

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Abril 1947

Núm. 227

La titularidad registral de la mujer casada en el nuevo Reglamento Hipotecario

SUMARIO: I. Facultad de disposición de los bienes del matrimonio en el Derecho romano.—II. Facultad de disposición de los bienes del matrimonio en el Derecho español antiguo y su evolución.—III. Doctrina del Código civil y su evolución en la jurisprudencia que inspira el nuevo Reglamento Hipotecario.

Considero de gran interés llamar la atención de los profesionales del Derecho, especialmente de Notarios y Registradores de la Propiedad, respecto a las disposiciones de los artículos 94 a 96 y 144 del nuevo Reglamento Hipotecario, que intentan resolver problemas que reiteradamente han sido sometidos a la consideración del Centro Directivo y objeto de Resoluciones en número más que suficiente para asegurar existe una dirección determinada en el sistema patrimonial del matrimonio, que no puede pasar desapercibida.

Aunque a primera vista puede parecer atrevida la postura adoptada por el nuevo Reglamento, un examen detenido de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, así como del avance de la técnica jurídica en el concepto de la sociedad de gananciales, pone de relieve que los nuevos textos no hacen más que consagrar explícitamente lo que implícitamente estaba admitido y proclamar como norma registral lo que tímidamente estaba esbozado.

Claro es que el articulado se relaciona con las situaciones más normales dentro del matrimonio, dejando aparte aquellos casos objeto de regulación especial en las llamadas legislaciones forales. Incluso dentro del Derecho castellano, prescindiendo de los casos en que la mujer es menor de edad, esté separada legalmente del marido, ausencia de éste, etc. Es decir, que se atiende a la situación más normal del matrimonio castellano contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales, sin capitulaciones matrimoniales previas que desvían a otro campo la regulación jurídica de las mismas.

Como no es posible prescindir de que en nuestro Derecho coexisten preceptos de origen romano, derivados de una rigurosa separación de patrimonios, como el sistema dotal y los parafernales, con otros preceptos de ascendencia germánica o de puro carácter indígena, cual sucede con la sociedad de gananciales, creo también de interés un previo examen histórico, limitado casi totalmente al acopio de textos, para obtener una vista general de la evolución de las ideas relacionadas con la disposición de los bienes del matrimonio y de su reflejo en los distintos Cuerpos legales, aunque resulte monótona y pesada su lectura.

Por último, mi práctica profesional ha puesto de manifiesto que en el Derecho castellano moderno es casi general la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales y a su lado, conviviendo con él, los bienes privativos del marido y los denominados parafernales de la mujer, sin que para éstos exista prueba de entrega documental al marido para su administración. Ella los adquiere y conserva el pleno dominio, pero la administración tácita la tiene el marido. La dote está olvidada.

Respecto a los bienes gananciales hay situaciones ambiguas, nacidas de la dificultad en la prueba de pertenencia exclusiva del dinero de la adquisición y de las afirmaciones del marido que tienden a incluirlos en el patrimonio propio de la mujer. Esta situación ambigua pretende eliminarla el nuevo Reglamento, determinando que la facultad dispositiva corresponde al titular, aunque fuere mujer casada, interviniendo el marido para prestar su licencia o conceder su consentimiento, según se tratare de bienes parafernales o dotalés o de bienes gananciales puros o presuntivamente gananciales.

I. FACULTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

La organización económicofamiliar de la Roma primitiva no permitía patrimonios separados y distintos del patrimonio común (1). En los primeros siglos, el Estado permanece extraño a los negocios domésticos, y la mujer casada, sometida al poder paterno o sometida a la *manus*, no tuvo facultades dispositivas, porque todas las absorbía el *pater familias*. Si llegaba a ser *sui juris*, la tutela perpetua impedía las enajenaciones sin la asistencia, *auctoritas*, del tutor (2).

Por el matrimonio *in manus mariti*, entraba la mujer en poder del marido, separándose totalmente de la comunidad familiar de origen. No mejoraba de condición. Simplemente, cambiaba de familia. En la de origen, era una hija, y en su nueva familia, seguía siendo una hija (*filiae loco*); Gayo insiste en que "por cualquier causa que la mujer entre en poder del marido, está determinado que adquiere los derechos de hija" (3).

Como indemnización de los bienes que pudiera adquirir en el futuro en su familia natural, y para ayudar al marido a soportar las cargas matrimoniales, se entregaba un cuerpo de bienes, la dote romana, que se transfería al marido, más bien que en pleno dominio, con facultades de disposición mientras dura el matrimonio. Como dice Sohm (4), aunque la dote sea formalmente del marido, de hecho pertenece a la mujer; es *rex uxoria*. Paulo cree que "La causa de la dote es perpetua y con el consentimiento del que la da se contrae de modo, que siempre esté en poder del marido. Interesa a la República, que las mujeres tengan a salvo la dote, por la cual pueden casarse" (5), y para Ulpiano, "Sugiere la equidad que debe pertenecer al marido el fruto de la dote; porque soportando él las cargas del matrimonio, es justo que también perciba los frutos" (6).

(1) Mayr: *Historia del Derecho romano*, t. I, págs. 151 y 175; t. II, página 15. Labor, 2.^a ed.—Sohm: *Instituciones de Derecho privado romano*, página 463. 1936.

(2) Petit: *Tratado elemental de Derecho romano*, pág. 365. Calleja.

(3) *Instituciones*, I, 111, 114 y 115.

(4) Ob. cit., págs 476 y 481.

(5) *Digesto*, lib., XXIII, tit. III, «de jure dotium», leyes 1 y 2.

(6) *Digesto*, lib. XXIII, tit. I, L, 7.

Esta férrea organización matrimonial fué suavizándose con el tiempo, según fenómeno natural en la mayor parte de las Instituciones humanas, y aparece, aunque se ignora cuándo, el matrimonio *sine manu*, el matrimonio libre. Ya en tiempo de las XII Tablas coexisten ambas clases de matrimonios. El jefe de la familia o el tutor agnado, deciden si la mujer al casarse ha de constituirse o no *in manu mariti*; en este último caso rigen los acuerdos que se hayan tomado con el marido o su jefe (1).

En el matrimonio libre, la mujer adquiría para sí o para su anterior *pater familias*. Según Sohm (2), goza de la misma capacidad que el marido para adquirir u obligarse y para la libre disposición de su patrimonio. Rige el principio de la separación absoluta de bienes (3).

El deseo de independencia de la mujer y la relajación de costumbres, indujo a una mayor libertad, hasta convertirse en libertad total. En el siglo III del Imperio, ha desaparecido el matrimonio *in manu* (4), y la tutela perpetua fué debilitándose, hasta que el Emperador Claudio (*Lex Claudia*) abolió la tutela agnaticia (5). Eran conocidos los bienes *parafernales*.

Sobre estos bienes no tienen los maridos más derechos que los concedidos expresamente por sus mujeres, aun cuando al principio hubiere cierta confusión por el concepto romano de la dote. Así, Ulpiano (6) dice: "Pero si se dieran en dote bienes que los griegos dicen *parafernales* (dados fuera de la dote), y que los galos llaman *peculio*, veamos, ¿acaso se hacen del marido inmediatamente? Y yo opinaría que si se dieran de modo que se hagan, se hacen del marido; y que cuando se hubiere disuelto el matrimonio conviene que no se reivindiquen, sino que sean reclamados por la *condición*, y que no sean pedidos por la acción de dote". Pero, más adelante, los Emperadores Teodosio y Valentiniano, ordenan a Hormisda, prefecto del Pretorio: "Mandamos por esta ley que en los bienes que tiene la mujer independientemente de la dote, a

(1) ; Pastor y Alvira: *Manual de Derecho romano*, pág. 279. 1888. segunda edición.

(2) Ob. cit., pág. 473.

(3) *Digesto*, lib. XIX, tit. V, ley 12.—Próculo: «Si el marido vendió a su mujer unos fundos...»

(4) Sohm: Ob. cit., pág. 468.

(5) Petit: Ob. cit.—Sohm: Ob. cit., pág. 497.

(6) *Digesto*, lib. XXIII, tit. III, ley 9, párrafo 3.º

los cuales llaman parafernales los griegos, no tenga el marido ninguna comunidad, prohibiéndola la mujer, ni le imponga a ésta ninguna obligación ; no queremos de ningún modo que *prohibiéndolo la mujer*, se inmiscuya el marido en los bienes parafernales" (1).

En razón de este régimen de separación de bienes, ya fueron posibles las donaciones entre cónyuges, inconcebibles en los primeros tiempos en que la mujer no podía donar al marido porque nada le pertenecía, ni el marido a su mujer, porque sería tanto como donarse a sí mismo, una vez que todo lo adquirido por la mujer pertenecía al marido (2). Pero muchos debieron ser los abusos de estas donaciones, cuando fué precisa la prohibición absoluta (3), por razones bien explícitas en los textos romanos; según Ulpiano, se fundó en "la conveniencia de que por su mutuo amor no se despojen de sus bienes" (4), y Paulo decía "que podía introducirse un germen de corrupción, de venalidad o de disturbios en los matrimonios" (5).

Esta prohibición absoluta, se mitigó posteriormente al establecerse que el cónyuge donante podía revocar la donación cuando quisiera, pero si moría sin haberla revocado, era válida (6). Como existió un fuerte temor de que hubiere en la mujer "una torpe ganancia", se introdujo la *praesumptio Muciana* (7), por la que, según Pomponio, "Dice Quinto Mucio que cuando vino a controversia, de donde haya ido a poder de la mujer alguna cosa, es más verdadero y más honesto, que lo que no se demuestre de donde lo tenga, se considere que fué a poder de ella, *de su marido o de quien bajo la potestad de él estuviese*. Pero parece que Quinto Mucio aprobó esto para evitar, respecto de la mujer, una torpe ganancia".

Difícil o muy fácil debía de ser esa prueba en aquellos tiempos de documentos poco fehacientes o testigos poco veraces, y mucho más

(1) Código, lib. V, tit. XIV, ley 8.

(2) Savigny: *Sistema de Derecho romano*, t. III, pág. 113. 2.^a edic.—Gómez de la Serna: *Curso de Derecho romano*, t. I, págs. 441 y sigs. 5.^a edición.

(3) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 3, párrafo 10.

(4) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, leyes 1 y 5.

(5) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 2.

(6) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 32, párrafos 2.^o y 13, y Código, libro V, tit. X, VI, ley 6.

(7) *Digesto*, lib. XXIV, tit. I, ley 51, reiterada en el Código, lib. V, título XVI, ley 6.

cuando el marido disponía a su antojo de los bienes de su mujer, bien por reminiscencias del poder omnímodo primitivo o bien por la repugnancia de que la mujer se exhibiese demasiado al contratar (1).

La reacción de la mujer, que la llevó a procurarse una independencia absoluta, probablemente irreflexiva, motivó disposiciones de protección, tales como el Senadoconsulto Velejano, dictado, según Ulpiano (2), "... porque la mujer más fácilmente se obliga que hace donación a otro ", y alabando al Senado, "porque prestó auxilio a las mujeres señucidas y engañadas en muchos casos semejantes por la debilidad de su sexo". Igualmente, la Lex Julia (3) de *fundo dotali*, obedeció a motivos similares:

En los textos del *Corpus juris civilis*, encontramos muchos que demuestran cómo las mismas mujeres o sus maridos, con consentimiento de aquéllas o sin él, disponían de los bienes de mujeres casadas. Entre ellos, se pueden citar los siguientes (4) :

Digesto, libro XVI, título I, ley 2 Paulo: "Si como para sus propios usos *hubiere tomado la mujer* dinero para prestárselo a otro, no tiene lugar el Senadoconsulto (Velejano); de otro modo, *nadie contratará con las mujeres*, porque puede ignorarse qué hayan de hacer".

