

LA ACCIÓN DEL CÓNYUGE PRETERIDO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

THE INVOLVEMENT OF IGNORED SPOUSE IN COMMUNITY PROPERTY

FERNANDO ENGONGA OBAMA

Licenciado en Derecho
Doctorando en la UNED

Resumen: En el presente trabajo, tratamos de proporcionar al lector, la adecuada respuesta al cauce procedimental, para ejercitar las acciones y facultades del Cónyuge Preterido en la sociedad de gananciales en el orden sustantivo, en punto, a la adecuada protección de intereses en el acervo ganancial. Para ello, la exposición se centra en: a) Por una parte, los casos en que procede la ineficacia de la relación jurídica establecida entre uno de los cónyuges y un tercero contratante y, b) Por otra parte, los actos de defensa y la posibilidad de entablar la misma, en aquellos supuestos en los que, uno de los cónyuges haya actuado, sin contar con la participación del otro, en contravención del principio general de concurrencia en actos y contratos que recaigan sobre bienes gananciales o que se pretendan hacer efectivos sobre los mismos, principio rector que resulta consecuencia de la obligación constitucional de igualdad entre hombre y mujer.

El artículo, tiende a exponer la realidad práctica deducida en una pretensión de tutela impetrada ante los Tribunales de Justicia, sobre la base de derechos que, en el ámbito sustantivo, el Código Civil Español confiere a cada cónyuge, ante la insatisfacción que producen los resultados que aducen habitualmente los fallos de las STS que hemos podido encontrar y que, necesariamente se proponen alternativas fundamentadas en el propio texto legal.

Abstract: In this paper, we will try to provide readers with answers in procedural law for ignored spouse to exercise actions and power regarding Community property in substantive order with regards to a suitable protection of interests of their Community property. The exposition focuses on: a) On one part, cases in which the inefficiency of the legal relation established between one of the spouses and a third party and, b) On the other, acts of defence and possibility of establishing it, in cases in which one of the spouses had acted, without considering the involvement of the other, against the general principle of concurrency of acts and contracts involving community property or that shall be made effective on them; governing principle resulting from the constitutional obligation of equality between men and women. This paper aims to expose the practical reality deduced from a custody pretension embedded in Courts of Justice, regarding the legal basis that, within the substantive scope, is provided to each spouse by the Spanish Civil Code, as a result of the non satisfaction caused by the operative parts of the judgements that Supreme Court generally adduce that we have been able to find and, necessarily, proposing alternatives based on the legal text itself.

Palabras clave: Cónyuge preterido, sociedad de gananciales, régimen económico matrimonial, actos a título gratuito y oneroso, acción de anulabilidad.

Keywords: ignored spouse, Community property, financial marriage rules, free and onerous acts, declaration of nullity.

Recepción original: 12/01/2015

Aceptación original: 27/02/2015

Sumario: I. Preliminar; II. Noción sobre régimen económico matrimonial; II.1. Concepto de régimen económico matrimonial; II.2. El régimen económico primario; II.3. El régimen de gananciales; III. La ineficacia del acto como medio de defensa: supuestos en los que procede y sus consecuencias; III.1. Noción terminológica; III.2. Esquema a seguir; IV. La ineficacia de los actos a título gratuito; IV.1. Ámbito de aplicación de los arts. 1322.2 y 1378 del Código civil; IV.2. Naturaleza jurídica de la ineficacia: nulidad; IV.3. Las consecuencias de la nulidad; V. La ineficacia de los actos a título onerosos; V.1. Naturaleza jurídica de la ineficacia: la anulabilidad como acción general; V.2. El ejercicio de la acción de anulabilidad; VI. El plazo en el art. 1301 del Código civil; VI.1. Cómputo del plazo; VI.2. Naturaleza jurídica del plazo: caducidad o prescripción; VII. Conclusión.

I. PRELIMINAR

Deduciendo del tenor literal sobre el título de este trabajo, se pretende ofrecer al lector una visión expuesta sobre tutela y amparo que el actual ordenamiento jurídico confiere a los intereses de una persona casada bajo el régimen de gananciales, fundamentalmente, en el ámbito de las relaciones con terceros, cuya expectativa juega una importancia en la tutela jurídica en general. Este tenor requiere una amplia exposición y un pormenorizado examen de las normas que el Código civil dedica a la sociedad de gananciales y, aun más, a otras instituciones como pueden ser: los aspectos de ineficacia jurídica (nulidad, representación, prescripción, responsabilidad de gerencia, etc.).

Desde la entrada en vigor de la Ley número 11/1981, de 13 de mayo, que dio nueva redacción a los arts. 1315 a 1444 del Código civil, son ya numerosos los estudios en los que han intervenido en la mayor parte de la más prestigiosa doctrina civilista española, versado sobre la más variada materia atinente a la problemática teórica y dogmática que suscita la actual regulación de regímenes económicos matrimoniales en general y al régimen de gananciales en particular.

En efecto, el presente trabajo parece, indudablemente superfluo, o dicho de otra manera, pretende llevar a cabo una nueva aproximación teórica partiendo de las diversas teorías doctrinales que, con motivo de la entrada en vigor del texto constitucional en 1978 se ha visto obligado acometer el legislador español en el Código civil, a los efectos de acomodar la regulación del régimen de gananciales a los postulados de igualdad y libertad de los actores en una sociedad conyugal, –también de protección de la familia– que predica el constituyente español en el espíritu que acontece el Derecho comparado occidental.

Pues, intentar poner soluciones a un tema que ha sido oportunamente analizado desde la más variada perspectiva constituye una tarea sutil, ardua y compleja; así resulta de la importancia que el tráfico jurídico desempeña en el régimen de gananciales al que se halla sometido la aplicación del régimen general del Código civil, de modo que los distintos intervinientes en el tráfico y la profunda alteración de los principios básicos en que se inspiraba el legislador para regular dicho régimen, con anterioridad a mayo de 1981. El recurso al Derecho comprado europeo (fundamentalmente: francés, italiano, belga y portugués), cuya orientación reformista de pretendida equiparación en el plano jurídico de la condición de la mujer casada, se inserta la Ley 11/1981 española con su antecedente de 2 de mayo de 1975 ha sido utilizado para dar respuesta válida, como remedio oportuno para

el desarrollo del Derecho español; bien entendido que, en la medida en que los presupuestos normativos sobre los que se sustentan son diferentes, su invocación sólo resulta de utilidad para explicar la solución adoptada por el legislador español, sin pretender extrapolar las propuestas formuladas en Derecho y doctrina foráneos.

Claro es que, para realizar un trabajo jurídico es preciso recurrir al pluralismo metodológico y, asimismo, se declara que no prescindimos de la utilización puntual de ninguna de las corrientes metodológicas exegéticamente conocidas; pues, hemos estimado conveniente que, transcurridos diecisiete años desde la entrada en vigor del texto legal objeto de nuestro estudio y, a la vista de una abundante y rica –a veces contradictoria– jurisprudencia que ha originado una variada problemática centrarnos en un análisis exegético de los textos legales (Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria...), y, sobre todo en un examen casuístico sobre la aplicación práctica (las decisiones jurisprudenciales) de aquellas que han situado la virtualidad de los medios de defensa que la actual normativa confiere a uno de los cónyuges en cuanto a los derechos que tiene interesados en el acervo ganancial.

Contando con los numerosos estudios publicados sobre la vigente regulación de la sociedad de gananciales, si bien, pudieran parecer suficientes para resolver los múltiples problemas que se plantean, sin embargo, no resultan nada claras las consecuencias prácticas a las que debe llevar la actual regulación del CC en la materia sobre la que hemos centrado nuestro trabajo. La defensa que pudiera entablar un cónyuge preterido frente a terceros, anteponiendo sus intereses económicos en el régimen legal de gananciales, no sólo por la pluralidad de opiniones de los especialistas, sino, sobre todo, desde la perspectiva de la falta de uniformidad jurisprudencial en aspectos que han de calificarse como esenciales, han originado una auténtica indefensión para el cónyuge y han creado situaciones de privilegio para los terceros acreedores al margen de las previsiones del legislador. Ahora bien, en el presente trabajo no se pretende estudiar todos los aspectos de la sociedad de gananciales, sino centrarse, al menos, fundamentalmente en aquellos que inciden sobre circunstancias invalidantes de los actos que reduzcan los intereses de los cónyuges y los medios de defensa de los mismos en el régimen de gananciales frente a la aparición de terceros titulares o pretendidamente titulares de derechos de índole personal, real.

También plantea una cuestión problemática el carácter ganancial o privativo de determinados bienes; tal problema no deja de ser, casi

siempre en la práctica, carácter probatorio, no sustantivo, con el objeto de superar la presunción del art. 1361 del CC y por ello, con independencia de la ausencia de equidad que, a tenor de determinados preceptos (por ejemplo, el art. 1352) pueda originarse para el acervo ganancial y los intereses en el mismo de uno de los esposos, la mayor dificultad se centra en proporcionar cauce adecuado para hacer valer un cónyuge los derechos que se le reconocen en el Código civil.

II. NOCIÓN SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

II.1. Concepto de régimen económico matrimonial

Conviene poner de relieve, en primer lugar, que el legislador español, pese a la utilización del término «régimen económico matrimonial», para dar cobertura al título III (Libro IV) del CC, redactado conforme a la Ley 11/1981, de fecha 13 de mayo, no incorporó precepto alguno destinado a delimitar la referida noción.

La razón en lo esencial debe hallarse, según creo, en la creencia por parte del legislador de que la noción régimen económico matrimonial viene a revestir una categoría jurídica perfectamente delimitada por parte de la doctrina –dentro de perfiles más imprecisos–, de régimen patrimonial familiar, y por eso no necesita mayores precisiones legales¹.

En una primera aproximación a la noción del régimen económico matrimonial se podría afirmar que la misma viene a integrarse por el conjunto de reglas relativas a las relaciones patrimoniales generadas con ocasión de la unión conyugal, aun cuando pueda quedar fuera del ámbito de la noción, y sometidos a otras parcelas jurídicas, determinados intereses patrimoniales de los cónyuges. El tratamiento por parte del legislador de tales relaciones patrimoniales, según observamos, difiere en función al modelo de regulación comunitaria o separatista que se adopte², donde, respectivamente, lo característico es la existencia de un patrimonio común, o en cambio el mantenimiento de un régimen de separación de bienes entre los cónyuges.

¹ A cerca de dicha delimitación han señalado: DE LOS MOZOS (1982) págs. 49 y ss.; COLOMER (1) (1994), págs. 1-3; FORTINO (1997), pág. 201; SESTA (2003), pág. 137.

² SIMÓ SANTONJA, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, págs. 9 y ss.

Desde una perspectiva más precisa podríamos definir el régimen económico matrimonial como un conjunto coherente de reglas cuya finalidad es conferir un tratamiento especial a los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto en las relaciones de los esposos entre sí como en sus relaciones con terceras personas³.

II.2. El régimen económico matrimonial primario

II.2.A. El matrimonio como asociación: Sabiendo que el matrimonio es una asociación de dos personas (anteriormente de distinto sexo), con carácter de perdurabilidad en el tiempo, regulado por la ley, que además de crear vínculos de naturaleza personal entre los cónyuges y su descendencia fundamentalmente, da origen a toda una serie de relaciones de carácter económico entre los propios cónyuges y respecto de terceros, más o menos extensas e intensas que exigen una regulación específica.

Estas relaciones de naturaleza económica, ya se refieran a las que crean entre los propios cónyuges (relaciones internas *ad intra*) o a las relaciones de los cónyuges o de alguno de ellos con terceras personas (relaciones externas o *ad extra*), están siendo necesitadas de una regulación, puesto que son originadoras de derechos y obligaciones, de responsabilidades que, en suma, ofrecen un conocimiento del régimen económico por el que se rige el matrimonio en el ámbito de la seguridad jurídica, cuando menos.

Esa regulación necesaria del estatuto económico del matrimonio, con una u otra modalidad, se halla establecida en todas las legislaciones, tanto en la de Derecho común, como en las compilaciones forales y, en general, en todos los ordenamientos jurídicos⁴ como lo pone de relieve el derecho comparado. Y se articula tanto en el sistema del CC, como en las legislaciones mediante un doble mecanismo: a) el sistema de *capitulaciones matrimoniales*⁵ y, en su defecto, b) se dispone de

³ RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ, *El régimen económico del matrimonio*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 14.

⁴ Como se puede apreciar en algunas conclusiones hechas por SIMÓ SANTONJA, *op. cit.*, págs. 29 y ss.

⁵ Que establece: el art. 1315 CC; el art. 23 de la Compilación aragonesa de 1967, adaptada a la Constitución por la Ley de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985; el art. 3.1 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear; por el que se aprueba el Texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares; el art. 93 de la Compilación del Derecho civil foral del País Vasco; Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco; Leyes 78, 80 y 82 de la Ley 1/1993, por la que se aprueba la Compilación del Derecho foral de Navarra; art. 7 del Decreto legis-

un *régimen legal*⁶ supletorio. Dentro de esos dos sistemas que organizan y definen el régimen económico matrimonial, han surgido una serie de normas que recientemente han dado en denominar régimen económico matrimonial primario porque constituye, como –afirma LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBUDILLA– «un conjunto de normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación»⁷. Este grupo de normas abre el Capítulo I bajo el epígrafe de «Disposiciones Generales» del Título III dedicado a la regulación «Del régimen económico matrimonial» del libro IV del Código civil destinado a la reglamentación «De las obligaciones y contratos». El capítulo relativo a las Disposiciones Generales que comprende los artículos 1315 a 1324, ambos inclusive, contiene la normativa que viene a constituir el estatuto jurídico del régimen económico matrimonial, como conjunto de preceptos reguladores de los intereses de los cónyuges y de sus responsabilidades, bien entre sí, ya con terceros.

