lo que ahora he saltado de nuevo a la palestra para romper una lanza en favor de los intereses, tan importantes y delicados, de las mujeres casadas. He contemplado con este propósito la separación de hecho, supuesto harto frecuente en la práctica, y que cuando se produce coloca a la mujer en posición difícil, a veces angustiosa. Ya sé que tal como está concebida y articulada la Ley no es fácil brindar a la mujer que se encuentra en esa triste situación soluciones satisfactorias, o, por lo menos, consoladoras. Sin duda para alcanzar este resultado sería necesario una nueva reforma del Código, aunque inspirada esta vez en criterios más amplios y progresivos. Entretanto, he tratado de despejar un poco el sombrío panorama que la doctrina y la Jurisprudencia ofrecen a la mujer que vive separada de su marido, y que no tuvo la decisión o los medios necesarios para acudir a los Tribunales. Acepto de antemano —ya lo anuncié al comienzo— que los resultados prácticos de mi esfuerzo han sido muy modestos. Y aun para llegar a ellos he tenido, quizá, en alguna ocasión, que formar un tanto la interpretación de ciertos preceptos legales. Y no es que esto me asuste. Desde que la leí, hice mía sin reservas, aquella famosa y conocida frase de SALEILLES, paradigma, en mi opinión, de lo que ha de ser la labor del intérprete: “por el Código civil, pero más allá del Código civil”.

Ciertamente nuestro Código civil, nuestro viejo y entrañable Código civil, no ayuda demasiado en este punto. El problema, o por mejor decir, el entresijo de problemas que late en el fondo de tantos matrimonios, reclama soluciones que, para marchar de acuerdo con el espíritu de nuestro tiempo, difícilmente pueden compaginarse con los vestutos prejuicios a que responde en estas materias nuestro primer cuerpo legal. Pero acaso no sea justo pasarle a él por entero el tanto de culpa. Posiblemente la responsabilidad deba exigirse con mayor rigor a ciertas interpretaciones de sus textos que han elevado a la categoría de dogmas ideas y principios que podían haber discurrido por otros cauces.

Con el fin de combatir estos dogmas —para mí falsos dogmas— he escrito este trabajo. No tengo, naturalmente, la pretensión de haberlos destruido. Me conformaría con haber demostrado que sus

cimientos son deleznable y que, por tanto, el edificio que sustentan, al sufrir los embates de otras costumbres y de una manera distinta de entender la vida, acusa, cada día, nuevas grietas y fisuras. El Derecho que se aprende en los libros, y sobre todo el que queda fijado en el texto de las Leyes, solo puede llenar cumplidamente su función si los encargados de aplicarlo son plenamente conscientes de que quienes recurren a su saber, en demanda de justicia, no son sujetos abstractos, elementos de un supuesto de hecho hipotético, sino seres humanos concretos, que traen a cuestras sus preocupaciones y problemas. Si el Derecho ha de escribirse como se habla —según decía IHERING— el jurista que sinceramente quiere servir a los demás —en lugar de servirse de ellos— ha de esforzarse, ante todo, por entender el lenguaje de las gentes que le rodean, y que, con él, forman parte de la sociedad a que pertenece.