Idem, íd., íd., ley 27, Papiniano. "El que de buena fe atendió, al contratar, *a la persona de la mujer*, por razón de lo que, habiéndose recibido dinero, se trató entre el marido y la mujer, no es repelido con la excepción del Senadoconsulto", párrafo 2.º; "La mujer delegó para su marido a una deudora suya, para que el marido pagase el dinero a un acreedor de él; si para su marido hubiere obligado su palabra a favor de aquella a quien delegó, no tendrá lugar la excepción del Senadoconsulto, *porque la mujer fué gestora de su propio negocio*".

Idem, íd., íd., ley 32, Pomponio, párrafo 2.º "Asimismo, *si la mujer vendió un fundo* a un acreedor de su marido, y lo entregó con esta condición, que el comprador diese al marido el dinero recibido ."

Código, libro IV, título XII, ley I, Diocleciano y Maximiano, Augustos, a Asclepiodota. "En vano disputas respecto a los contratos celebrados con tu marido, si habrían de ser o no válidos en derecho.

(1) Novelas: Constitución XLVIII.

(2) Digesto, lib. XVI, tit. I, leyes 4, párrafo 2.º, y 2.ª

(3) Dictada bajo el imperio de Augusto.

(4) La traducción de estos textos está ajustada a la obra de García del Corral, Barcelona, 1898. Cuerpo del Derecho civil romano, a doble texto.

porque te basta *que no hayas celebrado ningún contrato en tu propio nombre* para que no puedas ser demandada en lugar de tu marido "

Idem, id., id., ley 3, los mismos a Carpofo. " porque es sabido que tampoco puede ser demandado el marido *por obligación de su mujer*, si él no se obligó por ella. Pues es muy cierto que nadie se obliga *por contrato de otro* ".

Idem, id., título XXIX, leyes 5, 7 y 10. El Emperador Alejandro, Augusto, a Popilia: "Si cosas tuyas fueren dadas en prenda por tu marido *sin tu voluntad*, no quedan obligadas Mas si prestaste *tu aquiescencia* para que tu marido obligase como tuyas las cosas ". El Emperador Gordiano, Augusto, a Viviano. "Si sabiendo el acreedor que por el marido se obligaba por causa de una deuda propia un fundo de su mujer, aunque *consintiéndolo ésta* " El Emperador Filipo, Augusto, y Filipo, César, a Trifona. "Si tu adversario hizo el negocio, no con tu marido, *sino contigo*. "

Idem, libro V, título XV, ley 11. El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, prefecto del Pretorio. " Porque antes, tenga la misma mujer facultad, si quisiere, para promover las mismas acciones, *ya valiéndose de su marido, ya por medio de otras personas*, para percibir sus propias cantidades ".

Y, por último, la mayor prohibición absoluta, del libro V del Código, título XIII. Auténtica de aequalitate dotis. Quia vero iam (nov: 97, c. 5), párrafo 15. "Y como la ley Julia prohibía que, *no consintiéndola la mujer*, se hiciera por el marido la enajenación de un fundo dotal itálico, y su hipoteca aun *si la mujer consentía* Porque aunque la ley Anastasia habla *de las mujeres que prestan su consentimiento* o que renuncian a su derecho, debe ser, sin embargo, entendida respecto a los bienes del marido o ciertamente respecto a los estimados de la dote, en los que son del marido el dominio y el riesgo. Pero respecto el fundo inestimado, que propiamente es llamado también dotal, permanezca intacto el derecho, ciertamente imperfecto, según la ley Julia, pero pleno por virtud de nuestra Autoridad: y extendido a todas las tierras y no únicamente limitado a las de Italia y a la sola hipoteca" (1).

De los textos citados se saca, en consecuencia, no sólo como se van

(1) Reiterada en las *Instituciones*, lib. II, tit. VIII: «... para que la fragilidad del sexo femenino no redunde en perjuicio de los bienes de ellas.»

perfilando con mayor claridad las instituciones jurídicas, sino la confusión existente en cuanto las facultades del marido y de la mujer respecto los bienes de la mujer casada. Al parecer, el marido disponía, con el consentimiento o sin él, de los bienes de su mujer, y la mujer, a su vez, disponía, sin necesitar el consentimiento del marido. Sin embargo, no se puede hacer afirmación tan absoluta, porque aun en embrión, aparece este consentimiento en un texto digno de mención para el objeto de este estudio. Tal es, en el Código, libro V, título XII, la ley 23. "Si tu mujer vendió un predio dotal, no importa haya celebrado el contrato espontáneamente o no, porque de ningún modo te habrá podido quitar, *no queriéndolo tú*, el dominio de la cosa adquirida para ti". Según este texto, si el predio dotal fuere inestimado, tendríamos el germen de una licencia marital, y si fuere estimado, veríamos que la mujer, con el consentimiento del marido (*queriéndolo tú*), podía vender bienes del marido.

En resumen (1), en Derecho romano, tenemos: 1.º Disposición de los bienes propios, por el marido o por la mujer, de acuerdo con el régimen de separación de bienes. 2.º Disposición por el marido de los bienes de su mujer, con el consentimiento de ésta o sin él. 3.º Acaso, disposición por la mujer de bienes del marido, con el consentimiento de éste. 4.º Posible disposición por la mujer, respecto sus bienes dota-

(1) Según Sánchez Román, *Estudios*, 5.º, vol. I, 2.ª edic., la mujer en Egipto tenía patrimonio propio, bajo su libre disposición, casada o no. El marido no tenía intervención alguna; ella contrataba por sí, hasta que el rey griego Ptolomeo Filopator introdujo la licencia marital. En la India, la mujer tenía incapacidad civil perpetua, sometida en todo a la autoridad marital. En Arabia y Derecho musulmán regía una dote estilo germano; el sistema matrimonial era de separación de bienes; se disponía de la dote por la mujer sin autorización alguna, salvo a título gratuito, que en algunos casos el marido podía reducirla o anularla. En Grecia el sistema era similar al romano. Los Longobardos, Escandinavos y Anglonormandos autorizaban al marido a enajenar bienes conyugales, incluso con la oposición de la mujer; otros pueblos germanos la reservan la enajenación con autorización marital y la garantía de intervención de un pariente, para evitar la coacción y el fraude. En Inglaterra había tres situaciones; en la primera, o de unidad de persona, la mujer estaba desprovista de todo derecho y los inmuebles no podían enajenarse ni aun con consentimiento conjunto; en la segunda había un régimen de estipulaciones matrimoniales, con toda la gama de sistemas y autorizaciones y reservas, o libre disposición por la mujer; en la tercera la libertad de la mujer es casi absoluta.

les inestimados, con licencia del marido. 5.º Presunción de que los bienes adquiridos por la mujer, sin demostrar su procedencia, pertenecen al marido.

II. FACULTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO Y SU EVOLUCIÓN.

Al asomarnos al Derecho español, contemplamos un panorama muy distinto.

Las instituciones indígenas, nacidas de la costumbre, se ligán con el Derecho romano impuesto por los dominadores, y le deforman por la necesidad de adaptarle a las condiciones peculiares a que aquéllas atendían.

España fué una provincia romana, pero los bronce y piedras con inscripciones e incluso el código Teodosiano, no son suficientes para perfilar el Derecho llamado romano vulgar.

En el siglo V, la invasión de los visigodos introduce el Derecho germánico, y modela el Estado con caracteres de Nación. Respetan el derecho de los vencidos y aun le codifican, pero al mismo tiempo escriben el suyo, que hasta entonces se manifestaba por la costumbre. Aparece la legislación personalista, de castas; cada persona se rige por su derecho de raza.

Pero hay influencias mutuas de ambos derechos, y al pasar la costumbre indígena y germánica a la ley visigoda, los monarcas godos, influidos por el Derecho romano y canónico, la alteran y deforman e intentan desterrarla. El Código de Eurico, el más antiguo de los germánicos, tiene influencias romanas y helénísticas; no en balde hicieron su correría los germanos por regiones propicias al contagio. Asimismo, el Breviario de Aniano, que pretende contener la legislación de los hispanorromanos, recibe alguna inspiración, aunque en cuantía menor, del Derecho germánico.

Superada esta legislación personalista por la de carácter territorial, aplicable a godos y a hispanorromanos, mediante el *Liber iudiciorum* (anterior a 1020), promulgado por Recesvinto y revisado por Ervigio, no puede afirmarse que con ello se consiguiera la unidad en el Derecho. Por el contrario, se afirma que no tuvo gran éxito la tentativa, por las hondas raíces del Derecho consuetudinario germánico en el país, que florece con singular energía en los fueros municipales, principal-

mente en León, Castilla y Portugal, mientras Cataluña acepta el Derecho franco. Sin embargo, el *Liber judiciorum* fué utilizado y traducido al castellano en la baja Edad Media, bajo el nombre de Fuero Juzgo. Pero hay diferencias apreciables entre el texto latino y el texto romanceado.

En discordancia con el sistema matrimonial romano de la separación de bienes y la dote, existen las arras o dote del varón, y la ley 16, título II, libro IV, del *Liber judiciorum* (ley 17, del mismo título, del Fuero Juzgo) instituye los bienes gananciales, bien como creación cristiana, relacionada con una carta de San Agustín, según opina Mingujón (1), bien como producto de la unión de elementos iberocélticos con elementos germanos, según cree Castán (2), o como institución particularmente germánica, a juicio de Hinojosa (3) y de Beneyto (4), que siguen a Brunner (5). Para Wolff (6), la potestad del marido alcanzó tanto a la persona de la mujer como a la administración de los bienes en el Derecho germánico más antiguo, pero de los inmuebles de la mujer sólo dispone con asentimiento de ella, aunque hay quien sostiene que también el marido tenía la libre disposición de los bienes de la mujer. Más tarde se aplicaba frecuentemente la regla "los bienes de la mujer no deben aumentar ni disminuir", aun cuando ya existía en el Derecho franco y ripuario la comunidad de ganancias, fundada en la concesión a la mujer, en concepto de Morgengabe (donación de la mañana), de una cuota de las futuras ganancias conyugales. El sistema evolucionó a una comunidad general de bienes, hasta la recepción del Derecho romano.

No hay discrepancia entre los cultivadores de la historia del Derecho respecto a la dote del varón, considerada como costumbre indígena española (7), a la que prestaron apoyo las instituciones germánicas de la Morgengabe y el Wittum (viudedad), también llamado *dos*. En nuestro Derecho, esta dote más bien es conocida por el nombre de *arras*.

(1) *Historia del Derecho español*, pág. 140. 2.^a edic. Labor.

(2) *Derecho Civil. Notarías*, t. II, pág. 234. 1939.

(3) *El elemento germánico en el Derecho español*, págs. 13 y 20. 1915.

(4) *Instituciones de Derecho histórico español*, t. I, pág. 101. 1930.

(5) *Historia del Derecho germánico*, pág. 230. Labor, 1936.

(6) Enneccerus: *Tratado de Derecho civil*, t. IV, I, pág. 262.

(7) Strabón: *Geografía*. Por lo menos antes de Jesucristo, el hombre dotaba a la mujer. Lib. III, párrafo, 280, pág. 180. Antonio García Bellido. Espasa-Calpe.

En la ley citada del Fuero Juzgo, cada cónyuge adquiere las ganancias en proporción a su haber propio, salvo pacto en contrario: “ si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena e de todas las cosas que acreceren e ganaren en uno, *tanto deve aver demas en aquello que ganaron en uno, quanto avie demas del otro en su buena.* cada uno depues de la muerte del otro, e puedelo dexar a sus fijos, o a sus propinquos, o a otri si quisieren. E de las cosas que ganaron, *de que fizieron amos escripto*, aya cada uno tal partido *cuemo dixiere el escripto*. E si el marido ganare alguna cosa de algun omne estranno o en hueste (1), o quel de el rey o su sennor, o sus amigos, devenlo aver sus fijos o sus herederos despues de su muerte, o *puede fazer dello lo que quisiere. E otrosi dezimos de las muieres*” (2).