II.2.B. Carácter de universalidad: Bajo esa denominación de nuevo cuño⁸ se agrupa toda una serie de preceptos que, aunque con escasa conexión entre algunos de ellos, tienen como característica común su aplicación a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen económico por el que se rijan.

II.2.C. La potestad doméstica: Así mientras el CC de 1889 –texto todavía vigente en Guinea Ecuatorial como Derecho supletorio– prohibía las donaciones entre cónyuges (art. 1334 que admitía sólo los regalos módicos) y la celebración de contratos onerosos entre ellos, singularmente el de compraventa (art. 1458 CC) después de la reforma introducida en 1981 (Ley 11/1981, de 13 de mayo) el art. 1323 dispone que «el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

Por lo que se refiere al ejercicio de la denominada «potestad doméstica» tradicionalmente se ha venido atribuyéndose y reconociéndose a la mujer dicha potestad –también conocida como «potestad de

lativo 1/1984, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña.

⁶ Art. 1.316 del Código civil, concordantes con las citadas Compilaciones.

⁷ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de familia, ed. Experimental*, fasc. 2, Librería Bosch, 1982.

⁸ Según SAN ROMÁN MORENO, Magistrado, en ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, marzo de 1995.

las llaves»⁹-, facultades limitadas a las compras hechas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, aun así, precisaban, para su validez y para responsabilizar de las mismas al patrimonio común precisaba de la licencia del marido. Así lo ha venido ejerciendo la mujer hasta la reforma del 2 de mayo de 1975 que suprimió dicha licencia marital y reconoció la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges en la administración y disposición de los bienes gananciales (el art. 1375 CC dispone que corresponde «conjuntamente a ambos cónyuges», salvo pacto en capitulaciones). No obstante, a mi entender, el Código sigue recociéndose a ambos cónyuges la facultad de actuar uno sólo de ellos en el ejercicio de la potestad doméstica y responsabilizando de tales gastos a la sociedad de gananciales (arts. 1362, 1368 y 1369 CC).

En la actualidad, el ejercicio de la potestad doméstica corresponde a cualquiera de los cónyuges por igual, ya que el art. 1319 CC dispone que «cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender a las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma». Y respecto de la responsabilidad por esa clase de deudas, el propio art. 1319 establece: «De las deudas contraídas en el ejercicio de esa potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, de los de otro cónyuge». Y si tales gastos los hubiere sufragado con caudales propios, «tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial».

El precepto contenido en el art. 1319 CC resuelve con racionalidad y justa igualdad la problemática que planteaba la eficacia y validez de los negocios celebrados por uno sólo de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica y de la responsabilidad patrimonial derivada de tales negocios¹⁰. No obstante, el precepto no deja de presentar problemas al intérprete; la referencia a la atención de «las necesidades ordinarias de la familia» da a entender que la norma parte de la exis-

⁹ SAN ROMÁN MORENO, *Régimen económico matrimonial y protección de terceros*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 32 y 33. Entendida como la gestión ordinaria de las necesidades del hogar familiar o de la familia encomendadas a su cuidado, siendo ella quien no sólo manda en el interior de la casa, disponiendo y ejecutando lo conveniente para la vida de todos los que en ella habitan, sino que concluye con terceros la mayor parte de los numerosos contratos encaminados a la subsistencia de la familia y conservación del albergue común.

¹⁰ PÉREZ MARTÍN, *Regímenes económicos matrimoniales (Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación)*, Lex Nova, págs. 67, 68, 69 y 70. HERRÁN ORTIZ, el art. 1319 CC se configura como una norma de protección de terceros que contraten con los cónyuges.

tencia de un hogar común, como parece confirmarlo los arts 83 y 102 CC.

Francisco LLEDÓ YAGÜE en Antonio Javier PÉREZ MARTÍN, resume acertadamente haciendo una opulenta visión sobre la regulación del art. 1319 CC sobre régimen de responsabilidad de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica señalando:

– *No puede hablarse en puridad de una solidaridad de bienes o de patrimonios puesto que la solidaridad es siempre de obligaciones (arts. 1137 y ss. CC). Por ello ha de entenderse que la idea de solidaridad se utiliza en este precepto de manera traslativa, no es una verdadera solidaridad porque no hay pluralidad de deudores, hay sólo pluralidad de masas que quedan vinculadas a la responsabilidad derivada del acto celebrado por cualquiera de los cónyuges.*

– *Así, en virtud del art. 1911 CC deudor único y responsable del pago es el cónyuge que realiza el acto, por lo que los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos dirigiéndose contra su patrimonio. Para ello, es indiferente que el acreedor conozca en el momento en que contrata con él, que está casado o que actúa en el ejercicio de la potestad doméstica.*

– *Pero el art. 1319.2 CC, cuando la deuda se contrae en el ejercicio de la potestad doméstica, aumenta el fondo de garantía de los créditos que se generen, a través de esta posibilidad de que cada cónyuge, en su actuación puede comprometer «solidariamente los bienes comunes y subsidiariamente los del otro cónyuge». Es evidente que el legislador ha tenido presente que los gastos que se realizan en la atención de las necesidades de la familia son carga del matrimonio (v. art. 1318 CC) y, en consecuencia, en régimen de gananciales, dichos gastos son a cargo de la sociedad; lo cual, el hecho contributivo se convierte, en el art. 1319 CC en una norma de responsabilidad a favor de los acreedores, quienes, demostrado el carácter doméstico del gasto, podrán dirigirse indistintamente contra el patrimonio del cónyuge deudor (art. 1911 CC) o contra los bienes gananciales y subsidiariamente, ante la insolvencia del cónyuge contratante y ausencia de bienes gananciales, contra el patrimonio del otro cónyuge (art. 1319.II CC).*

– *En la responsabilidad subsidiaria de los bienes del otro cónyuge subyace la misma razón y adolece de la misma imprecisión técnica.*

– *La responsabilidad solidaria de los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda sólo es aplicable en los regímenes de comunidad, pues el término bienes comunes es equivalente a masa o patrimonio común. En régimen de separación puede existir una titularidad común de los cónyuges respecto a algún bien o cabe deducir tal cotitularidad del juego de la presunción del art. 1441 CC. En estos supuestos no surge una nueva masa matrimonial, sino que se atribuirá al patrimonio de cada cónyuge su cuota correspondiente a cada bien pro indiviso.*

II.3. El régimen de gananciales

Como hemos advertido al hablar del régimen económico matrimonial, el régimen de gananciales o «comunidad de gananciales¹¹», es uno de los sistemas que se encuentran bastante generalizados en nuestra órbita jurídica, aplicable de forma supletoria como régimen legal en los territorios sometidos al Derecho común y de amplio rai-gambre histórico en España. Su carácter de régimen legal supletorio de primer grado se cita en el art. 1316 CC cuando dice que «a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales».

Ciertamente, el precepto establece una regla de carácter fundamental en relación con los matrimonios sometidos a la regulación del CC o al generalmente denominado Derecho común; es decir, fuera de los matrimonios sometidos a normas forales, tradicionales o especiales, lo cual significa que el art. 1316 no desempeña eficacia alguna.

El art. 1344 CC describe a la comunidad de gananciales como la sociedad mediante la cual, se hace «comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla». Es así, pues, las ganancias o beneficios que se obtengan, con indiferencia¹² de la procedencia de los bienes adscritos al relicto común, durante la convivencia se comparten por mitad en el momento de la disolución del matrimonio.

Desde la redacción originaria, hasta la actual –reforma de 1981–, el Código civil ha hablado siempre de «sociedad de gananciales o sociedad *legal* de gananciales» de forma reiterada como si supiera que, dentro del régimen económico matrimonial, la existencia de una sociedad de gananciales entre los cónyuges en sentido técnico, de modo como estatuye el art. 1665 y ss. CC. De ello se caracteriza la naturaleza jurídica de dicha institución económica matrimonial defendida con insistencia por los civilistas en el sentido de que, tanto la denomi-

¹¹ Nacida de la idea de comunidad germánica (o *en mano común*, o *Eigentum zur gesamtem Hand*). Tesis defendida tradicionalmente por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el TS y por los autores entre los que sobresalido el profesor CASTÁN.

¹² LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, págs. 195 y 196, afirma que, «en principio, es indiferente que las ganancias se produzcan a consecuencia del trabajo de uno, o de ambos, sin que exista regla de nivelación entre los ingresos procedentes de la actividad laboral o profesional desempeñada por los cónyuges o el incremento de los bienes comunes o privativos de cualquiera de los cónyuges, pues cualesquiera ganancias obtenidas de los bienes comunes o de los bienes privativos serán en todo caso gananciales».

nación legislativa que el régimen normativo supletorio (el de la sociedad), no son causales, sino, al contrario, constituyen el afianzamiento de una sociedad de corte universal –sobre las ganancias obtenidas a título oneroso–, de las contempladas expresamente en los arts. 1672 y 1674 CC. Por otra parte, defendida la idea de que la sociedad de gananciales se aproxima a la comunidad germánica, cabe resaltar que se trata de una mera proximidad conceptual ante la inexistencia de un régimen jurídico concreto de la comunidad germánica, luego la sociedad de gananciales se configura como una entidad especial que se regula con su propia normativa.

Dicha normativa, tanto en el pasado como en el presente, ha sido lo suficientemente detallada y precisa, para que no resulte necesaria recurrir a regímenes supletorios (sean de la sociedad, sean de la comunidad en mano común), sino sencillamente, aplicar las reglas generales del propio sistema normativo del régimen de gananciales. No obstante, en cualquier caso, cualquier sistema normativo necesita completarse, en algún supuesto, con criterios normativos exógenos y, siguiendo la idea mayoritaria de que la sociedad de gananciales constituye un subtipo de la situación de comunidad en mano común, pues la reforma de 1981 parece apuntar más en dicha asimilación. Veamos las siguientes razones:

a) En la reforma, el legislador ha suprimido el antiguo precepto (art. 1395) que remitía el tratamiento de la sociedad de gananciales a las normas del contrato de sociedad en general.

b) La sociedad de gananciales se ha caracterizado siempre en la patrimonialidad de los bienes del caudal matrimonial; el art. 1344 se encarga de subrayar que, mediante ella, se hacen comunes para ambos esposos las ganancias o beneficios... que les serán relativamente atribuidos por mitad al disolverse el régimen económico matrimonial.

III. LA INEFICACIA DEL ACTO COMO MEDIO DE DEFENSA: SUPUESTOS EN QUE PROCEDE

III.1. Noción terminológica

Para la comprensión de esta parte del trabajo, conviene hacer alguna precisión en torno a la terminología que figura en la rúbrica del tema y que será utilizada a lo largo del mismo. Se supone que, según fácilmente se ha adelantado en el preliminar, se trata de analizar, en esta sede, la acción, como el principal mecanismo que el ordenamien-

to jurídico pone a disposición de un cónyuge en defensa de sus intereses dentro del acervo ganancial: la destrucción de los efectos del acto realizado por el otro esposo sin el consentimiento de ambos o, si se prefiere, la negación de la fuerza jurídica vinculante de dicho acto.

Puesto que, la noción terminológica, en esta materia dista mucho de ser singularmente homogénea¹³; así pues, el estudio de la sanción que el ordenamiento jurídico prevé para privar de eficacia o negar fuerza jurídica vinculante a un contrato, por defectos estructurales (fundamentalmente nulidad y anulabilidad, según se expondrá sucesivamente), puede realizarse o bien bajo el epígrafe de *invalidéz*¹⁴, comprensiva de la ineficacia *stricto sensu* del contrato que adolece de requisitos constitutivos, pues todo contrato inválido es ineficaz, pero excluyente, con todo, de aquellas hipótesis en que el contrato es válido al reunir todos los requisitos legalmente exigidos, pero por otras causas, deviene ineficaz o bajo el término ineficacia en un sentido amplio comprensivo de todas las hipótesis en que no se producen los efectos previstos por las partes.

Pues bien, habida cuenta de que, si el acto unilateral concluso por un cónyuge –vinculado con los bienes gananciales– haya sido realizado *a título gratuito*, la acción correspondiente es la nulidad absoluta y, si haya sido verificado *a título oneroso* la acción será de anulabilidad; aquí hemos preferido utilizar el término «ineficacia» en un sentido amplio para tratar de comprender ambos supuestos, dadas las peculiaridades que supone en la configuración clásica de dichas categorías, su aplicación en el marco del régimen económico de gananciales. Como veremos, se trata de un acto inválido e ineficaz (si ha sido realizado a título gratuito) y, en otro, de un acto válido pero ineficaz, al menos durante un período de tiempo con eficacia claudicante (para los actos onerosos); finalmente, como se ve, se utiliza el término ineficacia en sentido amplio, a efectos meramente instrumentales, por su plasticidad, pero no por ello, se niega relevancia a la distinción entre

¹³ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, tomo XVII, volumen 2º, Edersa, 1981, pág. 237 («la terminología del Código en esta materia –y no sólo en ella– es desconsoladamente imprecisa»).

¹⁴ Así señala, ALBALADEJO GARCÍA, «Invalidéz de la declaración de voluntad», ADC 1957; *El negocio jurídico*, 1958, pág. 398, y *Derecho civil*, Tomo I, volumen 2.º, 1989, págs. 452; en parecido sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios Edersa*, cit. XVII-2, pág. 232 a 236, y en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, volumen 2º, 1987, pág. 343, y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, volumen 3º, 1987, págs. 270 y ss., quienes bajo la rubrica «Ineficacia e invalidéz» de los contratos y del negocio jurídico, respectivamente, consideran que los supuestos de nulidad y anulabilidad son casos de invalidéz e ineficacia.

invalidez e ineficacia como punto de partida para explicar la situación que se produce al celebrar un cónyuge en solitario actos a título oneroso (de administración y disposición) sobre bienes gananciales en los casos en que el Código civil exige el concurso de ambos cónyuges.

III.3. Esquema a seguir

Después de esta somera aclaración terminológica, podemos considerar que el primer medio de defensa que la legislación confiere a uno de los cónyuges para preservar la integridad del patrimonio ganancial viene constituido precisamente, por el establecimiento del *principio de cogestión* entre los cónyuges respecto de los bienes gananciales en el art. 1375 CC¹⁵, y la consiguiente sanción establecida para el supuesto de vulneración de dicho principio. A continuación se analizará la oportuna reacción del ordenamiento jurídico ante la infracción de dicho principio rector de la gestión de la sociedad de gananciales, la necesaria intervención de ambos cónyuges cuando el acto recaiga sobre bienes gananciales, resultando obligado, en obsequio a la diferencia consagrada por el legislador, distinguir entre actos a título oneroso y a título gratuito.

En efecto, tras la reforma de 1981, el capítulo primero de los dedicados al régimen económico matrimonial, de aplicación, en línea teórica, a cualquiera de los regímenes que se mencionan a lo largo del Título III («Disposiciones generales»), el legislador ha estatuido, concretamente en el art. 1322, en su primer párrafo, que cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido confirmados, podrán ser anulados a instancias del cónyuge cuyo consentimiento se omitió o de sus herederos, mientras que, por el contrario, en el segundo párrafo del meritado artículo 1322, señala que, si se trata de actos a título gratuito, tales actos «serán nulos».

¹⁵ Con claridad y de modo tajante, exponen que en la reforma de 1981 el principio general es la cogestión y codisposición, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, tomo IV, volumen 1º, 1990, págs. 449 y 450; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA*, Edersa, t. XVIII, volumen 2º, 1984, pág. 341; TORRES GARCÍA, «*La Administración de los bienes comunes*», RDP, 1985, pág. 732; RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, 1987, pág. 69, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, 1991, págs. 62 a 66, citando estos dos últimos autores las opiniones de cierto sector doctrinal discrepante con tal conclusión.

La distinción de los dos supuestos a nivel normativo –en sede de disposiciones generales–, y su distinta consecuencia, se complementa –en los preceptos dedicados específicamente al régimen económico de gananciales (capítulo IV)– con lo dispuesto en su sección cuarta «De la administración de la sociedad de gananciales», destacándose en el primero de los artículos de esta sección, art. 1375, que salvo las excepciones contenidas en los artículos siguientes (en concreto, arts. 1381 a 1386) y «en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges», permitiéndose en los artículos 1376 y 1377 que el consentimiento de uno de ellos, con determinados requisitos, pueda ser suplido por el Juez y retirándose en el art. 1378 que «serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges» salvo que se trate de «liberalidades de uso».

Con ello, se puede concluir deduciendo fácilmente de la mera dicción literal de la normativa anteriormente expuesta que, el estudio separado de las consecuencias previstas por el legislador a la realización por uno de los cónyuges, de un acto sobre bienes gananciales, en función de la naturaleza onerosa o gratuita del acto, pues, el propio *derecho positivo discrimina uno y otro supuesto* al establece distintas consecuencias.

En un caso, siendo el acto unilateral a título oneroso, y dada la necesaria conexión del art. 1322.1 con el art. 1375, puede colegirse que, salvo pacto en capitulaciones y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los artículos siguientes al 1375 (arts. 1381 a 1386 y también arts. 1376 y 1377, sobre la posibilidad de suplencia judicial del consentimiento de un cónyuge) el CC dispone que tales actos «podrán ser anulados», lo que a su vez, debe completarse con el último párrafo del art. 1301 que señala el plazo de duración y el *dies aquo* de dicha acción de nulidad. En otro caso si se trata de un acto a título gratuito (donaciones), los arts 1322.2 y 1378 determinan que la falta o no concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges hace «nulos» tales actos, no permitiéndose expresamente para dichos actos gratuitos realizados por un cónyuge ni la posibilidad de alteración en capítulos ni de suplencia judicial ni la facultad de confirmación y siendo notoriamente escaso el ámbito de supuestos en que dicha sanción resulta improcedente.

Así pues, la disciplina normativa estudiada para los actos unilaterales a título gratuito es más tajante que la dispuesta por los actos a título oneroso, tal vez por ser dicha actuación la que, por regla general, desencadena consecuencias más gravosas para el patrimonio ga-

nancial –al no ingresar nada en el consorcio como contraprestación– por ello el legislador establece una sanción radica («serán nulos») comprendiendo la práctica totalidad de los actos a título gratuito, teniendo los supuestos excepcionados un ámbito limitado de operatividad («liberalidades de uso» *ex art.* 1378).

En esta línea de investigación, conviene exponer seguidamente las consecuencias derivadas de un acto realizado a título oneroso por uno de los cónyuges, en los que, la sanción establecida por el legislador no es automática, siendo precisa una actividad de cónyuge preterido, sea para oponerse¹⁶ o para confirmar¹⁷ el acto realizado por su consorte, y en los que los supuestos que el legislador excepciona de dicha sanción son notoriamente más amplios que el caso de actos gratuitos, siendo posible tanto la confirmación capitular del supuesto de hecho sobre el que opera dicha sanción como la suplencia judicial del consentimiento del cónyuge no actuante.

IV. LA INEFICACIA DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO

IV.1. Ámbito de aplicación de los artículos 1322.2 y 1378 del CC

Es oportuno analizar brevemente el presupuesto de hecho tomado por el legislador como elemento desencadenante de la sanción contemplada en los arts 1322.2 y 1378 de dicción similar, pero no idéntica. Frente al tenor literal, más preciso, si bien de dudoso acierto desde el punto de vista sistemático, del art. 1322.2 que refiere la *sanción de nulidad* cuando los actos a título gratuito recaen sobre bienes comunes, el art. 1378, en sede de sociedad de gananciales, sin embargo, no incluye la específica alusión sobre los bienes que ha de recaer el acto a título gratuito realizado por un cónyuge para que proceda la aplicación de la sanción que dicho precepto establece¹⁸.

Ahora bien, admitido que, desde 1975 el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges y que cualquiera de ellos puede contraer válida y eficazmente obligaciones, incluso sin recibir a cam-

¹⁶ Así establecido («podrán ser anulados»), según señala el art. 1322.1, durante cuatro años *ex art.* 1301 CC.

¹⁷ Así señalado («expresa o tácitamente»), como dispone el art. 1322.1 CC.

¹⁸ Esto es lo que critica BELLO JANEIRO (*La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, J.M^a Bosch, Barcelona, 1993, pág. 41) concluyendo que la consecuencia sobre el tenor literal del art. 1378 puede colegirse, también cuando resulta procedente que el acto gratuito no recaea sobre bienes, sino tiene carácter puramente obligacional, o que, si se admite que necesariamente ha de referirse a bienes, resulta indiferente el carácter privativo o ganancial de los mismos.

bio contraprestación, por simple ánimo de liberalidad, necesariamente ha de concluirse que la sanción prevista en el art. 1378, en el ámbito de la sociedad de gananciales, sólo resulta de aplicación, cuando el acto a título gratuito recae sobre bienes gananciales, como se desprende tanto de la mención prevista en el art. 1322.2 en sede de disposiciones generales. La necesaria referencia a bienes gananciales para que un acto a título gratuito realizado por uno de los cónyuges incurra en la sanción prevista en el art. 1378, significa que quedan fuera del ámbito de aplicación de dicho precepto, tanto los actos de disposición a título gratuito sobre bienes privativos en aquellos casos en que la Ley exija el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1320) que están regidos por el párrafo 1º del art. 1322, que los actos de tal carácter sobre bienes privativos comunes, pero en régimen de comunidad ordinaria, cuya sanción se deriva directamente del art. 399 del Código civil –y no de los arts. 6.3 o 397, como ha apreciado en ocasiones el TS–, cómo, lógicamente, los actos gratuitos sobre bienes privativos del disponente, en cuyo caso serían de aplicación los arts. 294 y ss.

Con amplia referencia jurisprudencial, al respecto, las SSTs de 19 de diciembre de 1985 (RJA 6603) y de 8 de julio de 1988 (RJA 5682), estiman, siguiendo un criterio discutible, que la enajenación de la cosa común como cosa propia, supone una alteración de la misma prevista en el art. 397 lo que acarea *su nulidad* al amparo de los arts. 6.3 y 1261 del CC; en igual sentido, si bien sobre la base de una –inadecuada– aplicación del art. 399, la STS de 29 de abril de 1986 (RJA 2065) considera que el comunero que vende por su cuenta la cosa común contraviene el art. 399 e incurre en nulidad *ex art.* 6.3 por falta de consentimiento requerido en el art. 1261. Asimismo, en sede de sociedad de gananciales disuelta no liquidada, consideran que la consecuencia de la enajenación por el cónyuge supérstite es *la inexistencia* por falta del consentimiento requerido en el art. 1261 del CC, la STS de 26 de febrero de 1981 (RJA, 790)¹⁹. En contra de dicha nulidad absoluta se pronuncia, a nuestro juicio más correctamente, sobre la base de una correcta interpretación del contenido del art. 399, la STS de 27 de mayo de 1982 (RJA 2005) a cuyo razonamiento se defiende un número de pensadores²⁰.

¹⁹ A parte de las SSTs señaladas, véase las de: AT de Albacete de 10 de julio de 1985 (RGD, diciembre de 1986, n. 507, págs. 5313 y 5314); Valladolid de 16 de diciembre de 1987 (RGD, diciembre 1988, n. 531, págs. 7317 a 7318); AT de Madrid, sala 1ª, de 31 de enero de 1986 (RGD, mayo de 1986, n. 500, págs. 1994 a 1996); AP de Madrid, Sección 10ª, de 19 de octubre de 1991 (RGD, abril 1991, n. 571, págs. 3201 a 3204).

²⁰ Se manifiestan en tal sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, CCJC, n. 2, págs. 469 a 472; en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, volu-

Asimismo dicha referencia genérica a bienes gananciales, plantea también la problemática en la aplicación de la sanción prevista en el art. 1378 a las disposiciones a título gratuito de los bienes de tal carácter a los que se refiere el art. 1384, ciñéndonos al precepto que más amplias facultades dispositivas confiere a un cónyuge en solitario sobre determinados bienes consorciales; pues, similar solución estatuye el art. 1385.1, que se señalará con tal ocasión, y siendo tal solución extrapolable a cualesquiera otras posibilidades de actos a título gratuito sobre bienes gananciales que pudieran tener amparo en los preceptos de los arts. 1319, 1381, 1382, 1386 y 1387, la sanción del segundo párrafo del art. 1322 y la prevista en el art. 1378 debe irradiar, sin excepción sus efectos a cualquier acto a título gratuito que recaiga sobre tales bienes, aunque el tenor literal del art. 1384 no distinga entre actos onerosos y actos gratuitos, faculta a un cónyuge en solitario para disponer determinados bienes gananciales.

La ratio del precepto justifica que queden fuera de su contenido y ámbito de aplicación los actos a título gratuito por no ajustarse al propósito y finalidad perseguida por el legislador en el referido art. 1384, la protección fundamentada en la apariencia a los terceros de buena fe, de imposible aplicación a los actos gratuitos, o mera inexistencia de actividad económica; por lo que, los actos a título gratuito que recaigan también sobre dinero o títulos valores será de aplicación lo dispuesto en los arts. 1322.2 y 1378 con todas sus consecuencias²¹.

A mi juicio, la sanción ante actos realizados a título gratuito sobre cualesquiera bienes gananciales, incluidos, pues, los citados en el art. 1384, es la nulidad al amparo del art. 1378, sin perjuicio de la aplicación, a efectos internos de lo dispuesto en los arts. 1390, 1391 y 1397.3^o –como sanciones indispensables–, si así lo estima oportuno el *cónyuge preterido* o resulta imposible impugnar la eficacia del acto gratuito, en los términos que posteriormente se desarrollarán cuando sea inatacable la situación jurídica del tercero (por eventual prescripción de la acción restitutoria, consumación de la usucapión extraordinaria...).