Respecto las arras, la ley 6.^a antigua, título I, libro III del mismo Fuero, ordena que el marido a la mujer, “siquier sea virgen, sequier viuda, non le puede dar mas por arras de la decima parte de todas sus cosas . . . assi que de todas estas cosas *la mugier puede fazer lo que quisiere si fijos non oviere*” (3).

En cuanto a donaciones, la misma ley 6.^a establece que “si el marido despues que un anno oviere que es casado, por amor o por grado quisier dar alguna cosa a la muier, puedelo fazer libremente”. Y la ley 4.^a, título II, libro V del referido Fuero, dice: “Si la muier recibir alguna donacion de su marido sin las arras, si fijos oviere deste marido, la muier lo deve aver fasta su muerte, segund cuemo mandare el marido, e avra los fructos, *e despendra segund cuemo el mandare*. E de la quinta parte daquello quel dio, el marido puede fazer lo que quisiere, e depues de su muerte todo lo al finque a sus fijos. *E daquela cosa non puede enaienar la muier nada si non cuemo es de suso dicho*. E si non oviere fijos daquel marido, *puede fazer lo que quisiere daquello quel dio el*

(1) La ley 16 que la antecede confirma: «La muier non deve aver nada de lo que gana el marido con los siervos della..., en hueste...» La doctrina de los bienes privativos está recogida en la ley 2, tit. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación de 1805.

(2) El texto de esta ley y de las siguientes, tomado de los códigos españoles. *La Publicidad*. Rivadeneyra, 1847. Ver ley 2, tit. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación.

(3) Confirmada por la ley 1, tit. V, lib. V, del Fuero (2.^a de igual título del Liber) y por la ley 1, tit. I, lib. V, del Fuero Viejo de Castilla, y las leyes 1 y 2, tit. II, lib. III, del Fuero Real. Ver Bunner: ob. cit., pág. 230, como similar.

marido. E si la muier murir sin fabla (*sin testamento*), hy el marido fincare bivo, aquella donacion deve tornar al marido. E si el marido es muerto, torne en los herederos del marido. Otrosi mandamos guardar de lo que dieren las muieres a los maridos" (1).

Igualmente, conforme la ley 6.^a, título III, libro II, "las muieres non deven seer personeras dotri, mas bien pueden razonar por su pleyto. Ni el marido non puede traer el pleyto de la muier *sin su mandado della*". Aun quando la ley 12, título IV, libro II, ordenaba que "El ninno o la ninna pues que ovieren cumplidos 13 annos, mandamos que puedan seer testimonias en todo pleyto" (2).

Según se ha visto, hay disposiciones en el *Liber iudiciorum*, anterior a 1020, respecto gananciales (aun quando en proporción al haber propio, lo que no prosperó después, por generalizarse como cuota la mitad de bienes); bienes privativos de cada cónyuge, perfectamente diferenciados; arras, tanto en cuanto al importe como a su disposición por la mujer, como *mandare* el marido: donaciones, anteriores o posteriores al matrimonio, y disposición de los bienes que comprendían; y autorización de la mujer al marido para pleitear. Ciertamente es que sin precisión, pero con relativa claridad.

Trabajosamente, los cuerpos legales posteriores fueron perfilando esta doctrina, modificándola algunas veces los fueros municipales, porque circunstancias de lugar y tiempo tenían influencia decisiva, pero siempre con un vigor que supone una costumbre inicial que se sobrepone incluso a intentos de unidad legislativa, inspirados en doctrinas extrañas, como sucedió con las Partidas. Se demuestra por ser recogidas estas leyes en las recopiladas, prescindiendo de las Partidas, a pesar de que éstas tenían el mayor predicamento entre los juristas y se intentaron imponer en disposiciones legislativas expresas (3).

Es curioso observar en el Fuero de Sepúlveda (año 1076) el precedente más concreto respecto licencia marital y consentimiento de la mujer al marido, en el título 64, que dice: "Otro si, toda muger casada, o manceba en cabello (*soltera*), o vibda, que morare con padre,

(1) Ver leyes 50 y 51 de Toro: según esta última, las arras de la mujer van al heredero y no al marido, si no dispone de ellas.

(2) Ver leyes 4, tit. X, lib. I, Fuero Real, y 55 de Toro.

(3) Galo Sánchez: *Curso de Historia del Derecho*, pág. 218. Reus, 1940. Mingujón: Ob. cit., pág. 88.—Román Ríaza: «El Derecho romano y el Derecho de Castilla durante el siglo XVIII», en *REVISTA CRÍTICA*, pág. 550. 1930.

o con madre, o con pariente en su casa, non aya poder de adebdar ninguna debda mas de fata un maravedi, *nin de vender*, seyendo de seso, si non fuer *con placenteria* del pariente con qui morare (1). Otro si, toda debda que marido con su muger ficiere, si alguno dellos muriere, *pechenlo por meetad*, e si amos murieren, paguenlo aquellos que ovieren de heredar. Otro si todo omne que muger oviere, *non aya poder el marido de vender rayz de su muger si a ella non ploguiere*." En esta ley aparece la mitad de gananciales, referida a las deudas (2).

Sin embargo, el Fuero de Salamanca (también anterior a 1100) vacila más y prefiere una actuación conjunta, en el párrafo 208: "De undade de marido e muler. Quanto marido e muyer fezieren en fu falude, todo fea firme" (3). Este Fuero, además, introduce la viudedad en usufructo, en el párrafo 206 (4): "Dela uilujdade de la uilda-Efta fea la uildujdade: una tierra de III kafizef fembradura en baruecho, e una cafa, e una arancada de uina, e una uez de azenia, e I yogo de buef, e I afno, e I lecho con una guenabe, e I lichero, e I fieltro, e II fauanaf, II cabezalef, efpetof, mefa, efcudielaf, uafof, cucharef quantaf ouieren de madero, efcanof, cedacof, archaf, badil, calderaf, fcamielof, criuaf, e una carral de XXX medidaf. Todo efto, quando lo ouieren de confuno, tome lo entrego (*entero*); e aquello que fore de parte del marido, tome el medio; e aquello que non ouieren de feuno ne de parte del marido, non lelo den. E de todo efto, qual ela quefier. *E no lo uenda ne lo done*. E fi marido tomar, doble efto que tomar. E fi moriere. qual axaren. de tal tomen parentes del muerto fu parte."

Más explícito, el Fuero de Soria (año 1109), que inspiró en parte al Fuero Real, y que, a su vez, se inspiró en el de Cuenca, repite leyes de otros Fueros anteriores, pero más técnicamente y con mayor precisión en las materias de que trata. Así lo vemos en los párrafos relativos a bienes gananciales, privativos, donaciones, arras y efectos de

(1) El Fuero de Molina de 1139, según Martínez Marina, en su *Ensayo histórico-crítico*, t. I, pág. 288, 1834, insiste en que «la mugier que fuere maridada non aya poder de empennar nin de vender *sin mandamiento* de su marido».

(2) Fuero de Sepúlveda. Lic. Juan de la Reguera Valdelomar, 1798.

(3) Palabras enigmáticas, de difícil interpretación. Minguijón, en la obra citada, pág. 142, cree que la costumbre establecía que ambos cónyuges otorgasen los contratos conjuntamente.

(4) El Fuero de Ledesma de 1148 repite, en sus párrafos 133 y 134, los citados 206 y 208 del de Salamanca.

contratos con la mujer casada sin consentimiento o licencia (*otorgamiento*, dice el Fuero) de su marido. Sus disposiciones son las siguientes (1):

En el párrafo 297, exige el consentimiento de los herederos, doctrina original, que no prosperó, "En uida nj en muerte el marido non pueda dar njn mandar a fu mugier njnguna cofa, njn la mugier al marido, *los herederos non queriendo o non fabiendo lo*, faluo fi gelo diere por tuerto quel touiere, como fi lo deferado de lo fuyo y fuere tabido por uerdat. Si engannofa mjentre gelo diere o gelo mandarc, que non uala. Otroffi aquello quel diere ante que cfare con ella, feal firme y eftable, que non gelo puedan toller nj embargar fus fijos njn fus herederof del".

En cambio, existe una noción, aunque confusa, de la sociedad de gananciales como distinta de las personas del marido y la mujer, así como reglas que se repiten insistentemente hasta las Leyes Recopiladas. Así, en el párrafo 334 se ordena: "Toda cofa que el marido y la mugier *ganaren o compraren de confuno, ayan lo amos por medio*. Et fi fuere donadio de rey y lo diere a amof por medio; et fi lo diere al uno, aya lo folo aquel a q uien lo diere" (2).

Párrafo 335: "Sj el marido alguna cofa ganare de herencia de padre o dotro parient o de donnadio de fennor o de amigo, *aya lo todo quanto ganare por fuyo*. Et fi fuere en hueste, maguer que reciba foldada del rey o de fennor, fi beftiaf o armaf o otra cofa alguna leuare a cueftas de amof, quanto ganare defta guifa fea del marido y de la mugier. Et efto que es fobredicho de laf gananciaf de los maridos, *effo mifmo fea de las mugières*" (3).

Párrafo 341: "Sj el marido o la mugier por alguna occafion se ouieren a partir *partan entreffi equal mjentre quanto en uno ganaron*

(1) Fueros Leoneses y Castellanos. Centro de Estudios Históricos, 1916 y 1919. Edición y estudios de Américo Castro, Federico de Onís y Galo Sánchez.

(2) El Fuero de Alcalá, anterior a 1125, en el párrafo 66, reitera: «Toda bona, de mueble o de raíz, que ganaren o compraren marido o mulier, por medio lo partan.» Los dispuesto en el Fuero de Soria se copia en el Fuero Real, lib. III, tít. III, ley 1; en las Ordenanzas Reales de Castilla, lib. V, título IV, ley 1, y en la Novísima Recopilación, leyes 1 y 5, tít. IV, lib. X.

(3) Ver ley 2, tít. III, lib. III, del Fuero Real; ley 2, tít. IV, lib. V, de las Ordenanzas Reales de Castilla, y ley 2, tít. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación.

et non al; et partan toda la buena que amos en uno fizieron en la rayz del otro. Et depuef que el uno daquellos que en vida fueron partidof finare, el que uifquiere non aya njnguna cofa del muerto. Et fi unjdat ouieron fecho, non vala" (1).

Párrafo 343. "Sj eftando el marido con la mugier camiaeren hereditat que fea del uno dellof con otro, lof efquimos daquela hereditat que fuere camjada ayan los por medio, y la hereditat ffea daquel cuya era la otra por que fue fecha el camjo. Otroffi dieren hereditat del uno dellof y dineros de maf, quier pocos, quier munchos, por hereditat dotro, aquel que non aje njnguna cofa en la hereditat primera aya enla otra hereditat que recibieron en camjo tanto quanto montare la meatad de los dineros que fueron dados de maf fobre la hereditat, y todo lo otro, ffea daquel cuya hereditat fuere dada en camjo; y los efquimos de toda la hereditat ayan lo amos por meatad. Otroffi fi eftando en uno uendieren hereditat que ffea del uno dellos (2) y del precio de effa mifma hereditat compraren citra, los efquimos della fean de amos communal mjentre, y la hereditat ffea dada aquel de cuya hereditat fue fecha la compra."