Por último, ha de destacarse que, no están incluidos en el ámbito de los arts. 1322.2 y 1378 los actos de disposición de los bienes gananciales

men 2^o, 1991, pág. 478; BELLO JANEIRO, «La ineficacia a título gratuito», en *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, J.M.^a Bosch, págs. 41 y ss.

²¹ RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, 1992, págs. 304 y 305, aun señalando las dificultades de prueba para que la nulidad prospere; Cfr. DE LOS MOZOS, *Comentarios Edersa, cit.*, XVIII, págs. 370 y 371; LACRUZ BERDEJO, *Elementos, cit.* IV-1, pág. 471, quien estima de aplicación, por *analogía iuris*, el art. 1433.

ciales a título gratuito pero a través de disposiciones testamentarias con un régimen específico en el art. 1379, si bien cabe plantear la duda de si la sanción de ineficacia comprende solamente las disposiciones onerosas y remuneratorias.

En cuanto a este aspecto, las donaciones *mortis causa* se rigen por el art. 620 que se remite a las normas testamentarias; lo cual, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1379; mientras que, en los actos onerosos, tampoco, serían de aplicación las sanciones impuestas en el segundo párrafo del art. 1322, pues, el art. 622 se remite a los contratos onerosos, en este caso, sería un supuesto de los contemplados en el primer párrafo del repetido art. 1322 que faculta al cónyuge preterido para anular el acto realizado por su consorte durante el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 todos del CC.

IV.2. Naturaleza jurídica de la ineficacia: nulidad

El hecho de que el Código requiera la concurrencia del consentimiento de *ambos* cónyuges en los actos a título gratuito, no hay razones para interpretar, en un terreno puramente especulativo, que dicha concurrencia haya de ser simultánea, de tal modo que, si suponemos que el interés jurídicamente tutelado con la sanción de ineficacia es el del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, se podría admitir que el CC dote de una mayor protección a los cónyuges frente a los actos a título gratuito que frente a los actos a título oneroso, circunscribiéndose esta tutela, como diferencia con respecto a lo que acontece con los actos onerosos al amparo del art. 1322.1, a la ruptura del perentorio plazo de 4 años de la acción de anulación y a la imposibilidad de suplenencia judicial²², pero no parece existir justificación que impidiese la configuración en el Derecho positivo de tal nulidad como relativa y sanable a los efectos de posibilitar o impedir la ratificación de otro cónyuge (de modo análogo a lo dispuesto en el art. 1259 para los contratos a nombre de otro sin autorización o representación legal), mediante su consentimiento posterior; *es decir, aunque el acto de disposición a título gratuito realizado sin el consentimiento de un cónyuge es nulo, no hay que olvidar que se admite la convalidación de los contratos nulos, y que la vía del art. 1259 no es más que una especie de aquella figura.*

²² En contra se pronuncia VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, 1982, pág. 229, y *Doctrina jurisprudencial del Código Civil*, 2ª edición, 1988, pág. 2084, para quien «aunque la posibilidad de dirimir el diferendo mediante una venia supletoria judicial esta prevista para los actos a título oneroso,... no vemos el inconveniente de utilizar ese procedimiento cuando se trata de un acto de disposición a título gratuito».

Aunque el Código guarda silencio al respecto, pues, tal consentimiento podría entenderse que en este caso debería ser expreso para que se produzca la convalidación o sanación del acto, respecto de lo cual, nada impediría que éste fuese tácito por aplicación de los principios generales (*venire contra factum proprium*), salvo los casos en que se haya incluido la explícita imposición de la necesidad de consentimiento de tal carácter²³, si bien esta eventualidad de apreciación del consentimiento tácito resultará imposible en los casos en que el acto gratuito sea formal, por la necesidad del cónyuge preterido de cubrir también los requisitos formales exigidos por el CC en cada caso (arts. 633, 1187.2...).

Por lo que, a mi juicio, la única diferencia en relación a la sanción que se predica para los actos a título oneroso, puede entenderse que radica en que, ante la ausencia del consentimiento de ambos cónyuges, en los actos gratuitos la acción para instar la nulidad no está sujeta a plazo, mientras que en los actos a título oneroso la acción de anulabilidad está sometida al perentorio plazo de 4 años, en la medida en que, una vez realizado el acto, ya no se puede suplir el juez el consentimiento conyugal, aunque sea un acto a título oneroso²⁴. Aun no admitiendo la posibilidad de ratificación, no debería haber obstáculo a la renuncia de la acción para hacer valer la ineficacia en los actos a título gratuito está encaminada a proteger el interés particular del cónyuge preterido, por lo tanto, tal nulidad no es un «estado del acto» sino una posibilidad de impugnación de éste por el cónyuge cuyo consentimiento se hecha en falta y, es éste el único legitimado para pedir la nulidad por ser sólo él el que puede demostrar tener un concreto interés en ello. Es lógico que el cónyuge preterido, como único legitimado para interponer la acción, pueda *renunciar* a tal poder de impugnación que el ordenamiento jurídico le concede, toda vez que tal renuncia no parece ser contraria al interés del orden público ni perjudicar a terceros (art. 6.2)²⁵.

²³ En la tramitación parlamentaria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el grupo Centrista UCD presentó en el Congreso de los Diputados, al art. 1322 del Proyecto de Ley, la enmienda número 49 en la que se proponía «añadir en el último párrafo, a continuación de “consentimiento”, la palabra “expreso”», pues a tenor de la filosofía del precepto, se consideraba que debía quedar claro que se precisa un consentimiento de ese tipo. La enmienda no fue admitida por la ponencia del Congreso y ya no fue presentada para mantener en el Dictamen de la Comisión de Justicia. *Vid., Trabajos Parlamentarios*, págs. 243 y 396.

²⁴ En este sentido se pronuncia BELLO JANEIRO, siguiendo a GIMÉNEZ DUART, *cit.*, «Naturaleza jurídica de la ineficacia», págs. 47 y 48.

²⁵ En este sentido, VÁZQUEZ IRIZUBIETA, Régimen económico del matrimonio, *cit.*, págs. 82 y 299, y *Doctrina y jurisprudencia, cit.*, págs. 1956 y 2084, mantiene que, si bien «la última parte del art. 1322 en cambio, sanciona con la nulidad absoluta, sin posi-

Admitiendo que tal figura carece de regulación *stricto sensu* en el derecho vigente y en la medida en que puedan existir terceros que hubiesen adquirido derecho en el término que media entre el otorgamiento del acto a título gratuito por un cónyuge y la renuncia a la acción de nulidad por su consorte –o la ratificación posterior de éste–, parece más razonable acudir al régimen de la nulidad del acto otorgado por quien no tiene poder de representación. Pues, la jurisprudencia sentada por TS en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1989²⁶, basada en virtud del principio *ratihabitio non retroahitur in praejudicium tertii*, queda fuera de duda que la convalidación del acto a título gratuito no perjudica los derechos que los terceros pudiesen haber adquirido sobre el bien donado en el tiempo intermedio, precisamente sobre la base de que se trataba de un acto nulo²⁷.

El profesor GIMÉNEZ DUART²⁸ realizó una construcción dogmática al respecto, en concreto cuando parte de la posibilidad de que uno de los cónyuges done (*dominus donandi*) y el otro se limite a con-

bilidad de convalidación a los actos a título gratuito» (págs. 82 y 1956, respectivamente), «entendemos que en caso de duda, procede la convalidación posterior por parte del cónyuge, del que se piensa que ha omitido prestar su consentimiento. Y aunque de hecho no lo hubiera prestado, la convalidación del acto es procedente en virtud de no encontrarse afectado un principio de orden público o estar interesada la estructura institucional del Derecho de Familia» (págs. 299 y 2084, respectivamente); CLAVERÍA GOSÁLBES, *La confirmación, cit.*, págs. 70 y 71, exponiendo la obras de JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, 1909, y de COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, 1972, págs. 166, 172 y 173.

²⁶ RJA 8821. Sobre la irretroactividad de la ratificación en perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el ínterin por tercero, se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia del TS (SS. de 25 de junio de 1946 –RJA 838–, 31 de enero de 1978 –RJA 229– y 23 de octubre de 1980 –RJA 3635–; pero véase en cambio la doctrina ALBALADEJO GARCÍA, «La representación», *Derecho civil I. Introducción y Parte General*. Volumen 2º, 1989, pág. 428, para quien la retroacción de la ratificación es siempre absoluta, sin que haya que establecer excepción particular alguna, sino simplemente aplicar las reglas generales de protección de terceros, a cuyo tenor, en algunos supuestos la retroacción puede ser irrelevante frente a aquellos.

²⁷ Para la nulidad absoluta de contratos por defectos formales, véase la propuesta en tal sentido de CLAVERÍA GOSÁLBES, «La sanatoria excepcional» de disposiciones testamentarias nulas en el derecho español, RDP 1977, págs. 647 y 648, admitida como lógica por DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios Edersa, cit.*, XVII-2, pág. 330, y en LACRUZ, *Elementos, cit.*, II-2, pág. 391. DE LA CÁMARA, «Actos de disposición», *cit.*, págs. 126 y 127, pone como ejemplo de las consecuencias que se derivan de que la convalidación de la donación surta de plenitud de sus efectos *inter partes* que conservarán su eficacia en los embargos trabados sobre el bien donado.

²⁸ Para GIMÉNEZ DUART, «La adquisición», *cit.*, pág. 352 a 357, 361 y 362, el «concorre» del art. 1378 no viene referido al tiempo (simultaneidad) ni a la causa (*animus donandi*), sino sólo al modo o desplazamiento, de tal modo que nada se opone a que uno de los cónyuges sea «*dominus donandi*» de un bien reconocidamente ganancial, limitándose su consorte a consentir la atribución, a sentir abstractamente el desplazamiento patrimonial.

sentir la atribución (modo) sin necesidad de compartir el título «*animus donandi*», para fundamentar la ineficacia atributiva de la donación por un cónyuge en solitario, pues, tal disociación no tiene apoyo –como lo ha destacado DE LA CÁMARA²⁹– en nuestro sistema causalista de transmisión de la propiedad toda vez que el art. 609 conceptúa la donación como medio autónomo de adquirir distinto de las adquisiciones que tiene lugar «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», es allí donde nos concentramos en la concepción finalista –el interés privado tutelado por los art. 1322.2 y 1378– aducida por GIMÉNEZ DUART³⁰ para evidenciar la imposibilidad de sancionar con la nulidad radical la donación de bienes gananciales por un solo de los cónyuges.

En efecto, si se parte, como acepta GIMÉNEZ DUART («La adquisición», *cit.*, pág. 350), que para la transmisión de la propiedad por donación (dispositiva o real) no se requiere la tradición, puesto que a partir del art. 609 CC se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad. Así se establece en la STS de 22 de diciembre de 1986 (RJA 7795).

El trasfondo de la determinación por el intérprete de la sanción dispuesta por el legislador en cada caso, radica en el criterio que se emplee para precisar el régimen de ineficacia, de tal modo que si se utiliza el criterio del *interés protegido* como determinante de la distinción entre los dos grandes grupos de ineficacia, nulidad anulabilidad, se sostendrá que, a pesar de la letra de la ley («serán nulos...»), en realidad el legislador se refiere a la anulabilidad; así propone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO³¹, al analizar la sanción de los actos dispositivos realizados por los titulares de la patria potestad sin autorización judicial; lo mismo hizo CLAVERÍA GOSÁLBEZ con motivo de analizar el crítico párrafo segundo del art. 10.4 de la LCU³²; ALBALA-

²⁹ Cfr: «Actos de disposición», *cit.*, pág. 126

³⁰ Cfr: «La adquisición», *cit.*, pág. 242 («no hay nulidad porque no hay razón para que la haya. Dicho en otros términos: si el interés jurídicamente protegido es el del otro cónyuge y éste dice vale, debe valer»).

³¹ Cfr: *Comentarios Tecnos*, *cit.*, II, pág. 1119, donde al analizar la ineficacia de los actos realizados sin la licencia a la que se refiere el art. 166.1 CC, y aun reconociendo que «conceptualmente se trata de un supuesto de nulidad», sin embargo considera que la figura más adecuada es la de la anulabilidad «a la hora de proteger los intereses de los hijos del menor...»

³² Cfr: «Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», 1992, págs. 336 y ss., especialmente págs. 342 y 344, donde después de reconocer que el legislador quiso referirse a la nulidad radical de pleno derecho para la cláusulas ininteligibles u oscuras cuya eficacia no pueda salvarse mediante una interpretación, prevista de sentido favorable al adherente, sin embargo destaca que el

DEJO GARCÍA³³, habló sobre la ineficacia peculiar, cual es el dispuesto en el art. 1259/2 u otro atípico, caracterizado porque la anulación sólo pueda ser instada por una persona determinada y, en todo caso, pueda ser evitada sin necesidad de repetir el acto en su integridad, esto es, lo que acontece, también, en el art. 1721 *in fine*, o como asimismo prescribe el legislador para las nulidades matrimoniales en los arts. 74 a 79 CC³⁴.

Ahora bien, sin menoscabo de la validez de gran parte de las soluciones doctrinales expuestas para superar la literalidad de los preceptos anteriormente mencionados, este criterio de *interés protegido*, público o privado, sólo sirve como mera aproximación, así lo ha señalado BELLO JANEIRO, siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA y otros³⁵, diciendo que es preferible, para clasificar el régimen de ineficacia, sea, nulidad, anulabilidad o cualquier otro régimen de ineficacia atípico, cual es el peculiar del contrato celebrado por el *falsus procurador*, partir de la libertad del legislador sobre la base de un criterio de política legislativa, de conveniencia y oportunidad, para disponer en cada caso la consecuencia que considere más adecuada, siendo, en definitiva, el régimen de ineficacia una cuestión de Derecho positivo y sólo es lícito establecer la sanción de un acto al margen de las previsiones legales ante la ausencia de regulación al respecto o ante la falta de claridad del dato legal y el efecto de integrar la laguna del texto normativo.

párrafo 2, de aplicación sólo a las cláusulas abusivas, permite la reconstrucción de la regla negocial, manteniendo la eficacia del contrato, sin la ineficacia total perjudicada al adherente; en cambio, hablando de la misma Ley, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y R., *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, 1987, págs. 202 y 203, aun cuando consideran criticable el precepto, defiende de la ineficacia total que se deriva de su tenor literal.

³³ Cfr., *Derecho Civil*, cit., I-2, pág. 412.

³⁴ Tratamiento realizado por todos, a cerca de la especialidad que supone la nulidad del matrimonio establecida en el CC, respecto de la cual resulta improcedente la pretendida extrapolación mecánica de las categorías elaboradas para la ineficacia de índole contractual, aún reconociendo su evidente similitud, a la vista de los distintos principios que inspiran ambos tipos negociales y sobre la base de las diferencias que el legislador establece en relación a las previsiones contenidas en los arts. 1300 y ss; así, ni la acción es pública en el supuesto del art. 74 –de pretendida nulidad absoluta– ni en los supuestos en que se asemeja la regulación característica de la anulabilidad, existe propiamente un plazo para ejercitar la acción –art. 1301– ni la posibilidad de confirmación –comp. arts. 1309 ss. y 79 y 76–, sino un período de tiempo que, unido a la convivencia, implica la convalidación del matrimonio nulo.

³⁵ BELLO JANEIRO, «La ineficacia de los actos a título gratuito», cit., págs. 52 y 53; DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios Edersa*, cit., XVII-2, pág. 236, y en LACRUZ, *Elementos*, cit., II-2, pág. 275.

Tal como resultan las cosas en el supuesto estudiado, sea con mayor o menor fundamento, no hay otra intención del legislador, sólo que la realidad normativa sea tajante, si no, hubiera debido señalar claramente, a qué tipo de sanción se refería, optando por reiterar lo dispuesto en el art. 1259 CC, añadiendo a continuación la explícita mención de la ratificación, o igualmente, tras consagrar la nulidad (arts. 73.2 a 73.5 y 1259) cercenar la legitimación activa para instarla a unas personas determinadas (arts. 75 a 79 y 1259.2), es así como, tampoco carece de un amplio abanico de sanciones diferentes para un supuesto análogo al contemplado en los arts. 1378 y 1322.2, de tal modo que la única consecuencia que puede coherentemente derivarse de ello es la ubicación de los mismos en el primero de los tres grupos de actos contrarios a la Ley que ha venido configurando la Jurisprudencia: «*aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y determinante que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio*³⁶», es decir, nulidad de pleno derecho, absoluta y radical.

Distinta sería, si se mantuviese una interpretación aducida en los art. 1378 y 1383 del Proyecto de 1978, en los que se omitía la sanción de nulidad y simplemente se señalaba que «los actos de disposición a título gratuito requerirán siempre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso, así como regalos módicos a los hijos de uno o de ambos» (art. 1378), añadiendo que «los actos de administración o de disposición íter vivos realizados en contravención de las reglas contenidas en esta Sección, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya sido omitido o de sus herederos (art. 1383). Por el contrario, con la regulación del CC vigente, no hay más remedio que reconocer el dato que el legislador califica –justificadamente o no, y con mayor o menor acierto en la elección–, a los actos a título gratuito de nullos, sin rechazar la técnica jurídica construida en la elaboración de las categorías de la ineficacia, su opción defectuosa en cuanto al *nomen*³⁷,

³⁶ Cfr. SSTS de 17 de octubre de 1087 (RJA 7293, comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, CCJC, n. 15, págs. 5083 a 5094), y de 29 de octubre de 1990 (RJA 8265), con base en las afirmaciones contenidas en las anteriores sentencias del TS de 27 de febrero de 1964 (RJA 1152) y 28 de julio de 1986 (RJA 4621), cuyo contenido se reproduce en la S. de la AT de Bilbao de 20 de abril de 1988 (RGD, julio-agosto 1989, núms. 538 y 539).

³⁷ RAMS ALBESA, *La sociedad*, cit., págs. 210 y 227, quien, afirma que el legislador de 1981 sigue tratando con ligereza y equivocadamente estas categorías de ineficacia contractual. En contra, y negando la existencia de la nulidad radical, GIMÉNEZ DUART, «La adquisición», cit., pág. 242, para quien es «bien sabida es la amplitud con que utiliza el término nulidad nuestro Código Civil».

después de haberse puesto de relieve la imprecisión técnica del término nulidad empleado por el legislador decimonónico en el art. 1259. Por otra parte, téngase en cuenta que, ni el art. 1378 ni el segundo párrafo del art. 1322 salvan expresa o implícitamente la nulidad que predicán con la posibilidad de ratificación o confirmación como lo hacen los arts. 1259 y 1322.1, de tal modo que si eran en su momento totalmente acertadas las precisiones del profesor DE CASTRO³⁸ al respecto de los actos ejecutados por la mujer casada sin haber obtenido la licencia o autorización debida que el art. 62 califica de «nulos» y que la ilustración civilista caracterizaba como anulables *ex* artículo 1301 precisamente porque el art. 65 matizaba que sólo podían reclamar su anulación el marido o sus herederos, concluyendo que la frase «son nulos» no duda el alcance del art. 65», en la actualidad, tampoco se restringe la legitimación activa para instar la anulación ni permitiendo en consecuencia la sanción del acto la frase «son nulos» de los arts. 1322.2 y 1378 tampoco puede hacer dudar de su alcance.

Las afirmaciones que ha hecho el Tribunal Supremo con motivo de la misma expresión empleada en otros cuerpos legales, no son extrapolables a nuestro supuesto; la sentencia de 29 de enero de 1983 (RJA 398)³⁹ que, refiriéndose al art. 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, señala que, la dicción de «serán nulas» que evidentemente emplea el legislador, alude al modo de expresarse los preceptos legales que lo es con mandatos, no con meras admoniciones, independientemente del contenido interno de las dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa) en el decir tradicional del sistema, cuya falta rigor técnico se constata en el propio CC⁴⁰. Esta evidencia que nadie pone en duda (que la «Nulidad» sea precisamente la rúbrica que, desde 1889, precede a los arts. 1300 y ss. Del CC referi-

³⁸ *Cfr. Derecho Civil de España, Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera, La persona y su estado civil*, 1952, págs. 263 y 264.

³⁹ Sentencia comentada por DELGADO ECHEVERRÍA, CCJC, n. 1, págs. 133 a 142, quien pone de relieve que, si bien el TS se motivó en el caso por criterio de justicia (no parece equitativo que el vendedor de las participaciones sociales pueda negarse al cumplimiento alegando que, al no haber procedido dicho vendedor a la preceptiva notificación al resto de socios, el contrato es nulo al amparo de los arts. 20 LSRL y 6.3 CC), no resulta procedente fundamentar que la sanción prevista en el art. 20 LSRL, es distinta de la nulidad en razón de que dicha norma no es imperativa y que por ello es el régimen de la anulabilidad el que conviene al caso, distinguiendo DELGADO entre el contrato de compraventa válido en todo caso y eficaz en el plano obligacional, y la transmisión de las participaciones sociales, nula absolutamente si no se cumple lo dispuesto en los párrafos 1º y 2º del art. 20 de la LSRL.

⁴⁰ Donde la titulación del Capítulo 6º del Título 2º del Libro 4.º, es de la «nulidad de contratos», único nombre que allí figura para comprender también los casos propios de anulabilidad del art. 1300 y concordantes...

dos también y muy principalmente a la anulabilidad), y que ha sido de manifiesto reiteradamente por el TS (STS de 25 de julio de 1991) pienso que nada resuelve, sólo puede deducirse que la frase son nulas» no significa siempre ni necesariamente siempre «nulidad de pleno derecho» tal como se evidencia en el art. 1301 o en el 1259, pues, para que la expresión nulidad suponga una forma de ineficacia diferente de la nulidad de pleno derecho, habrá de deducirse de la norma en cuestión, una regulación específica en los aspectos de legitimación activa, plazo de ejercicio, convalidación, etc. que, a nuestro juicio no es posible interpretar a la luz de lo dispuesto en los arts. 1322.2 y 1378 en relación a los actos a título gratuito sobre bienes comunes realizados por un cónyuge en solitario.

No se puede encontrar un mandato que vincule al legislador para disponer necesariamente entre uno y otro caso (sanción de anulabilidad: en caso de lesión al interés privado, y de nulidad absoluta o de pleno derecho: en caso de lesión al interés público), pero puede hacerlo del modo que estime más oportuno y conveniente y, partiendo de que el régimen de ineficacia es una cuestión de derecho positivo, lo que debe hacer el intérprete es acomodar el esquema preconceptual al dato normativo, teniendo en cuenta que la única limitación a la que pueda entenderse que está sometido el legislador es la de no cometer en la elección de la sanción incongruencias flagrantes con el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Así desde luego, no tendría sentido que el legislador partiese de que el consentimiento de ambos cónyuges en actos a título gratuito sobre bienes comunes no es necesario para integrar el consentimiento contractual como requisito de validez del contrato y, a continuación manifestase que la sanción correspondiente a ese contrato a título gratuito sobre bienes gananciales en el que concurren todos los elementos exigidos por el art. 1261 CC (supuesto el objeto cierto materia del contrato y la causa de la obligación), es la nulidad sin incluir la posibilidad de ratificación, o convalidación.

Lo único, realmente operativo y práctico es que, a partir de la reforma de 1981, el legislador ha optado por la nulidad y que sólo ha podido hacer, por estimar en incongruencia con lo dispuesto en los artículos 1261, 1300 y 1310 CC que, el consentimiento de ambos cónyuges en los actos a título gratuito sobre bienes comunes (*rectius* gananciales) supone necesariamente siempre lo que BELLO JANEIRO⁴¹ ha denominado «*codisposición-codonación*», sin perjuicio de que sea

⁴¹ Cfr. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, J.M.^a Bosch, Barcelona, 1993, pág. 59.

discutible y criticable su oportunidad y conveniencia⁴², y, aun admitiendo buenas razones para que en el futuro el legislador adopte otro régimen de ineficacia en el supuesto de actos a título gratuito sobre bienes gananciales realizado en solitario por uno de los cónyuges, salvando la nulidad, por ejemplo, mediante la ratificación del otro cónyuge (art. 1259) o permitiendo que, al igual que acontece en los actos de administración y disposición a título oneroso, uno sólo de los cónyuges sea parte en el negocio y que el otro se limite a consentirlo con posibilidad de confirmación del art. 1322.1 CC.

IV.3. Las consecuencias de la nulidad

Con anterioridad a la reforma de 1981 existía cierta duda en la doctrina sobre la base de los arts. 1414 y 1409⁴³, pues a la entrada en

⁴² En tal sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, *cit.*, IV-1, pág. 465, considerando que la sanción del art. 1378 es la nulidad radical, lamenta que «se han hecho imposibles, así las donaciones de gananciales por un esposo para establecimiento de hijos que antes se permitían al marido como rector de la comunidad»; asimismo GIMÉNEZ DUART, «La adquisición», *cit.*, págs. 350 y 351, para evidenciar que la sanción no puede ser la nulidad absoluta, se pregunta «¿Es objetivamente injusto que un cónyuge haga, él sólo, donación a sus padres, a su hermano, o al hijo habido de otro matrimonio, con el consentimiento de su consorte? ¿Es justo, descendiendo al terreno de la práctica, que la donación de gananciales a un hijo no común tribute necesariamente por el número 2 de la tarifa en cuanto a una mitad?» y se refiere a lo largo de su trabajo, para poner de relieve las consecuencias de predicar la nulidad ante una donación unilateral de bienes gananciales, a la posibilidad de que una madre done un valioso cuadro a su hijo, haciendo constar en el documento el carácter ganancial del bien, que sólo la madre dona y el hijo acepta, admitiendo que posteriormente el padre pueda declarar que consiente, no la donación –porque el padre no dona– sino el desplazamiento patrimonial la atribución (págs. 240 y 357); en la misma precisión DE LA CÁMARA, «Actos de disposición», *cit.*, págs. 125 y 125, destaca que «sería absurdo, en efecto, que en caso, por ejemplo, de donación otorgada por el marido a un hijo del matrimonio en ausencia de la mujer pero con la convicción de que ésta aprobará su parecer (e incluso aunque no sepa a qué atenerse sobre el particular), la donación fuese radicalmente nula. Conclusión que implicaría que si el marido donante, no obstante, haber donado y haber sido aceptada la donación, se arrepiente de lo hecho o que, si fallece durante el tiempo intermedio, la donación ya no puede llevarse a cabo».