Párrafo 400: "Sj el marido ffiziere debda o ffiadura despues que el y fu mugier ffueren ayuntados por cafamjento y oujeren tomado bendiciones, do quier que la faga paquenla de confouno. Et fi el uno dellos muriere ante que la debda ffea pagada, el que fincare biuo pague la meytad, y los herederos del muerto paguen la otra meytad. Et fi ia mugier ffiziere debda o ffiadura fin otorgamjento de fu marido, ella njn fus bienes non ffean tenjdos por tal fiadura, faluo en aquella quifa que mando el ffuero de los emplazamjentos. Et fi ante que ffueffen ayuntados por cafamjento alguno dellos ffizo debda o ffiadura, paguela aquel que la ffizo; y ellotro nj fus bienes non ffean tenjdos de pagar la."

Más gráficamente, el Fuero de Alcalá, en el párrafo 65, establece: "Mulier maridada de Alcala o de so termino qui alguna cosa fiare ad alguno ome, o mandare fiar, nol preste; e venga so marido e del una telada e escase de la fiadura" (3)

(1) Ver ley 5, tít. IV, lib. X, de la Novísima Recopilación.

(2) Parece en este párrafo que la venta se hacía conjuntamente por marido y mujer.

(3) Relacionada estrechamente con la ley de la *pescozada* del Fuero Viejo, que luego se transcribe, establecida en las Cortes de Nájera por Alfonso VII. Ver Martínez Marina: Ob. cit., pág. 288.

Aun cuando al Fuero Viejo de Castiella (de 1181) comúnmente se le ha atribuído carácter nobiliario, lo cierto es que contiene prescripciones no aplicables a las clases privilegiadas (1). Fué obra anónima, sin autoridad oficial y que recoge desordenadamente el Derecho territorial castellano, en parte no escrito aún. Acaso sea más antiguo de lo que se pretende o más moderno que de la época de Pedro I, en que, al parecer, fué ordenado. Para el objeto de este estudio tiene gran interés, porque terminantemente fija el poder de disposición del marido sobre los bienes gananciales y sobre los bienes privativos de la mujer, aun sin consentimiento de ella, así como establece para la mujer prohibición de enajenar sus arras, comprar fincas, salir fiadora o contraer deudas sin consentimiento (*otorgamiento*) del marido. Esta doctrina, más o menos modificada, no sólo pasó a las Leyes Recopiladas, sino incluso sirve de precedente a la doctrina actual. Al no recoger la presunción Muciana, o de que todos los bienes del matrimonio se consideran del marido o donados por éste, salvo prueba en contrario, se indica el escaso influjo que entonces tenía el Derecho romano, aun cuando era imposible evitar alguna infiltración.

En el libro V, título I del Fuero Viejo de Castilla, leemos los párrafos siguientes:

"I. Esto es Fuero de Castiella: Que todo Fijodalgo puede dar a sua muger en arras el tercio del eredamiento que a; e si ella ficer buena vida despues de la muerte del marido, non casando, deve tener estas arras en toda sua vida, placiendo a los erederos *e non las pueda ella vender, nin enagenar en todos suos dias.* e quando el marido murier, puede ella levar. *la meitad de todas las ganancias que ganaron en uno.*"

"VII. Esto es Fuero de Castiella: Que si el marido vende algund eredamiento, que es de sua muger, si el mesmo conoce ante testigos rogados, que deste auer que ouo desde mesma eredat, que vendió de sua muger, compro otro eredamiento o otras cosas algunas; ansi como esto que vendió era suo della, ansi deve ser todo lo otro. *E eso mesmo es, si vende el mesmo de lo suo; e compra alguna cosa, si se podier probar, que de suo vendió.* Mas ansi como *el marido a poder vender de los bienes de sua muger, que ella auie ante que casase con ella,* ansi a poder de entregarla, si quisier, conociendol ante testigos, que

(1) Galo Sánchez: *Curso* citado, pág. 107.

aquello que vendió era suo della, *quier otorgando ella la venta, quier no* E si el marido vendier algun eredamiento, que sea de sua muger, *sin otorgamiento de ella*, non lo puede demandar en sua vida del, viviendo con el, e estando en suo poder; mas tal eredamiento como este, puedelo demandar ella o suos erederos despues de la muerte del marido. "

"VIII. Esto es Fuero de Castiella entre fijosdalgos: Que ansi como el marido puede comprar algunas cosas con sua muger, o facer otras ganancias algunas, quier de mueble quier de rais, *ansi como lo gano con ella, ansi lo puede vender*, si quisier, e ella non gelo puede embargar ."

"IX. Esto es Fuero de Castiella: Que ninguna Dueña que marido aya, non puede comprar eredamiento, nin puede facer fiadura contra otro, *sin otorgamiento de suo marido*; e si lo ficier, e el marido mostrare, quel pesa ante testigos, *si le dier una pescosada*, e dijier que non quier que vala esta compra o fiadura que ella fico, es todo desfecho, e non vale por fuero."

"XII. Si la muger, que a marido, face debda, o mete fiadores a otro ome por qualquier debda que sea, *el marido non lo otorgando* non pagará la debda, *nin quitará la debda. nin fiadura*, que oviese la muger fecho "

El Fuero Real, o Fuero de las Leyes, redactado ya en 1255, recoge puntos de vista del Derecho indígena, germánico y algo del romano y canónico, y se dictó porque muchas ciudades carecían de Fuero especial, rigiéndose por *fazañas*, albedrios y usos *desaguisados*, de que nacían muchos daños y males. Fué concedido como Fuero municipal, al igual que el Fuero Juzgo, a muchas poblaciones, tal vez con la tendencia de unificar el Derecho territorial, pero las poblaciones siguieron aplicando sus fueros antiguos. Hubo un resultado imprevisto, que por aplicarse en los Tribunales de la Corte originó decisiones que se recopilaron en las llamadas Leyes del Estilo.

En cuanto a las arras, ratifica la ley 6.^a, título I, libro III del Fuero Juzgo, antes reseñada, ampliándola al decir: "El marido de cualquier muger *no pueda malmeter, ni enagenar* las arras que diere a su mujer, *maguer que élla lo otorgue*; e otrosi, no las pueda mal meter, ni enagenar, mientras que el marido quisiere, maguer que ella lo otorgare, ni despues de su muerte, mientras que fijos vivos del

hobiere, fueras ende la cuarta parte, así come manda la Ley." El influjo de la doctrina de la dote romana salta a la vista (1).

Para las donaciones, la ley 3.^a, título XII, libro III, se inspira en el Fuero Juzgo (2), con modificaciones que no son de interés para este estudio, y en las deudas contraídas antes de casarse o después, la ley 14, título XX, libro III, reitera la doctrina del párrafo 400, transcrito, del Fuero de Soria. Pero merecen citarse tres leyes que modifican esencialmente disposiciones examinadas anteriormente, al concederlas más extensión y ampliar los efectos, así como reiteran otras prohibiciones:

Ley 9.^a, título VI, libro III: "Si el marido e la muger ficieren hermandad de sus bienes, de que fuera el año pasado que casaren en uno, no habiendo fijos de consuno ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad; e si despues que ficieren la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad; ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón."

Ley 5.^a, título XVIII, libro III: "Si el marido ficiere fiadura *sin otorgamiento de su muger*, e la pechare, ella, ni sus herederos no sean tenudos de pechar ninguna cosa por razon desta fiadura, en vida, ni en muerte; e si la muger ficiere fiadura por otro, *sin otorgamiento de su marido*, no vala, ni sea tenuta ella, ni sus bienes, por tal fiadura "

Ley 13.^a, título XX, libro III: "Maguer que muger de su marido no pueda fiar, ni facer deuda *sin otorgamiento de su marido*, pero si fuere muger que vende o compra por sí, o haya menester de mercadería, vala todo deudo, e toda cosa que ficiere en quanto pertenesce a su menester".

La importancia de la hermandad de bienes, necesidad de consentimiento de la mujer para las fianzas del marido y autorización para que aquélla pueda ejercer libremente el comercio, son disposiciones dignas de mención, como nuevas en aquella época.

En tiempos de Fernando IV se recopilaron las leyes del Estilo, que son más bien sentencias judiciales. Acusan marcada influencia romana y canónica, con perfeccionamiento en algún caso. Por ejemplo, la presunción muciana del Derecho romano aparece ya referida, no al

(1) Ley 4, tít. II, lib. III.

(2) Leyes 6, tít. I, lib. III, y 4, tít. II, lib. V.

marido, sino a la sociedad conyugal; igual que ahora, y en contraposición de las Partidas, que servilmente copian al Derecho romano, con retroceso de la doctrina (1).

La autorización al marido para vender bienes gananciales, que consta en el párrafo VIII, título I, libro V del Fuero Viejo, se reitera señalando la cuota de ganancias y salvando la venta maliciosa. También exageran el concepto de ganancias y extienden la mitad de la cuota de cada cónyuge a bienes que no son propiamente gananciales, en contradicciones con disposiciones de Fueros municipales (2). Por último, aplicando el título 64 del Fuero de Sepúlveda, el Tribunal resuelve que las deudas contraídas por el marido o por el marido y la mujer, conjuntamente, durante el matrimonio, deben ser pagadas por mitad también.

La técnica es más correcta, según se desprende de la redacción de las Leyes o sentencias que se transcriben:

203. "Como quier que el derecho diga que todas las cosas que han marido e muger, que todas presume el derecho que son del marido fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, *que son de ambos por medio*, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente."

205. "Si alguno seyendo casado con alguna muger compro alguna heredad o otra cosa que gano estando en uno con su muger, estos bienes que así compro, *puédelos vender el marido, si menester fuere*, en tal que no lo faga el marido maliciosamente, maguer la mujer haya su meytad en aquella ganancia de lo que el marido había ganado o comprado."

206. "Otro sí han por uso en algunos lugares do son los Mercaderes, porque han lo suyo todo lo más en muebles, y que si las mugeres con quien son casados han heredad, o otras cosas de su matrimonio, o que son suyas en otra manera, y vende el marido con *consentimiento* de su muger alguna heredad de las suyas, o si vende todo lo de la muger, había el marido su meytad en todo, y si la muger no consiente que se vendan sus bienes, es así de uso que habia el marido

(1) Ley 2, tít. XIV, partida, 3.

(2) En estos Fueros está perfectamente diferenciado el carácter de bienes gananciales y bienes privativos, y extraña la ley 206, aunque esté referida a mercaderes.

la meytad en todos sus bienes de la muger, y esto porque la muger quiere haber la meytad en todo lo que ha su marido, que lo ha entodo en mueble o lo más; y es asu comunaleza que haya el marido la meytad en los bienes de la muger."

207. "Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, páguenlo, otrosí, en uno. Y es a saber que el deudo que face el marido, maguer la muger no lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es la meytad de la deuda... E como quiere parte en las ganancias, así se debe parar a las deudas "

Con éstos antecedentes llegamos al Código conocido por el nombre de las Siete Partidas, obra magna del Rey Sabio, Alfonso X, redactada en 1263 y justamente celebrado por su redacción literaria. Tuvo un éxito extraordinario e influyó poderosamente en la formación de los tratadistas y jurisconsultos, pero no fué popular, y su principal defecto radica en que no es Código inspirado en el Derecho español indígena, eminente germánico. Tan es así, que en el Ordenamiento de Alcalá, aprobado por Alfonso XI en 1348, al señalarse el orden de prelación de las Leyes, Ley I, título XXVIII, se dispone que después del Ordenamiento se apliquen los Fueros municipales y el Fuero Real, y en último término las Partidas (1). El motivo principal es que las Partidas constituyeron el principal instrumento para la recepción y penetración del Derecho romano y del canónico, aunque intentó armonizar estos derechos con el indígena en un sistema original. Intento difícil al pretender conciliar el sistema de separación de bienes y la dote romana con la idea de comunidad, total o parcial, germánica, y el sistema de los bienes gananciales. Siempre que toco este Código me parece entrar en tierra extraña, aunque llegue alguna brisa de tierra propia, y esta diversidad de ambiente se refleja también en el presente trabajo.