⁴³ Con motivo de la reforma en 1981 del art. 1413, con ocasión de analizar el art. 1419, no modificado, una vez superada la tesis de que la nulidad de las donaciones ilegales sólo podía solicitarse en el momento de la liquidación si entonces no hubiese bienes bastantes para compensar a la mujer del perjuicio irrogado (MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, IX, 1950, pág. 117, que del mismo modo consideraba a las enajenaciones fraudulentas) y prescindiendo en este momento de las donaciones fraudulentas o disimuladas en que no se solía dudar de la acción de nulidad (según se había pronunciado la Jurisprudencia con anterioridad a la reforma de 1958: SSTS de 25 de mayo y 30 de octubre de 1956 –RJA 2440 y 3428–, 9 de noviembre de 1959 –RJA 3985–, citadas generalmente por la doctrina) la opinión común es-

vigor del 2º párrafo del art. 1322 y el art. 1378 con la reforma citada, la sanción establecida en los mismos es la nulidad absoluta, radical e insubsanable⁴⁴, apreciable incluso, si bien excepcionalmente de oficio y susceptible de ser demandada sin limitación de tiempo, precisamente por su negativa a ser confirmable o ratificable por cualquier que tenga interés en la nulidad, resultando desafortunada y perturbadora la afirmación contenida en la sentencia del TS de fecha 8 de marzo de 1991 al ser sustituible la legitimación activa tanto en los casos previstos en el art. 1377 (actos a título oneroso) como en los supuestos contemplados en el art. 1378 (actos a título gratuito), bien entendido que puede haber desaparecido el requisito de la legitimación activa por la prescripción (15 años *ex* art. 1964 en relación con el art. 1969) de las acciones restitutorias o de condena de las que es presupuesto la declaración de nulidad o puede haber devenido inútil ésta como consecuencia de la usucapión sobre una posesión no ininterrumpida durante treinta años, si se trata de inmuebles, *ex* art. 1959, ya que falta el título válido requerido por el art. 1953, sin perjuicio de que hasta el mismo momento de la liquidación de la sociedad de gananciales el cónyuge preterido tendrá interés en la declaración de nulidad del acto a título gratuito a los efectos del art. 1397.2 CC.

La aplicación del art. 1297.2 CC requiere que el carácter ilegal del negocio de enajenación haya sido establecido por sentencia judicial,

timaba que las donaciones realizadas por el marido contra lo dispuesto en el art. 1415, podían ser impugnadas sin esperar a la disolución y liquidación si no se impugnaban, podía traerse a colación su importe según disponía el art. 1419/2 encontrándose la doctrina muy rica en matices, dividida a la hora de explicar la sanción de la donación, considerando generalmente que la sanción era la misma, tanto en acto a título gratuito como oneroso.

Fungibilizando las consecuencias para ambos tipos de actos (onerosos y gratuitos) un gran sector doctrinal acudía al art. 1259, entre los autores: ALBALADEJO, *Manual de derecho de familia y sucesiones*, 1974, pág. 94.

⁴⁴ Así lo considera un importante sector doctrinal. *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, cit., IV-1, págs. 288 y 465; DE LOS MOZOS, *Comentarios Edersa*, cit., XVIII-2 pág. 369, quien entiende que «la nulidad aquí es de pleno Derecho (*quod nullum est nullum prodiit effectum*), no puede considerarse estructural ni susceptible de ratificación, por aplicación del art. 1259/2»; GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, tomo V. Derecho de Familia, volumen 1.º Relaciones conyugales*, 1987, págs. 356 y 474, quien concluye que se trata de una «nulidad absoluta, no susceptible de convalidación, ni de que el Juez otorgue supletoriamente el consentimiento» (pág. 474); ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, 1991, pág. 162, para quien «así el acto recayó sobre bienes comunes y fue a título gratuito, la falta de consentimiento de cualquiera de los cónyuges determina su nulidad absoluta. Y no cabe, pues, entonces confirmación, sino repetirlo nuevamente con la participación de ambos esposos»; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*, 1991, pág. 134; RAMS ALBESA, *La Sociedad*, cit., pag. 227.

salvo acuerdo de los interesados, como presupuesto para incluir en el activo de la sociedad de gananciales el importe de actualizado del valor de los bienes enajenados por negocio ilegal justamente si no hubiesen sido recuperados, como acaece cuando el adquirente a título gratuito haya usucapido los bienes inmuebles o haya transcurrido el plazo de 15 años, en cuyo caso, la declaración de nulidad sólo podrá solicitarse frente al cónyuge disponente a título gratuito como una especie de información *ad perpetuam*⁴⁵, no siendo parte en el litigio el tercero adquirente cuya posición ha devenido inatacable. Pues el carácter permanente e imprescriptible de la declaración de nulidad es compatible con la limitación temporal que el ordenamiento establece para la reclamación jurisdiccional frente a tercero de las consecuencias que pueda derivarse de la declaración de nulidad, al igual que el Tribunal Constitucional, Sala 2ª, ha estimado en relación a los derechos fundamentales en la Sentencia de 14 de febrero de 1983⁴⁶. En relación a dicha Sentencia, el Magistrado DÍEZ PICAZO formula un voto particular, si bien manifiesta que comparte «el criterio de que los derechos fundamentales deben entenderse en línea de principio como derechos imprescriptibles, aun cuando ello no deba ser obstáculo para que pueda quedar sujetas a prescripción las acciones nacidas para defenderlos»⁴⁷.

La sanción de «nulidad radical» de la que venimos hablando, tiene su complemento lógico y desarrollo complementario en la práctica en el art. 169 *in fine* del Reglamento Notarial que dispone que «en nin-

⁴⁵ Que el TS había venido admitiendo reiteradamente en relación con el antiguo art. 1413/3. En tal sentido, SSTS de 11 de abril de 1962 8RJA 2020) y 28 de junio de 1963 (RJA 3506), que consideraban sobre la base del derogado art 1413/3 que desde que se realiza la enajenación fraudulenta por el marido, la mujer tiene derecho a una «especie de información *ad perpetuam* hecha en forma contradictoria para mayor solemnidad, a fin de que, llegado el momento de realizar el inventario preceptuado en el art. 1418, pueda traerse a colación de tal jurisprudencia, por obra de la mejor doctrina (BELLO JANEIRO, DE LA CÁMARA y LACRUZ BERDEJO), facultando a la mujer para impugnar inmediatamente el acto fraudulento y conseguir el reintegro de los bienes al acervo común, salvo terceros protegidos por la fe pública registral, STS de 25 de enero de 1971 (RJA 288).

⁴⁶ BOE n. 58, de 9 de marzo de 1983 (JCO, t. V, págs. 85 ss.), en cuyo fundamento jurídico 3º se establece que «Los derechos fundamentales... son permanentes e imprescriptibles... Ello es compatible, sin embargo, con que para reaccionar frente a cada lesión concreta que cada ciudadano entienda haber recibido contra ese o cualquier otro derecho fundamental, el ordenamiento limite temporalmente la vida de la correspondiente acción (cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura), sino que significará tan sólo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación».

⁴⁷ *Cf. cit.*, BOE n. 58, de 9 de marzo de 1983.

gún caso el Notario autorizará el documento cuando el consentimiento del otro cónyuge se exija bajo sanción de nulidad», lo que no hace, sino confirmar la intención del legislador de asimilar la donación de bienes gananciales a los actos a título gratuito sobre bienes comunes, que no podrán ser realizados sin el consentimiento de los demás condominios, de tal manera que la no presentación del consentimiento por uno de los esposos acarrea la nulidad plena de la transmisión verificada. En consecuencia, en actos a título gratuito sobre bienes gananciales, es necesaria la concurrencia simultánea de ambos cónyuges, de tal modo que, si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, como señala el art. 1378 y, por lo mismo, no susceptibles de confirmación posterior, éstos reputan «nulos de pleno derecho», a diferencia de lo apuntado que, el consentimiento prestado a posteriori por el cónyuge preterido carece de valor, salvo que se proceda a una *renovatio contractus* integral, como señala la Sentencia de 29 de junio de 1990 (Sección 8^a) de la Audiencia de Madrid.

Por otra parte, el consentimiento de ambos esposos en todo caso en los actos a título gratuito, como se evidencia de lo dispuesto en el art. 1378, tiene el mismo valor de tal modo que si uno de los cónyuges se opone a que se efectúe, éste no puede llevarse a cabo, pues la necesidad de consentimiento conjunto es requisito de validez de toda disposición gratuita sin que sea admisible que la redacción del art. 1363 CC, que se refiere a tan sólo a la determinación de a cargo de qué patrimonio se realiza la liberalidad. La deficiente dicción del art. 93.3 del Reglamento hipotecario que permite la inscripción de los actos de disposición a título gratuito «cuando fueren realizados... por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro», admitido por la DGRN⁴⁸, al amparo de una interpretación *a contrario*⁴⁹ del art. 1355 CC, pueda deducirse que el consentimiento de los cónyuges en donación de bienes gananciales, pueda tener en su caso, diferente intensidad; pues no, en modo alguno dicha consideración excepciona la regla general de *codisposición* a título gratuito sobre bienes gananciales. Precisamente, por estimar la codisposición el CC no permite la suplencia judicial del consentimiento de uno de ellos, y en consecuen-

⁴⁸ Así, la RDGRN de 25 de septiembre de 1990 (RJA 7153), seguida en este punto con la R. de 21 de enero de 1991 (RJA 592); en contra de tal posibilidad, RAMS ALBESA, «La subrogación real en la sociedad de gananciales» RDN 1984, págs. 342 a 350.

⁴⁹ La posibilidad de que los cónyuges puedan transferirse con causa lucrativa y efectos *erga omnes* gananciales para sus respectivas masas privativas, pueda entonces, a través de este expediente, uno de ellos en solitario donar bienes anteriormente gananciales.

cia, ordena la nulidad⁵⁰, única explicación posible de la distinta sanción prevista para los actos a título gratuito y para los actos a título oneroso.

En definitiva, la diferencia de la posible sanción entre las distintas formas en que los cónyuges pueden intervenir en un acto estriba en que, será de aplicación el plazo de prescripción de la acción de 4 años a los supuestos en que un cónyuge actúa y al otro se le exige que se limite a prestar su conformidad al acto realizado por su consorte, tanto en los supuestos en que, el cónyuge que realiza el acto tenga capacidad de obrar (arts. 1376 y 1377 CC), como en los casos en que tiene limitada su capacidad de obrar (art. 324 CC), mientras que, por el contrario, no podrá sanarse el acto realizado por un cónyuge en solitario mediante la ratificación del otro; es decir, no existe, con carácter general, ni plazo para el ejercicio de la acción de nulidad, ni limitación de las personas legitimadas para ejercer la acción de nulidad, cuando se exija la concurrencia del consentimiento en el sentido de codisposición para los actos a título gratuito (arts. 1322.2 y 1378 CC).

V. LA INEFICACIA DE LOS ACTOS A TÍTULO ONEROSO

V.1. Naturaleza jurídica de la ineficacia: La anulabilidad como sanción general

Dentro de las normas del régimen matrimonial primario, el art. 1322 CC –de aplicación cualquiera que sea el régimen–, establece en su párrafo primero la eventual sanción de los actos de administración o disposición realizados unilateralmente por uno de los cónyuges en aquellos supuestos que la Ley requiera una actuación conjunta, o la de uno de ellos con el consentimiento del otro, sanción que no puede aplicarse de principio, sino como consecuencia de del ejercicio de la acción judicial de impugnación, ya que tales actos, salvo los casos de confirmación expresa o tácita, podrán ser anulados a instancia del cónyuge o de sus herederos, cuyo consentimiento se haya omitido. Esta norma es aplicable, de manera directa a los actos de administración o disposición a título oneroso sobre bienes gananciales

⁵⁰ Cfr. DE LA CÁMARA, «*La sociedad*», *cit.*, págs. 351 a 352, reconoce que «el legislador no está vinculado por criterios dogmáticos, y por consiguiente, puede, abstracción hecha de la naturaleza de la situación básica, ordenar la nulidad o la anulabilidad, pero cuando hace lo segundo es generalmente porque no estima necesaria la codisposición».

(arts. 1375 y 1377 CC) en los supuestos en que no se contempla una actuación individual (arts. 1381, 1384, 1385, 1386 y 1389 CC), incluso aunque uno de los cónyuges no tenga limitada su capacidad de obrar (art. 324 CC), pero también en aquellos supuestos en que no tratándose de bienes gananciales, de manera excepcional se exige la concurrencia de ambos consortes (art. 1320 CC).

Un número reducido de doctrinarios han discutido, en torno al párrafo primero del art. 1322, de si el legislador ha exagerado un poco al configurar el supuesto tal como lo ha hecho, se duda de que se trate de una verdadera anulabilidad; pues, el profesor GIMÉNEZ DUART⁵¹ que ésta ha estado siempre vinculada exclusivamente a los vicios de consentimiento o defectos o falta de capacidad (menores de edad, incapacitados) y, más concretamente dentro de los regímenes económicos, a la incapacidad de la mujer casada. Históricamente⁵², tal concepción técnica de la institución no parece correcta, ello, sin perjuicio de la dudosa calificación como incapaz de la mujer casada, incluso antes de la reforma de 1958⁵³, y su configuración como absolutamente capaz tras la reforma de 1975, a la luz de lo dispuesto en el art. 62.1⁵⁴; es decir, aun admitiendo que la anulabilidad de los

⁵¹ Crf. «*La adquisición*», *cit.*, págs. 327 a 329; asimismo con motivo de la reforma del art. 1413 en 1958, RODRÍGUEZ ADRADOS, «Disposición onerosa de inmuebles», *cit.*, pág. 210 sostenía que la facultad impugnatoria que se concedía a la mujer no podía configurarse como una acción de anulabilidad, «porque el acto celebrado por el marido sólo no adolece de ninguna falta de capacidad ni de ningún vicio del consentimiento».

⁵² Así nos lo recuerda DE LA CÁMARA en su obra «El nuevo artículo 1413», *cit.*, ADC, 1959, pág. 878, especialmente nt. 77, que recoge el supuesto de la impugnación de ventas de pisos o locales arrendados a precio superior al de capitalización o los supuestos contemplados en los derogados arts. 67 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁵³ Al respecto, LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, *cit.*, págs. 176 y ss., para quien «El sistema de licencia marital presupone, por su propia naturaleza, la condición de persona capaz en el sometido a este requisito...»; DE CASTRO, *Derecho civil*, *cit.*, II-1, págs. 254 y ss., especialmente pág. 264, donde puede leerse que «El art. 1301 separa la anulación del contrato hecho por la mujer casada (supuesto tercero) de la anulación del celebrado por menor o incapacitado (supuesto cuarto), ello, –y que la condición de la mujer casada no se basa en su incapacidad, ni tiene por objeto protegerla– hace que no se apliquen los art. 1304 y 1314»; DE LA CÁMARA en su obra «El nuevo artículo 1413», *cit.*, ADC, 1959, págs. 467 a 471, 878 y 879, ponía de relieve que ni la licencia marital ni el consentimiento de acusado paralelismo, «tienen por fin, remediar una situación de incapacidad» (pág. 469) y que la anulabilidad que afecta a los actos celebrados por mujer casada sin licencia del marido no tiene por fundamento una supuesta incapacidad (pág. 878).

⁵⁴ Analizando la evolución de la capacidad de la mujer casada en Derecho español y destacando que «hasta 1958 la mujer casada tenía serias limitaciones de capacidad que le impedía obligarse de modo muy riguroso». En dicho año se modificó el status de la mujer casada de manera tibia o como decía la exposición de motivos de la Ley

actos realizados por la mujer casada tuviese su origen histórico en la condición de incapaz de ésta⁵⁵ –de siempre destacado por la doctrina española y extranjera– su origen de ineficacia no se integra fácilmente en la anulabilidad derivada de la incapacidad. Así señala DE CASTRO⁵⁶ que «esta especial figura de anulación manifiesta el carácter de los límites impuestos a la capacidad de obrar de la mujer; no son para su protección (no es incapaz) ni existen prohibiciones legales (no hay acto ilícito), hay una protección de intereses patrimoniales (de valor económico) para el marido».

Otros exponentes legales de la actual anulabilidad son: –como lo indica GORDILLO CAÑAS– la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, art. 52 y 66, también sin afectar a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia (art. 66.2); la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que dispone que, ante la infracción de los requisitos de forma, establecidos en el precedente art. 3 de dicho texto, el contrato «podrá ser anulado a instancia del consumidor».

En definitiva, se concluye que las características que definen la anulabilidad no son de origen, sino que, precisamente sus peculiares respecto a la legitimación, plazo y confirmación, así como la forma de producirse la ineficacia que de ella se deriva en el caso de que el legitimado opte por impugnar; si bien es cierto que, como regla general, en Derecho español, cuando alguien necesita del consentimiento de otra persona para poder disponer de un derecho o de un bien, parece razonable admitir la analogía con la sanción establecida en el art. 1259, sin embargo, la realidad es que en los arts. 1301 y 1322 el legislador ha manifestado en este caso de acto a título oneroso reali-

24 de abril, «para liberar a la mujer de ciertas limitaciones en su capacidad», pero desde 1975 siguió la apertura y reconocimiento de los derechos de la mujer; desapareció el contenido del primitivo art. 61 y se proclamó en el art. 62 que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges.

⁵⁵ A la vista de un cuadro desolador que presenta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en su obra, *Derecho de la persona*, 1976, págs. 55 a 67, quizá no sea del todo incierto que la mujer, sobre todo, la mujer casada, en el momento de la promulgación del CC era considerada como «una auténtica incapaz» (pág. 62), que sólo el nuevo espíritu introducido en la Ley 25 de abril de 1958 ha permitido el afianzamiento de un sector de la doctrina que venía manteniendo la interpretación de aquel más favorable para la capacidad de la mujer»; *vit.*, también la STC, Sala 1^a, 159/1989, de 6 de octubre (BOE de 7 de noviembre de 1989, JCO, t. XXV, pág. (189 ss.), donde en su 5^o Fundamento de Derecho, y con motivo de analizar los derechos que a la esposa del arrendatario confiere la LAU de 1964, se destacan las limitaciones en el ámbito patrimonial que el régimen normativo de la familia establecía para la mujer casada, concluyendo que, tal «régimen legal... consagraba una situación de discriminación por razón de sexo, hoy proscrita por el art. 14 de la Constitución Española».

⁵⁶ Cfr. *Derecho civil, cit.*, II-1, pág. 259.

zado por un cónyuge sin el consentimiento del otro su posición de sancionarlo como anulable. Así lo ha estimado la jurisprudencia en interpretación y aplicación de dichos artículos (STS de 6 de octubre de 1988 –RJA 7387–⁵⁷), y una gran parte de la doctrina⁵⁸, siendo esta forma de ineficacia disponible y tuitiva la que mejor se corresponde con el supuesto contemplado posteriormente, considerando, el legislador que el único interés protegible es el del cónyuge cuyo consentimiento se omitió⁵⁹.

La asimilación a lo dispuesto en el art. 1259 es perfectamente justificable a falta de un precepto legal expreso que como en el caso de la sociedad de gananciales, establezca una sanción específica distinta –en nuestro supuesto, la anulabilidad– si analizamos el tipo de ineficacia que afecta a la transferencia de acciones de la sociedad anónima sin contar con el preceptivo consentimiento de la Sociedad, cuando este consentimiento sea exigible conforme a los estatutos sociales, supuesto similar al previsto en el art. 1322, en tanto que tampoco el consentimiento de la sociedad supone que la misma sea parte en el

⁵⁷ Vit. STS de 6 de octubre de 1988 (RJA 7387) en la que se afirma que «nadie niega que la falta de “consentimiento uxoris” puede provocar la anulabilidad del contrato», con mención de la S. de 25 de mayo de 1987 (RJA 3582), citadas ambas en igual sentido por la S. de 7 de junio de 1990 (RJA 4741); en la misma dirección, SSTs de 22 de junio de 1991 (RJA 5408), 26 de marzo de 1992 (*La Ley*, 12.437/1992) y 4 de mayo de 1992 (RJA 3983).

⁵⁸ Actualmente se manifiestan a favor de la consideración de los actos de disposición a título oneroso de bienes gananciales distintos de los mencionados en el art. 1384 llevados a cabo por un cónyuge como actos anulables, aunque, como se verá poco después se refiere a un acto in oponible o inexistente frente al cónyuge que no consistió entre otros tantos: ALBALADEJO, *Curso...*, cit., IV, pág. 162; DÍEZ PICAZO, *Comentarios Tecnos*, cit., II, pág. 1509; LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, cit., IV-1, págs. 287, 289 y 462; RAMS ALBESA, *La sociedad*, cit., págs. 210 y 288, inclinándose por la inoponibilidad en págs. 290 y 292; DE LOS MOZOS, *Comentarios Edersa*, cit., XVIII-1, pág. 142; PEÑA BERNALDE DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, cit., pág. 176; DE LA CÁMARA, «Actos de disposición», cit., pág. 191.

⁵⁹ Cfr., por distintas razones y partiendo de diferentes principios, defienden la solución adoptada por el legislador, LACRUZ BERDEJO, *La reforma del Derecho*, cit., I, pág. 18, que señalaba, comentando el art 1322 del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, inalterado en este punto por el texto legal, que «la sanción de la anulabilidad es congruente con la tutela de los intereses de la familia, consiguiendo que corresponda sólo a la persona investida del poder de valorar la oportunidad o no de impugnar el acto»; DÍEZ PICAZO, *Comentarios Tecnos*, cit., II, pág. 1509, para quien, aunque mantiene que la intervención de los dos cónyuges supone necesariamente siempre codisposición, «no debe irse a la nulidad radical y absoluta, que permitiría la protección de otro tipo de intereses»; DE LOS MOZOS, *Comentarios Edersa*, cit., XVIII-2º, pág. 366, quien señala que «el utilizar cualquier otro criterio hubiera sido todavía más problemático, en orden a sus efectos y desde luego, menos adaptado a la situación de los cónyuges en la comunidad de gananciales y a la naturaleza del consentimiento dual»; GORDILLO CAÑAS, «nulidad, anulabilidad», cit., pág. 352 y más extensamente en «Actos de disposición», cit., págs. 191 a 232.

negocio dispositivo, pues, cuando la transmisión de acciones se ha verificado sin el consentimiento de la Sociedad, la sanción correspondiente a dicho acto es la ineficacia prevista en el art. 1259, lo que resulta corroborado, porque la sociedad no necesita ejercitar ninguna acción impugnatoria, siendo suficiente que se niegue a inscribir la transferencia en el Libro registro de acciones nominativas, mientras que, por el contrario, ante lo dispuesto en el art. 1322, entiende que sobre el alcance de su sanción –anulabilidad– no cabe dudas.

En el supuesto contemplado en el art. 1322.1, el legislador de 1981 ha optado por establecer una sanción –anulabilidad– que puede ser incluida dentro del grupo de anulabilidades «de protección⁶⁰», expresión afortunada de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, que agrupa dentro de la referida categoría a ambos supuestos de anulabilidades: la del cónyuge, dirigida a proteger a la familia del autor del acto anulable y, el supuesto de actos realizados por el prodigo, que tras la reforma de 1983, no es un incapaz, al menos *lege data*⁶¹, que sean de los que no puede realizar por sí sólo en función de lo que determine la declaración judicial, actos que son también anulables como dispone el art. 293 CC y, pueden ser objetos de impugnación o, en su caso, confirmados por el curador, incluso por el mismo pródigo; lo cual resulta vacío la remisión que el mismo art. 293 efectúa a los art. 1301 y ss. que referidos a la incapacidad y a la tutela deben ser reformados para adaptarlos a la nueva regulación de la prodigalidad y a la institución de la curatela

⁶⁰ CLAVERÍA GOSÁLBEZ *La confirmación, cit.*, pág. 129, que agrupaba dentro de la categoría, ambos supuestos de anulabilidades: la del cónyuge, encaminada a proteger a la familia del autor del acto anulable, la del pródigo, a los herederos forzosos del pródigo, calificación que resulta más homogénea después de la Ley de 24 de octubre de 1983, pues, si con arreglo a la legislación anterior, se podía mantener que la prodigalidad era una institución de protección a la legítima, siendo únicamente los legítimos los que podían solicitarla, y los únicos que podían impugnar los actos del pródigo (Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La prodigalidad como institución de protección a la legítima» RDP, 1978, pág. 253), por el contrario, en la actualidad, después de la reforma de 1983, queda fuera de toda duda la similitud de la prodigalidad con la finalidad protectora de los art. 1322 y 1301 respecto de la anulabilidad de los actos realizados por un cónyuge, pues en ambos casos se trata de instituciones de protección a la familia.

⁶¹ A la entrada en vigor de la reforma de 1983, frente a la previsión de la tutela para los incapacitados (art. 222/2) por las causas que la Ley establece (arts. 199 y 200), se reserva la curatela, entre otros, para los pródigos, no incluidos entre las causas de incapacitación circunscrita al ámbito estrictamente patrimonial (arts. 286/2 y 298) en congruencia con el declarado pródigo como persona capaz, si bien con capacidad restringida, lo que había sido propugnado antes de la reforma por un sector doctrinal (DÍEZ PICAZO, *Comentarios Edersa, cit.*, I, 1978, pág. 826; para el derecho vigente, SANCHO REBUDILLA, *Tutela e Instituciones en LACRUZ*, «El nuevo régimen de la familia», III, 1984, pág.144).

Sin ánimo de polemizar ni de profundizar en el tema de prodigalidad, pues a los efectos del presente trabajo nos resulta suficiente con poner de manifiesto cómo es, desde 1983 una institución alejada de la incapacidad, sin perder de vista la aguda crítica más que solución jurídica que realiza un grupo de doctrina que inclina por considerar al pródigo como un supuesto de limitación de capacidad de obrar.