En efecto, la dote romana impera e incluso el concepto de los parafemales, en la ley 17, título XI, Partida 4.^a, parece redactada por Ulpiano, con idénticas palabras del texto romano antes transcrito; en las leyes 3 a 6, de igual título, la prohibición de donaciones entre esposos, con las mismas razones que los romanos, deroga la doctrina tradicional española examinada, aun con los distinguos de las donaciones válidas; y en las leyes 2 y 3 del título XII, Partida 5.^a, la fianza de la mujer

(1) Reiterada por la ley I de Toro. Martínez Marina, en su *Ensayo* citado, t. II, pág. 2, juzga duramente al Código alfonsino en el mismo sentido. Ver también la página 255 del tomo referido.

casada, también es de sabor romano y muy contraria al derecho tradicional. Unicamente la ley 7, título XI, Partida 4.^a, recuerda la ley 4.^a, título II, libro III del Fuero Real: "Pero con todo esto non puede el marido vender nin enagenar, nin malmeter, mientra que durare el matrimonio, la donación quel dió a la muger. .", pero también es romana. No sirven las Partidas para investigar la evolución de la potestad marital en la sociedad conyugal ni para fijar la situación de la mujer en el matrimonio de modo que se advierta un progreso que nos permita conseguir un nuevo jalón hasta llegar a la doctrina actual. Este jalón aparece en las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, y tan importante, que es el primer Código español en el que he encontrado la palabra *licencia*, aunque referida a la mujer. Las cuatro leyes del título IV, libro V, vuelven a la más rancia stirpe indígena. Las leyes 1.^a y 2.^a copian los párrafos 334 y 335 del Fuero de Soria antes señaladas; la ley 3.^a, la doctrina de que los frutos sean comunales a ambos cónyuges, aunque la heredad sea privativa, pero esta heredad "hayalas el marido o la muger, cuyas eran antes"; y la ley 4.^a nos dice: "Otro- si, que los bienes que fueren ganados, y mejorados, y multiplicados, durante el matrimonio entre el marido y la muger, que no fueran castrenses, ni quasi castrenses, que los pueda enagenar el marido, durante el matrimonio, si quisiere, *sin licencia*, ni otorgamiento de su muger." Ignoro si las comas las puso el Rey Don Enrique IV en las Cortes de Nieva, donde se aprobó esta ley, o la imprenta La Publicidad, donde se imprimieron los Códigos, pero me parecen demasiadas en tan corto párrafo.

Las Leyes de Toro, de 1505, intentaron una vez más unificar el Derecho en todo el territorio nacional, al menos en algunos puntos donde los Fueros y Ordenanzas otorgados por los Reyes durante la Reconquista eran tan dispares que originaban un caos. Tan criticadas en otros aspectos, es justo reconocer que las leyes 50 a 62 representan un avance considerable al precisar las facultades de disposición dentro del matrimonio relativas a los bienes de los cónyuges y en la determinación de la capacidad de los mismos, si bien en algún aspecto son de una dureza extraordinaria. Para la mujer, casi una incapacidad total, sujeta en todo a la licencia del marido. En aquel tiempo debió caer muy bien la palabra "licencia", antes desconocida en los Códigos. Sin embargo, hay que consignar que ya la técnica es casi perfecta en 1505, y que las imperfecciones y confusión que se notan

no deben censurarse muy duramente, porque nuestros progresivos Códigos tampoco son dignos de alabanza y han transcurrido bastantes siglos.

En el Derecho romano sabemos que no se llegó a construir técnicamente el concepto de sociedad conyugal; en parte por su característica de separación total de bienes, en parte por su repugnancia a las personas jurídicas, y además por su empirismo. En nuestro Derecho hay indicaciones, atisbos y rasgos embrionarios, acaso por la idea de comunidad, tan arraigada en el Derecho germánico. Así, hemos visto que se emplean las palabras "mandare, ploguiere, placenteria, queriendo, otorgamiento, consentimiento, mandamiento", y, por último, "licencia", con el mismo significado de autorización del marido a la mujer o de la mujer al marido, para actos de disposición dentro de la sociedad conyugal, pero sin llegar a concretar hasta 1484 que la mujer necesita, en general, la licencia del marido, aun cuando en tiempos de Fernando IV ya la ley 205 del Estilo había conferido al marido el poder dispositivo respecto los bienes gananciales, con carácter de exclusividad. No he de intentar el examen de las cuestiones que se plantean ni la búsqueda del porqué de esta evolución; sólo meras indicaciones.

Las Leyes de Toro establecen (ley 54) que la mujer no puede repudiar ninguna herencia, testada o intestada, sin licencia de su marido: que aceptarla sólo podrá con beneficio de inventario y que (ley 55): "*La muger, durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede hacer contracto alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contracto que a ella toque, ni dar por quito a nadie del, ni pueda hacer quasi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere*". Tampoco puede, según la ley 61, ser fiadora de su marido, y si se obligaren marido y mujer en mancomún, la mujer no será obligada a cosa alguna, excepto en determinados casos. Además, autorizan estas leyes que el marido puede dar licencia general (ley 56) y ratificar lo hecho por la mujer sin su licencia (ley 58) y por ausencia u oposición del marido, el Juez puede dar dicha licencia (leyes 57 y 59). La doctrina de los bienes gananciales se reitera, autorizando expresamente la renuncia (ley 60).

En una palabra, que en 1505 teníamos en nuestro Derecho los elementos e indicaciones necesarios para construir una doctrina, que fué

perfilada por la jurisprudencia, por los comentaristas y por tratadistas jurídicos, lentamente, pero sin que las leyes intervinieran hasta tres siglos más tarde, bien entrado el siglo XIX, pues las leyes recopiladas no son más que esto: recopilaciones. En la Novísima Recopilación de 1805, por ejemplo, libro X, título IV, tenemos: La ley 2.^a, que reitera la doctrina y hasta las palabras de las leyes 15 a 17, título II, libro IV del Fuero Juzgo, y párrafos 334 y 335 del Fuero de Soria, repetidos en Fueros posteriores; la ley 4.^a repite las palabras de la ley 203 del Estilo; la ley 5.^a copia la ley 4.^a, título IV, libro V de las Ordenanzas Reales de Castilla, que a su vez están inspiradas en leyes anteriores, como la ley 8.^a, título I, libro V del Fuero Viejo de Castilla, y la ley 205 del Estilo. Claro que de vez en cuando surgen sorpresas, al recopilar costumbres no mencionadas en Cuerpos legales anteriores, inspiradas en Derechos ajenos al germánico, romano y canónico, fuente principal del Derecho examinado, como sucede con las leyes 12.^a y 13.^a; la primera de Carlos III aprobando la observancia del Fuero del Baylio "conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieran por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales" (aun cuando no parece tengan relación entre sí, es curioso comparar esta ley con la 206 del Estilo, referida a mercaderes): y la segunda, de Carlos IV, derogatoria de las costumbres cordobesas u holgazanas, indudablemente derivadas del Derecho musulmán, que dice: "Abolimos en quanto sea necesaria la supuesta ley, costumbre o estilo que ha gobernado hasta ahora en la ciudad de Córdoba, de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio." Alguna vez hay diferencias derivadas de distinto lenguaje o de aclaraciones de los recopiladores, pero en general se mantienen hasta las mismas palabras de las leyes recopiladas.

Desde esta época aparecen interferencias de legislaciones extrañas de origen similar e influjo de códigos como el de Napoleón: se va depurando la doctrina y la técnica jurídicas y se emprende la tarea de las codificaciones científicas. Miramos demasiado a Francia, cuando beneméritos legisladores incrustan en nuestra legislación preceptos más en armonía con el espíritu de nuestro Derecho tradicional, entendiendo por tradicional el indígena, no el importado o recibido: el que late en las instrucciones jurídicas históricas y no el impuesto por el entusiasmo científico. No es de este momento el estudio detenido de

esta faceta de nuestra historia, por lo que tenemos que ocuparnos brevemente del proyecto de Código civil de 1851 (1).

Los artículos 63 a 67 del proyecto determinan que la mujer no puede, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo enajenar sus bienes, ni obligarse, sin perjuicio de lo dispuesto en el título VI, libro III del mismo proyecto; que se puede suplir la falta de licencia marital por la autorización judicial; que la licencia no es necesaria para la defensa en juicio criminal, demandar o defenderse en pleitos con el marido ni hacer testamento. La mujer, el marido y los herederos de ambos son los únicos que pueden reclamar la nulidad fundada en la falta de licencia. (La falta de esta licencia no excusa a la mujer de quedar obligada naturalmente, y no podrá reclamar lo que disuelto el matrimonio haya pagado a consecuencia de esta obligación natural (arts. 1.187 y 1.895) (2). Tampoco puede la mujer pedir la partición sin *autorización* de su marido o del Juez (art. 895).

Ni el marido, ni la mujer, ni los dos juntos, pueden enajenar ni hipotecar los bienes dotales inmuebles (salvo dote apreciada o autorización del Juez (arts. 1.280 a 1.282). El marido puede enajenar y obligar a título oneroso los bienes gananciales sin el consentimiento de su mujer (art. 1.334), salvo lo dispuesto en el artículo 1.337. La mujer no puede obligar los bienes gananciales sin consentimiento de su marido (art. 1.338), excepto los casos previstos en los artículos 1.287, 1.363 y 1.364. Se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer (art. 1.328) (3).

Salvo la prohibición de hipotecar y enajenar los bienes dotales inmuebles inestimados, las demás disposiciones han pasado a nuestro Código vigente. Con este Proyecto de 1851, queda cerrado el ciclo del Derecho histórico.

A grandes rasgos, con línea esquemática, puede resumirse la evo-

(1) García Goyena: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. 1851.

(2) *Concordancias*, t. I, pág. 79. Comentario al artículo 63. No pasó a nuestro Código.

(3) Los bienes extradotales estaban omitidos, pero en la práctica la mujer facultaba expresamente al marido para su enajenación. Sentencia 5 enero 1860, 18 diciembre 1878 y 20 febrero 1889.

lución sufrida por la facultad dispositiva de los bienes matrimoniales. En el *Liber judiciorum* y en la versión romanceada del mismo o Fuero Juzgo, los gananciales son proporcionales al caudal aportado, salvo convenio escrito; se distinguen los bienes privativos, con libre disposición por su respectivo dueño, sin necesidad de autorización, y para las arras y donaciones, la libre disposición por la mujer depende de como *mandare* el marido.

En los Fueros municipales, los gananciales son por mitad, cualquiera que sea la aportación de cada cónyuge. El poder de disposición, respecto de la mujer, tiene que ser con *placenteria* del marido, y si el inmueble es de la mujer, se requiere que a ella le *ploguiere*. Para los bienes gananciales parece requerirse actuación conjunta.

En el Fuero Viejo, la potestad dispositiva radica en el marido, tanto de los bienes gananciales como de los privativos de la mujer. Es de creer que también la tendría respecto de sus bienes propios.

El Fuero Real introduce restricciones a tamaña potestad omnímoda del marido, y así le prohíbe enajenar las arras y le obliga a requerir el consentimiento de la mujer para la validez de las fianzas con repercusión contra los bienes de la mujer, declarando nula la fianza de la mujer sin consentimiento del marido.

En las Leyes del Estilo se acoge la presunción muciana de los bienes de matrimonio, pero con distinto fin; la presunción es a favor de la sociedad conyugal, lo que constituye un atisbo del reconocimiento de esta sociedad como distinta de las personas de ambos cónyuges.

Las Leyes de Toro, implacablemente, requieren licencia marital para casi todas las actuaciones de la mujer casada, salvo por causa de muerte.

Y el proyecto de Código civil de 1851 contiene casi totalmente la doctrina del actual Código civil, con la omisión de la disposición de los bienes extradotales, omisión que la jurisprudencia se apresura a cubrir, puesto que había declarado que en los casos de disposición de bienes extradotales, generalmente la mujer facultaba al marido para enajenarlos.

Las Partidas, casi totalmente, siguieron el Derecho romano, con algunas adiciones o rectificaciones.

III. DOCTRINA DEL CÓDIGO CIVIL Y SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA QUE INSPIRA EL NUEVO REGLAMENTO HIPOTECARIO.

La doctrina del Código civil es sobradamente conocida para necesitar un examen minucioso.

En general, el patrimonio conyugal puede contener tres clases de bienes, perfectamente diferenciados: *a)* Bienes propios del marido, *b)* Bienes propios de la mujer (parafernales o dotales), y *c)* Bienes gananciales (1).

La disposición de estos bienes, salvo el caso de poder expreso de uno a otro cónyuge, corresponde: *a)* Al marido, respecto de sus bienes propios y los bienes gananciales; *b)* A la mujer, con licencia del marido, respecto los bienes dotales o parafernales; *c)* A la mujer, con consentimiento del marido, respecto los bienes gananciales (artículos 61, 1.415, 1.361, 1.387 y 1.416).

La adquisición corresponde al marido a título oneroso o lucrativo, sin necesidad de requisito alguno, pero la mujer también puede adquirir en los mismos casos, de dos maneras: *a)* Con licencia o poder de su marido (art. 61). y *b)* Sin licencia o autorización siempre que el marido o sus herederos no reclamen la nulidad de los actos otorgados por la mujer casada (art. 65).

La adquisición de bienes a título oneroso durante el matrimonio puede hacerse: *a)* Para la comunidad; *b)* Para el marido; *c)* Para la mujer (art. 1.401, núm. 1).

Para la determinación del carácter de los bienes rige el artículo 1.407. que presume gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

En lo que se refiere a la inscripción en el Registro de la Propiedad, en la práctica los bienes privativos se inscriben a nombre del cónyuge a que pertenecen, y los bienes gananciales, a nombre del marido, normalmente, y a nombre de la mujer en tres casos: *a)* Cuando la mujer adquiere sin licencia del marido, pero haciéndose constar en la inscripción la posible anulación por reclamación del marido y sus herederos (Rs. 22 agosto 1894, S. 29 mayo 1907, 26 octubre 1916 y

(1) Queda fuera de este trabajo todo cuanto se relaciona con el régimen de capitulaciones matrimoniales en Derecho común o foral.

24 mayo 1928, Rs. 25 agosto 1911, 10 julio 1935, 9 junio 1936, etcétera), y generalmente añadiéndose que la inscripción se verifica para la sociedad conyugal o que los bienes tienen carácter ganancial. b) Cuando la mujer adquiere con licencia de su marido, sin demostrarse la pertenencia exclusiva del precio de la adquisición, y sin hacerse ningún reconocimiento del carácter de los bienes adquiridos, en cuyo caso se suele decir también en la inscripción que se verifica para la sociedad conyugal o que los bienes tienen el carácter de gananciales (Rs. 13 enero 1913, 24 enero 1913, etc.), y c) En el caso de que la mujer adquiera con licencia del marido, reconociendo o aseverando éste o manifestando ambos conjuntamente, que el precio de adquisición es de propiedad exclusiva de la mujer, pero sin justificarse este extremo (Rs. 10 julio 1935, 9 junio 1936, 11 octubre 1941, 30 enero 1943, 9 diciembre 1943, etc.). También en este caso se hace constar en la inscripción que la adquisición es para la sociedad conyugal o que los bienes tienen el carácter de gananciales.

No sin vacilaciones se ha llegado a esta conclusión (1), porque la diversidad de casos presentados requerían solución distinta y había que tener en cuenta las consecuencias que respecto los actos de disposición de los bienes inscritos producía la forma de inscripción de estos bienes. La jurisprudencia parece que al fin tomó un camino firme, según las distintas situaciones: Para esta determinación, evidentemente han influido varias causas:

1.^a La declaración de la Constitución republicana de 1931, artículo 43, de que el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, que obligó a interpretar con arreglo a su espíritu los antiguos textos legales (2).

2.^a El artículo 169 del Reglamento del Notariado de 8 de agosto de 1935 (hoy el 169 del actual Reglamento de 2 de junio 1944) que autoriza al Notario para resolver "si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar con arreglo a su criterio

(1) Ver el notable trabajo de mi compañero Sr. Martínez Santonja en REVISTA CRÍTICA, núm. 150, año 1940, pág. 649, sobre «¿Son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital o autorización judicial?», y en el Suplemento de esta REVISTA núm. 442, la nota del competente Registrador Sr. Menchen. También otro Registrador, Las Heras, en esta REVISTA, 1943, pág. 255.

(2) Ver Castán: *Derecho civil. Notarías*, t. I, vol. I, pág. 114. 1936.

la finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. En todo caso, cuando se precisare la licencia marital podrá otorgarse el documento, siempre que con ello estuvieren conformes los interesados, subordinándola a la condición suspensiva (1) en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo si el marido o sus herederos no la impugnaren”.

3.ª Una mayor precisión en el concepto y naturaleza de la sociedad conyugal de gananciales. A través de la doctrina del Centro Directivo, se demuestra la evolución. En la R. de 13 de enero 1913, parece se considera como personalidad distinta de ambos cónyuges, al decir que la finca “debe reputarse como perteneciente a la sociedad conyugal y virtualmente inscrita en el Registro a favor de la misma”. Contra esta postura, reaccionan las Rs. de 9 de febrero 1917, 15 julio de 1918 y de 10 julio 1935 (2) al reconocer que “corrientemente no existen en el Registro inscripciones especialmente extendidas a favor de la sociedad conyugal como persona jurídica” sino que los bienes aparecen a nombre de marido o mujer (véase lo dispuesto en el artículo 1.401, párrafo 1.º del Código civil). Avanza más la R. de 12 de diciembre 1935, con doctrina más depurada al afirmar que “La técnica civil moderna, al analizar la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes entre cónyuges, ha formulado diversas construcciones, declarando que constituye una sociedad con personalidad jurídica más o menos limitada, una copropiedad común o sometida a reglas especiales, una institución autónoma, un grupo de bienes cuya titularidad durante el matrimonio corresponde al marido en dominio o sólo en usufructo, un patrimonio destinado a un fin, una indivisión organizada, o según el criterio que parece más conforme con nuestro Derecho positivo, una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultades para pedir la división y en la que el marido ejerce el poder de disposición” Fija la doctrina subrayada, con iguales palabras, la R. de 8 noviembre 1944, que es la última palabra en esta materia.

Conviene distinguir, separadamente, para mayor claridad, los actos de adquisición de los actos de disposición:

(1) Creo que precisamente es todo lo contrario de una condición suspensiva.

(2) Reiterada en Resolución 11 octubre 1941.

A) *Actos de adquisición, constante el matrimonio, por mujer casada* (1).

1.º De bienes parafernales o dotales inestinados. Pueden ser, a título oneroso o a título lucrativo:

a) Si es a título oneroso, sin licencia marital, es difícil la justificación de pertenencia exclusiva del precio, pero no imposible, siempre que exista documento fehaciente contra tercero (R. 9 diciembre 1943), por ejemplo, que en igual fecha se venda una finca parafernial y se compre otra, ante el mismo Notario, en acto sucesivo, o que se trate de una permuta. Entiendo que en este caso la mujer está en pie de igualdad con el marido, y si éste puede comprar y acreditar por sí solo el carácter privativo del precio, también puede acreditarlo la mujer por iguales medios, sin necesidad de reconocimiento del marido, porque este reconocimiento sin prueba no surte efecto (Rs. 13 enero 1913, 24 enero 1913, 22 diciembre 1933, 10 julio 1935, 30 enero 1943, 9 diciembre 1943, etc.); es decir, que el requisito indispensable es la prueba, que no puede faltar. El acto es anulable, conforme los términos de los artículos 61 y 65 y la jurisprudencia.

La falta de prueba, convierte la adquisición onerosa, con licencia o sin ella, en una adquisición de carácter ganancial.

b) Si es a título lucrativo, herencia o donación; y sin la licencia marital, el acto será anulable conforme el artículo 65, pero el carácter de los bienes está determinado de modo indudable.

En ambos casos, probada la pertenencia exclusiva del precio o contraprestación, la inscripción se verifica a nombre de la mujer, como bienes parafernales o dotales, pero siempre haciéndose constar la falta de licencia marital (Rs. 22 agosto 1894, 25 agosto 1911, 19 julio 1922, etcétera), que equivale a una condición resolutoria, que se considerará cumplida caso de impugnación por el marido o sus herederos, e incumplida pasados cuatro años desde la disolución del matrimonio (artículo 1.301). Aplicable el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, salvo, naturalmente, la ratificación marital expresa, o la de los herederos en su defecto, e incluso la ratificación tácita, por comparecer el marido para

(1) De intento no se trata de las mujeres casadas menores de edad, por ser poco frecuente el supuesto, que además tiene reglas propias. Ni tampoco se hace referencia a los demás casos anormales, porque nada nuevo dice el Reglamento.

prestar licencia en la enajenación de la finca o los herederos, adjudicando a la mujer casada, ya viuda, la finca en pago de parafernales.

2.º De bienes gananciales. Sabemos que sólo pueden adquirirse a título oneroso de conformidad con el artículo 1.401, y que la regla general es la presunción de gananciales de los bienes del matrimonio del artículo 1.407. Para destruir esta presunción (que no es propiamente presunción Muciana, aun cuando su origen se remonte a tan larga fecha, según hemos visto), exige el Código civil prueba y el Centro Directivo determina que esta prueba tiene que ser "completa y concluyente, cuando hubiere terceros interesados" (R. 22 diciembre 1933) y "mediante documento que haga fe contra tercero" (Resolución 9 diciembre 1943), sin que sea suficiente la mera manifestación del marido o la mujer, ni las afirmaciones simples e indocumentadas de un Agente de Cambio y Bolsa o del Notario autorizante (Rs. 30 enero y 9 diciembre 1943), ni el reconocimiento o aseveración del marido de que el precio es de pertenencia exclusiva de la mujer (Rs. 10 julio 1935 y 9 junio 1936).

Por lo tanto, procede considerar los bienes adquiridos como gananciales en los siguientes casos: a) Cuando en el contrato, adquiere la mujer, con licencia o sin ella, del marido y no se haga manifestación de ninguna clase; b) Si se hace mera manifestación por la mujer, el marido o ambos, de que el precio es privativo de la mujer o si el marido reconoce o asevera esta circunstancia, sin prueba de ninguna clase o con prueba deficiente, que no puede ser aceptada; y ya comparezca o no el marido y preste o no la licencia correspondiente.

La inscripción expresará siempre la circunstancia de estimarse los bienes como gananciales y, además, si no consta la licencia marital, que el contrato o acto es anulable por reclamación del marido o sus herederos. Ahora bien: esta inscripción, ¿a nombre de quién ha de verificarse?

Conforme el artículo 1.401, núm. 1, puede inscribirse a nombre de la comunidad, pero esta solución es terminantemente rechazada por el Centro Directivo en Resoluciones antes mencionadas; luego hay que inscribirla a nombre del marido o a nombre de la mujer, y aunque normalmente se inscribía a nombre de la mujer adquirente, la Dirección General refuerza esta práctica en Rs. 9 febrero 1917, 15 julio 1918, 15 diciembre 1933, y en R. de 11 octubre de 1941 ordena que, "realizada la adquisición por la esposa con licencia del marido y repetido

consentimiento de éste en la adjudicación, ha de reputarse válida y surte todos sus efectos, debiendo verificarse la inscripción con las circunstancias que resulten del título, sin que ello prejuzgue las cuestiones que pudieran suscitarse acerca de la condición jurídica de los bienes dentro de la sociedad conyugal o al tiempo de disolverse ésta". La postura del Centro Directivo en cuanto a que la inscripción nada prejuzga, es reiterada, pues en Rs. 22 diciembre 1933 y 30 enero 1943, dice que las dudas de si los bienes son o no gananciales "deben resolverse por los interesados", y que "sin necesidad de rectificación de los asientos del Registro la finca puede considerarse ganancial o parafernál en las operaciones divisorias".

Admiten expresamente la adquisición a título oneroso por mujer casada, sin licencia, las Rs. de 22 agosto 1894 y 15 de diciembre de 1933, que ordenan hacer constar en las inscripciones las advertencias referidas.

La consecuencia de aparecer inscritas a nombre de la mujer fincas conceptuadas gananciales, se refleja en las Rs. de 13 enero 1913 y 10 julio 1935, al aceptar la anotación del embargo dirigido contra el marido, pues la situación ambigua del Registro y la naturaleza especial de la sociedad de gananciales, no se oponen a que las acciones ejercitadas contra el marido puedan hacerse efectivas en bienes gananciales. Por el contrario, la consecuencia es lógica, como también es indudable que por tratarse de bienes gananciales el Centro Directivo no podía desviarse de la doctrina de los artículos 1.415 y 1.416 del Código civil.

B) Actos de disposición, constante el matrimonio, por mujer casada.

El punto naurálgico y más peligroso radica en estos actos de disposición, y ante todo debe hacerse una advertencia general. El Centro Directivo mantiene posiciones distintas, según los recursos que resuelve, estén interpuestos por los mismos interesados o por el contrario, sean los Notarios autorizantes quienes pretenden que se declare que las escrituras están redactadas con las formalidades legales. Muchas de las Resoluciones que parecen contradictorias en la doctrina, resultan uniformes si se fija la atención en este hecho. Por ejemplo, en Rs. de 29 marzo 1901, 21 abril de 1908 y 15 y 19 de diciembre de 1933, aparece la contradicción, que la misma Dirección General explica porque "fueron dictadas desde un punto de vista diferente. ., el de no

hallarse las escrituras redactadas con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, cuestión que no se plantea en este recurso, no interpuesto por el Notario autorizante y sí por el adquirente de la finca a los efectos de la inscripción", y habida cuenta de que varias prohibiciones del Reglamento Notarial para los Notarios "no puedan trascender a la validez del título ni ser origen de defectos que impidan su inscripción, según también tiene declarado este Centro Directivo". Además, por ser el Notario un profesional del Derecho, tiene que saber que "la licencia concedida por el marido no equivale al consentimiento, porque no siendo sinónimos ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, si la mujer es quien contrata y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención exigida por la Ley al jefe de la sociedad conyugal", mientras que para los interesados las palabras licencia, permiso, poder, consentimiento, autorización, etcétera, pueden representar palabras sinónimas, con igual significación, al ser profanos en Derecho. A estos interesados les basta comparecer ante el Notario como marido y mujer, es decir, representando todos los derechos existentes en la sociedad conyugal, y no son ellos los llamados a dar forma legal a sus propósitos. Por eso, las Rs. de 7 septiembre 1921, 15 diciembre 1935, 9 junio 1936 y 28 abril 1941, ponen reparos a que se haya empleado en la escritura la palabra licencia en vez de la palabra consentimiento, pero en atención a la presentación conjunta de ambos cónyuges, admiten a inscripción el documento.

En los actos de disposición de bienes de la mujer casada, hay que distinguir también si se refieren a bienes parafernales y dotales inestimados, o si se trata de bienes gananciales:

1.º Actos de disposición de bienes parafernales y dotales inestimables. Rigen los artículos 1.361 y 1.387, en relación con los artículos 61 y 65 del Código civil.

La mujer, para disponer de esta clase de bienes, necesita licencia o poder marital, salvo para bienes parafernales, respecto los que puede obtener habilitación judicial. Es el caso de las Rs. de 25 agosto 1911 y 19 julio 1922.

Pero si realiza la venta sin licencia marital ni autorización judicial, la repetida jurisprudencia de los actos anulables por reclamación del marido o sus herederos, es aplicable íntegramente. La advertencia que se consigna en la inscripción implica una condición resolutoria.

con el juego propio de estas condiciones; y una ratificación posterior del marido deberá hacerse constar por nota marginal de incumplimiento de condición, lo mismo que si se acredita el incumplimiento por prescripción de la acción por el transcurso del plazo legal para ejercitarla.

2.º Actos de disposición de bienes gananciales. Rigen los artículos 1.415 y 1.416 del Código civil, cuya doctrina se reitera en las Rs. de 24 enero 1913, 12 diciembre 1935, 9 junio 1936 y 8 noviembre 1944. Corresponde el poder dispositivo al marido, como jefe de la sociedad conyugal.

Ahora bien; esta afirmación absoluta no es tan absoluta como parece. Tiene matices distintos, según los casos, que deben ser examinados:

a) Si la adquisición ganancial fué realizada directamente por el marido y la finca inscrita a su nombre, la afirmación es absoluta. La mujer no puede disponer de la finca sin consentimiento expreso del marido.

b) Si la adquisición ganancial fué realizada por la mujer sin licencia marital y está inscrita a nombre de la mujer la finca, deberá obtener el consentimiento marital para disponer. Así lo establece el artículo 1.416 del Código civil (no son objeto de este estudio los casos anormales a que se refiere el párrafo 2.º del mismo artículo). También procede la afirmación absoluta.

c) Cuando la adquisición ganancial fué realizada por la mujer, acompañada de su marido, conforme el artículo 1.410, núm. 1.º, sin hacerse advertencia alguna de que el precio es de la exclusiva propiedad de la mujer y el marido da licencia marital, pero no consentimiento expreso, porque este consentimiento expreso es sólo necesario *para obligar los bienes gananciales y no para adquirirlos* (artículos 1.416 y 1.401), la finca estará inscrita a nombre de la mujer como ganancial con asentimiento tácito del marido, y este asentimiento tácito del jefe de la sociedad conyugal, desde el momento en que la sociedad conyugal es una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división, parece que algún efecto ha de surtir cuando el marido podía adquirir y, sin embargo, autoriza con su presencia en el acto y su licencia marital que la mujer adquiera los bienes y los inscriba a su nombre. Luego se insiste sobre este punto.

d) Cuando la referida adquisición tuviere lugar con aseveración

o reconocimiento expreso del marido de que el precio de la compra era de la exclusiva pertenencia de la mujer, aun cuando no se probara o fuera deficiente la prueba en la escritura, y, por lo tanto, se solicitó la inscripción de la finca como parafernál (aunque no se consiguiera). tendríamos ya un reconocimiento expreso del marido, que la jurisprudencia mira con recelo por temor a la prohibida donación entre cónyuges o al contrato simulado. Pero este reconocimiento expreso tiene un valor que no cabe ocultar y que ha de influir en la facultad exclusiva del marido para disponer de bienes gananciales. Al fin, es un acto propio, voluntario y libre que no debe quedar ignorado, ni debe ser susceptible de rectificación en casos normales.

No estoy conforme se convierta en presunción de donación prohibida o de contrato simulado, el reconocimiento o aseveración del marido, ni éste es el sentido del artículo 1.334 del Código civil, que sólo puede referirse a las donaciones reales o de mala fe. En el Código, la buena fe se presume siempre (art. 434), y en la Ley Hipotecaria también la presunción es a favor de la buena fe (art. 34, párrafo 2.º). Corresponde la prueba al que contradiga la buena fe. Medios tienen siempre a su disposición los cónyuges para conseguir sus propósitos, sin pretender disfrazarlos por el medio más conocido y sospechoso, y el reconocimiento del marido significa más bien que no se cree necesario ningún requisito porque a ambos cónyuges, únicos interesados (no siempre suele haber acreedores), les consta, efectivamente, la procedencia del dinero o porque estiman, ellos o el Notario, insuficiente la prueba, o carecen de documento justificativo. Ya lo explica la R. de 22 diciembre 1933. "Es muy difícil la prueba contra la presunción del artículo 1.407, sobre todo cuando las aportaciones fueron en metálico o en bienes fungibles". Tan difícil es cuando ha pasado cierto tiempo desde la venta de una finca hasta la adquisición de otra que les convenga, que no suele estar tan a la mano para que coincida la venta y la compra en el mismo día y hora.

Honradamente, el cónyuge que afirma pertenece el dinero al otro, tiene que seguir afirmando siempre esta circunstancia, porque es verdad y no puede impugnar su propia declaración: la doctrina de los actos propios se lo impide, y para decidirse necesita probar que la aseveración encubrió una donación nula. El acto propio es válido en sí, por lo que tiene el requisito exigido por la jurisprudencia del Tribunal

Supremo para la validez de los actos jurídicos (1) y, además, es válido para los herederos del marido, por la confusión de personalidad entre el causante y los herederos desde la aceptación pura de la herencia (2) y su repercusión en la partición de bienes decisiva.

Ante su reconocimiento en la adquisición, el marido, cuando se trate de enajenar la finca, lógicamente tiene que insistir en que por ser parafernial presta su licencia y no su consentimiento a la mujer. Tal es el caso de la R. de 9 de junio de 1936 (3), y el Centro Directivo consideró suficiente la licencia marital, no sin vacilaciones, pues añade: "Si bien sería más adecuado a la técnica jurídica que el marido hubiese prestado su conformidad al contrato con el doble carácter de jefe de la

(1) Sentencias 21 enero 1922, 29 diciembre 1928, 8 mayo 1920, 13 marzo 1928, 7 junio 1929, 31 diciembre 1931, 19 junio 1933 y Resolución 25 febrero 1943.

(2) Ya decía el Fuero Juzgo, lib. II, tit. V, ley 4: «Los fijos, ni los herederos non deven venir contra lo que mandó su padre. Ca el derecho es que sea defendido al que quiere crebantar el fecho de sus mayores.» Ver también el Fuero Real, lib. I, tit. II, ley 3, y las Partidas, leyes 19 y 21, título XXII, Partida 3.^a, y Sentencias 13 junio 1899, 31 marzo y 7 diciembre 1911, 17 noviembre 1920, 4 enero 1897, 12 noviembre 1920, 19 mayo 1932, etc.

(3) En el caso de esta Resolución vendió la mujer, con licencia del marido, una finca adquirida constante el matrimonio a título oneroso, sin justificarse la procedencia del dinero, pero con reconocimiento de que pertenecía exclusivamente a la mujer e inscrita a nombre de ésta. El Centro Directivo intenta armonizar los preceptos de los artículos 1.387 y 1.416 lógicamente, pues por un lado se encuentra con bienes gananciales presuntos, que sólo puede enajenar el marido, o la mujer con su consentimiento, y por otro, la declaración del marido del carácter de parafernial de los bienes, que coloca a éstos dentro del campo del artículo 1.387. En consecuencia: que por ser un caso mixto o híbrido, y desde luego ambiguo, la categórica disposición del artículo 1.416 no es aplicable íntegramente, aun cuando nos ha de parecer extraño que la mujer disponga, con la simple licencia marital, de bienes gananciales. De aquí surgen las vacilaciones del Centro Directivo; pero, a mi juicio, la doctrina que sienta es la verdadera, de conformidad con el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de mayo de 1915, para el cual lo interesante es que resulte interviniendo la mujer con *aquiescencia y conformidad del marido*, ya se empleen las palabras consentimiento, licencia, poder o autorización, porque indistintamente las emplea el Código para exteriorizar el concurso de la voluntad marital. No existe peligro de forzar el argumento y considerar que puesto que la licencia es bastante, en caso de faltar esta licencia el acto sería anulable conforme al artículo 65, ya que se exige la *aquiescencia del marido y la exteriorización de la voluntad marital*.

sociedad conyugal e interesado directamente en la transferencia". En el fondo coincide con la R. de 7 de septiembre de 1921, que creía que el consentimiento del marido "quedaría más puntualizado expresando que se concedía la licencia marital y el consentimiento necesario". Apunta la duda del carácter absoluto de la afirmación expresada respecto que el marido es el único que puede enajenar los bienes *considerados* (que no es lo mismo que *los que sean*) gananciales. Por eso ve con simpatía la R. de 28 de abril de 1941 la venta conjunta por marido y mujer (1), pues "aunque no sea necesario, robustece la posición del matrimonio en la sociedad de gananciales, y valientemente la R. de 11 octubre 1941 afronta el problema, al determinar que "Realizada la adquisición por la esposa con licencia del marido y repetido consentimiento de éste en la adjudicación (a la mujer) ha de reputarse válida y surtir todos sus efectos, debiendo verificarse la inscripción con las circunstancias que resulten del título".

Por otra parte, cambiando el punto de vista de la cuestión, una vez permitido por el Código civil que la adquisición sea "para uno de los esposos" (art. 1.401, núm. 1.º), no vemos dificultad alguna que el marido esté conforme con que la finca se inscriba a nombre de la mujer, aunque fuere ganancial, sin que esto suponga una donación prohibida. Bien puede ser un acto de galantería e incluso una seguridad a la mujer de que el marido no dispondrá de la finca sin que la mujer intervenga en la venta. Esta seguridad no es renuncia del marido a su derecho, porque el marido no puede renunciar a su cualidad de jefe de la sociedad conyugal (art. 1.412 y sig. del Código civil), pero sí es un acto perfectamente lícito y válido, que puede incluirse dentro del significado de los actos propios y hasta estar conforme con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.413 (toda enajenación en fraude de la mujer no perjudicará a ésta ni a sus herederos). Aunque el fraude a que se refiere este artículo es el fraude material, cabe una extensión al fraude moral de la seguridad adquirida por la esposa de que su marido no ha de enajenar la finca sin su intervención en la venta, y por muy jurídico que sea, es poco elegante que inscriba una finca a nombre de la mujer, comparezca sólo el marido y disponga de ella por su libre voluntad, con posibilidad de que la enajenación sea en

(1) Roca Sastre se inclina a esta opinión. *Contestaciones de Derecho civil para oposiciones entre Notarios*, tema XLIX, pág. 26 del tema.

fraude de la mujer, al querer ocultarse de la intervención de ésta en la venta. Esta posibilidad no la veo menos peligrosa que la tan careada presunción de que la aseveración del marido, sin plena justificación, encubre una donación prohibida por la Ley. Son dos prohibiciones (arts. 1.334 y 1.413, párrafo 2.º) que están al mismo nivel y deben tener igual trato (1).

Si no está en uso que en el caso de venta por el marido, por sí solo, de finca ganancial inscrita a nombre de la mujer, con aquiescencia de aquél, la mujer "del una telada" o una "pescosada", como ingenuamente decían el Fuero de Alcalá y el Fuero Viejo, al menos ha de resolverse legalmente la situación creada, tan repetidamente manifestada en la práctica jurídica, que lleva caracteres de costumbre válida.

Maravillosamente enfoca el Centro Directivo la necesidad de resolver esta situación en las Resoluciones de 7 de septiembre de 1921, 15 de diciembre de 1933 y 9 de junio de 1936, "por las ambiguas situaciones patrimoniales creadas en el Registro de la Propiedad a consecuencia de la aplicación de la presunción *juris tantum*" del artículo 1407, y en la citada de 1921, trazada de la mano maestra tan conocida y admirada por nosotros (2), se señala: "Las especiales circunstancias de aparecer los bienes a nombre de la mujer como gananciales, ponen de relieve una divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge, que en los actos de enajenación caben salvar con la comparecencia de ambos cónyuges ante Notario para que aquélla asuma el papel de transferente, en consecuencia con los precedentes de la inscripción realizada, y el marido preste su conformidad en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia. Este artificio notarial se ajusta a la apariencia hipotecaria, y como no consta la existencia de terceros interesados, no existe controversia, sino más bien conformidad entre los esposos, ni se prejuzgan los derechos que sobre el precio puedan alegar los futuros interesados, ni se trata de actos otorgados por un cónyuge con indiferencia del otro, ni existen dudas de las fincas a que se refiere el consentimiento del marido."

Esta Resolución parece presentir la modificación introducida por

(1) La sentencia de 24 de diciembre de 1915 declara nula la venta hecha por el marido dando carácter ganancial a bienes parafernales.

(2) De D. Jerónimo González.

la moderna legislación hipotecaria, especialmente en los artículos 38 y 41 actuales, respecto la titularidad registral y sus efectos (1), que, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, consiste en que el derecho inscrito existe y corresponde a su titular: presunción *juris tantum* de exactitud registral, que asegura al titular la adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba y que, además, le permite utilizar medios procesales extraordinarios en defensa de su derecho. Este principio, llamado de legitimación, se compagina mal, por su titular casi invulnerable y potencialmente agresivo, con las situaciones ambiguas y confusas originadas por la presunción del artículo 1.407 que tienen constancia en los libros hipotecarios y con el resultado divergente "entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge".

Era preciso romper el cerco, suprimir el artificio notarial de que trata la Resolución anterior (comparecer la mujer como transferente, prestando al marido su conformidad en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia) y evitar la perplejidad de los Notarios y los Registradores al encontrarse con fincas inscritas a nombre de la mujer, con reconocimiento expreso del marido de ser, parafernales, sin impugnarse esta afirmación, y sin embargo, comparecer el marido para actos de disposición por sí solo, apoyándose en la presunción legal de gananciales de los bienes matrimoniales. Los interesados deben contar, ante todo, con un criterio legal fijo a que atenerse y no correr el albur de una conjetura, cuyo fin es inseguro.

Claramente había que decir que la mujer, en los casos citados, era el titular registral; que el jefe de la sociedad conyugal había consentido expresa o tácitamente en que la finca se inscribiese a nombre de su mujer, cualquiera que fuere la razón de esta tolerancia, y que la doctrina de los actos propios era aplicable, en tanto no se demostrase una donación encubierta o una simulación de mala fe; y que la sociedad conyugal, por ser una mancomunidad, sin adjudicación de cuotas ni facultad de pedir la división, concede iguales derechos a ambos cónyuges si aquel a quien está atribuido el poder dispositivo quiere o tolera que la finca aparezca a nombre de su cónyuge, lo mismo que podía concederla el

(1) Ver en esta REVISTA, año 1928, págs. 272 y 365, el trabajo de D. Jerónimo González: «El titular».

poder de disposición mediante escritura especial. Por lo tanto, la facultad dispositiva de la finca inscrita a favor de la mujer casada pertenece a la mujer, con intervención del marido en los actos de disposición, armonizándose de esta forma las declaraciones formales del Registro con la titularidad civil de los bienes gananciales o presuntivamente gananciales y la necesidad del consentimiento marital del artículo 1.416 del Código civil. De este modo no puede haber perjuicio para terceros ni se prejuzga el carácter ganancial o parafernial de los bienes matrimoniales.

Y de acuerdo con la doctrina del Centro Directivo examinada y las razones expuestas, la Comisión redactora del nuevo Reglamento Hipotecario fijó su criterio en los artículos 94 a 96, que decían en el proyecto primitivo:

Art. 94. Serán inscribibles los actos y contratos otorgados, sin licencia del marido, por mujer casada, pero el Registrador hará constar en la inscripción la falta de dicha licencia, en los casos en que ésta fuere necesaria.

Art. 95. Las adquisiciones de bienes a título oneroso por mujer casada, se inscribirán a nombre de ésta, con sujeción a las reglas siguientes:

Primera. Si se acreditare que el precio o la contraprestación es de su exclusiva propiedad y libre disposición, se inscribirán como bienes parafernales o dotales, según proceda.

Segunda. Si el marido aseverare que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer y, sin embargo, no se probare la procedencia del dinero, se harán constar ambas circunstancias en la inscripción.

Tercera. Si el marido no aseverare que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer y tampoco se demostrare la procedencia del dinero, se consignarán en la inscripción ambas circunstancias.

En los casos segundo y tercero de este artículo, la inscripción no prejuzgará la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes.

Art. 96. Los actos y contratos de disposición sobre los bienes expresados en la regla primera del artículo anterior, se regirán por las normas de los bienes parafernales o dotales.

En el caso previsto en la regla segunda del mismo artículo, el otorgamiento de dichos actos o contratos corresponderá a la mujer, con

licencia marital, la cual equivaldrá al consentimiento del marido, en el supuesto de que legalmente fuera necesario para la validez del acto o contrato.

En el caso de la regla tercera del repetido artículo, la facultad dispositiva sobre tales bienes corresponderá también a la mujer, pero ésta necesitará el consentimiento del marido."

Examinado nuevamente el articulado del Reglamento por la Comisión para adaptarle al informe del Consejo de Estado, que tuvo que aceptar en todas sus partes, y no percibido por el informe el matiz diferenciador de que constare o no en el documento la aseveración del marido, de repercusión indudable en si es procedente licencia o consentimiento, según ha quedado expuesto, los artículos 95 y 96 quedaron redactados como sigue:

Artículo 95. Se suprimieron los tres últimos párrafos, por ser sustituidos por el siguiente: "Segundo. Si no se demostrare la procedencia del dinero, se consignará en la inscripción esta circunstancia, indicándose, además, si el marido aseveró o no que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer, sin que prejuzgue la inscripción la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes."

Artículo 96. Suprimidos los dos párrafos últimos, para ser sustituidos por el que sigue: "En el caso previsto en la regla segunda del mismo artículo, el otorgamiento de dichos actos o contratos corresponderá a la mujer, con consentimiento del marido."

Me apresuro a salir al paso de dos objeciones: 1.^a El peligroso, extraordinario y manoseado fraude a los legítimos acreedores del marido o de la sociedad conyugal 2.^a La tan debatida doctrina tradicional en nuestro Derecho y la soberanía matrimonial del marido.

No soy muy dado a sentimentalismos respecto al pobrecito acreedor o el pobrecito deudor; cada uno tiene su esfera de acción, sus propósitos íntimos y sus actos externos, y para seguridad y garantía de los créditos existe el Registro de la Propiedad: no llore quien prescinde de él. Pero en cuanto al peligro de los intereses de los acreedores, la contestación la da el artículo siguiente del Reglamento:

"Art. 144 Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido o la mujer, en su caso, a cargo de la sociedad de gananciales y antes de su disolución, se decreta embargo sobre bienes pertenecientes a esta sociedad, se extenderá la anotación sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer o del marido, o de ambos, indistintamente, que

hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges.

Si, como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios. Si, disuelta la sociedad conyugal, no se hubiere inscrito la partición, podrá, respecto a los bienes a que se refiere el párrafo anterior, ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto."

Respecto a la doctrina tradicional, de la más rancia antigüedad y del primitivo Derecho indígena, anterior a 1100, copiamos antes del Fuero de Salamanca: "Quanto marido e muyer fezieren en su falude, todo fea firme." Y en el Fuero de Soria: "Toda cofa que el marido y la mugier ganaren o compraren de confuno, ayan lo amos por medio." Y, sobre todo: si el marido desea conservar íntegra su facultad de enajenación, sin intervención alguna, que adquiera los bienes para que sean inscritos a su nombre y no tolere las adquisiciones a nombre de su mujer. Ya sabe a qué atenerse. Aviso a los maridos.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad
De la Comisión redactora del nuevo Reglamento
Hipotecario