Evidentemente, tanto en el caso del cónyuge como el del pródigo después de la Ley de 24 de octubre de 1983, la sanción de anulabilidad no resulta ya de la incapacidad, sino de la falta de poder dispositivo suficiente, o en su caso, de la falta de legitimación, más concretamente en el caso del cónyuge, de la necesidad de que cada uno de los esposos cuente con el consentimiento de su consorte, por imperativo legal o autorización judicial, aun con poder dispositivo suficiente por sí sólo con carácter general. Se trata de un supuesto de anulabilidad o ineficacia que puede caracterizarse no porque se derive de la falta de un requisito de eficacia legal que opera *conditio iuris*, sino simplemente, con más acomodo a los datos legales vigentes, porque la falta de este requisito no priva al acto de efectos, sino solamente lo hace impugnabile por el otro cónyuge o sus herederos. De la misma manera, en este supuesto de anulabilidad ex art. 1322 –y no en el contemplado en el art. 293 en que la facultad anulatoria se confiere al pródigo– la posibilidad de impugnación, o en su caso, la confirmación del acto, no procede de una parte de negocio anulable o de aquellas personas que han de suplir o complementar la falta de plena capacidad de obrar, sino que se reserva a un tercero no contratante, ni obligado por el contrato, ajeno, en principio al mismo.

Como han puesto de relieve DELGADO ECHEVERRÍA⁶² y DOMINGO BELLO⁶³, que los supuestos inicialmente contemplaban los artículos 1301 y ss. ya configuran una anulabilidad relativamente atípica; sin embargo, no puede concluirse ausencia de verdaderas anulabilidades, en tanto que, como en todas las demás causas de anulabilidad, la legitimación para impugnar o confirmar se confiere a unas

⁶² Cfr. LACRUZ, *Elementos, cit.*, II-2, pág. 363, donde pone de manifiesto cómo asimismo el legislador olvida en el art. 1302 que la violencia o intimidación son relevantes también cuando las empleó un tercero que no intervino en el contrato (art. 1268) y que el error ha podido no ser de co-contratante y *Comentarios Ministerio, cit.*, II, pág. 549; en el mismo sentido, DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 598, nt. 97.

⁶³ Cfr. DOMINGO BELLO JANEIRO, *La defensa..., cit.*, págs. 83, señalando que todas las características de sanción devenidas con la reforma de 1983, «configuran una anulabilidad relativamente atípica, distinta a los supuestos que inicialmente contemplaban los artículos 1301 y ss. del CC y que constituyen un cuerpo anómalo, atípico, peculiar o extraño en el sistema».

personas determinadas durante un plazo de 4 años y con los efectos destacados en el art. 1303, a parte de que así las denomina implícitamente el propio legislador en los artículos 293 y 1322, con las jurisprudencia expansiva⁶⁴ de los supuestos de anulabilidad fuera de la sede del art. 1300 y ss. a contratos con defectos o vicios al margen de los previstos en el art. 1265 CC. Pues, la polémica doctrinal planteada últimamente ha motivado eludirse a la pretendida relación jerárquica de supra-subordinación en términos de regla-excepción-especialidad entre nulidad-anulabilidad como así lo determina BELLO JANEIRO, una vez aceptada esa jurisprudencia expansiva, se sabe, sobradamente que, en aquellos supuestos en los que el legislador emplea ese nombre anulabilidad, como acontece en los arts. 293 y 1322 se refieren a la ineficacia que establece su sanción «anulabilidad», no siendo fácilmente defendible, como se ha dicho anteriormente, que el legislador a estas alturas ignore el alcance jurídico de los términos que utiliza, así como las consecuencias jurídicas que de este modo establece.

A mi entender, en todo ello, carece de trascendencia práctica precisar si la anulabilidad es la regla, como lo señaló GORDILLO CAÑAS para el ámbito de los contratos, o si, por el contrario los supuestos de anulabilidad tienen cierto carácter restringido, en palabras de DE CASTRO⁶⁵, o excepcional, como defiende DELGADO ECHEVERRÍA⁶⁶, o si la anulabilidad es un régimen especial de nulidad como así precisa JORDANO FRAGA⁶⁷. Resulta indiferente la posición que se mantenga, y, que puede ser mero ejercicio teórico, tanto establecer esquemas conceptuales entre los dos regímenes de ineficacia típicos –nulidad y anulabilidad– válidos para decidir la adscripción de supuestos dudosos, sin que se precise cual es el criterio más adecuado que el legislador debió de adoptar para establecer la sanción correspondiente, sobre todo, si se tiene en cuenta que, además, aparezcan todos los elementos señalados por la doctrina como constitutivos de la anulabilidad, como puede ser, desde el punto de vista del interés tutelado, lesionado como consecuencia de la irregularidad padecida por el negocio (interés pri-

⁶⁴ Destaca más la STS, de 9 de enero de 1983 (RJA 398), comentada por DELGADO ECHEVERRÍA, CCJA, n. 1, págs. 13 y ss., que constituye el punto de arranque y también el punto final del trabajo de GORDILLO CAÑAS, «Nulidad», *cit.*, págs. 936 y 983.

⁶⁵ DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 468

⁶⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos, cit.*, II-2, págs. 350 y 351; LACRUZ BERDEJO, *Elementos, cit.*, I-3, pág. 275.

⁶⁷ JORDANO FRAGA, en *Falta absoluta de consentimiento, cit.*, págs. 20, insiste en que la anulabilidad es un régimen especial de ineficacia o de nulidad, dispuesto por la Ley para el caso de contravención, en lugar de la nulidad, al amparo del art. 6/3 del CC., que se caracteriza por sus peculiaridades de régimen jurídico: legitimación, plazo, confirmación.

vado), siendo el punto de diferencia entre la nulidad y anulabilidad, precisamente en su ámbito de actuación; es decir, relativo al bien jurídico protegido desde el punto de vista técnico consistente en diferenciar ambas sanciones en función del mecanismo para hacer valer la ineficacia como pusieron de relieve DE CASTRO⁶⁸ y actualmente DELGADO ECHEVERRÍA⁶⁹ y JORNADO FRAGA⁷⁰.

Ahora bien, siguiendo las indicaciones de estos últimos autores, es que, sin duda, en ningún caso puede admitirse que los actos celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro, siendo aquello exigido por la ley, sean anulables por ser contrarios a una norma dispositiva, sino antes bien, el art. 1322 en concordancia con el 1301, en tanto que sancionadores de la anulabilidad, no son dispositivos, pues, la eficacia sancionatoria prevista en ambos artículos es preceptiva, imperativa, inderogable y no puede ser excluida por la voluntad privada, como lo ocurre con la sanción de nulidad en los arts. 6.3, 1322.2 o 1378 todos del CC, sin que esta conclusión pueda distorsionar en modo alguno la posibilidad de confirmación por parte del cónyuge preterido, viable, precisamente por haber sido prevista en ese régimen inderogable y, por ello subordinada a los presupuestos legales establecidos en los artículos 1309 a 1313 CC.

En este caso, al menos el apuntado anteriormente, no es cierto que el criterio del interés público o privado, necesariamente haya de estar conectado con el carácter de la norma sancionadora –dispositiva o imperativa– como parece, en la deducción de GORDILLO CAÑAS⁷¹ y de la STS de 17 de febrero de 1992⁷², lo que demuestra una vez más que, tanto la nulidad como la anulabilidad, no son categorías abstractas vinculantes para el legislador, sino resultan, el único medio seguro para determinar el régimen sancionador en cada

⁶⁸ DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 468.

⁶⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos, cit.*, II-2, págs. 350 y 351; LACRUZ BERDEJO, *Elementos, cit.*, I-3, pág. 275.

⁷⁰ JORDANO FRAGA, en *Falta absoluta de consentimiento, cit.*, pág. 20, insiste en que la anulabilidad es un régimen especial de ineficacia o de nulidad, dispuesto por la Ley para el caso de contravención, en lugar de la nulidad, al amparo del art. 6/3 del CC., que se caracteriza por sus peculiaridades de régimen jurídico: legitimación, plazo, confirmación.

⁷¹ GORDILLO CAÑAS, «Nulidad, anulabilidad», *cit.*, pág. 979, estima que «la nulidad es la sanción del acto contrario a norma imperativa o prohibitiva; de norma imperativa en el sentido más propio y reforzado de la expresión: la dirigida primario y directamente a la salvaguarda del interés general.

⁷² STS de 17 de febrero de 1992 (RJA 1259), en la que se afirma que «la nulidad de los actos contrarios a la ley requiere que la norma infringida sea imperativa o prohibitiva, siendo entonces su efecto la nulidad de pleno derecho, si aparece claro el carácter coactivo o prohibitivo de la ley...».

caso, precisamente, en derecho positivo, tanto los contratos nulos de pleno derecho como los anulables, lo son por contradecir normas imperativas, siendo la diferencia que el legislador establece para el supuesto de contravención un efecto distinto que excluye la aplicación del art. 6.3 del CC.

Visto todo, lo que acontece sobre el tipo de ineficacia correspondiente a los actos de administración o disposición, a título oneroso, realizados por un cónyuge en los casos en que es requerido por la Ley el consentimiento de su consorte, ahora procede examinar, siguientemente, cuáles son las características fundamentales de la sanción de anulabilidad que constituye el primer medio de defensa que el CC confiere al cónyuge preterido.

V.2. El ejercicio de la acción de anulabilidad

V.2.A. Legitimación procesal

La *legitimación activa* para impugnar el negocio a título oneroso realizado por el cónyuge en solitario cuando la intervención del otro es exigida por la ley o por capítulos, se confiere sólo al cónyuge preterido y, en caso de que éste fallezca antes de transcurso del plazo de 4 años que estipula el art. 1301 *in fine*, la misma, se confiere a sus herederos.

Puesto que, en cualquier caso, la acción para pedir la anulación del acto, es única; por lo que respecta a tales herederos, habrán de considerarse legitimados los herederos testamentarios o *ab intestato*. La Ley no distingue, y aunque en estos herederos coincida la doble condición de herederos también del esposo contratante, tampoco habla de una acción a favor del cónyuge y otra a favor de los herederos, de tal modo que, si el esposo preterido ejercitó la acción de anulabilidad y, a su muerte la cuestión estaba pendiente de resolver, los herederos sólo pueden continuar en el ejercicio de la acción iniciada, aunque nazca un nuevo plazo del art. 1301 a su favor; por lo mismo, tampoco puede estimarse que cada heredero le corresponde una acción distinta de la de su coheredero.

Por lo que, el cónyuge contratante no puede ejercer la acción de anulación, ni siquiera a indicación de su consorte, ni aunque sea heredero del cónyuge preterido⁷³, ni tampoco a sus herederos, aunque

⁷³ En este punto, no resulta ocioso plantearse la posibilidad de que el cónyuge actuante sea heredero del cónyuge preterido que ha fallecido sin que transcurriese el

sean forzosos, ni a su fiador, a pesar de la letra del art. 1302, ni a la persona a quien contrató como lo ha venido reconociendo la jurisprudencia, cito: SSTs de 19 de octubre de 1984 (RJA 4902), 2 de julio de 1985 (RJA 3638), 5 de mayo de 1986 (2340), 25 de mayo de 1987 (RJA 3582), 20 de febrero de 1988 (RJA 1073), 26 de junio de 1989 (RJA 4783), 12 de febrero, 17 de abril y 7 de junio de 1990 (RJA 679, 2721 y 4741), 22 de julio y 25 de noviembre de 1991 (RJA 5408 y 7978).

El cónyuge contratante, no puede, en consecuencia, pedir la anulación del acto consumado por falta de consentimiento ni excusar el cumplimiento del contrato por esta causa⁷⁴, ni tampoco el *cocontratante* puede ejercitar la acción de anulabilidad ni negar al cumplimiento del contrato por faltar el consentimiento del otro consorte; todo ello, sin perjuicio de que, quien ha sido parte en el contrato anulable por falta de intervención del cónyuge preterido pueda o no ostentar una posible acción de impugnación por concurrencia de la existencia de un contrato anulable.

Por lo que respecta a los terceros interesados, a los que puede perjudicar el negocio anulable, tampoco pueden considerarse legitimados para impugnar el negocio, pero si bien, a la vista de algunas declaraciones jurisprudenciales, tal afirmación pudiera revelarse como más problemática. Más perplejidad, a este respecto, produce la sentencia de 15 de diciembre de 1989⁷⁵ que, referida en concreto a la anulabilidad, significativamente a la que se produce como consecuencia de la realización de actos dispositivos efectuados sin el consentimiento de uno de los cónyuges, llega a afirmar que, «el tercero de buena fe podría invocar esa nulidad en defensa de sus intereses que le

plazo de impugnación y sin haber confirmado el acto. Si es heredero único, se produce una confusión plena de derechos y no podrá impugnar el negocio jurídico por ir contra sus actos, no siendo necesario tampoco ningún acto formal de confirmación; si el cónyuge disponente es uno de los coherederos del cónyuge preterido, aquel no podrá ejercitar la acción de impugnación, pero ello no salva la necesidad de confirmación o de la no impugnación por éstos.

⁷⁴ Conforme al derecho derogado, DE LA CÁMARA, «El nuevo art. 1413» ADC 1959, págs. 866 y 867, mantuvo que el marido podía oponer a la acción de la contraparte, que le reclama el cumplimiento del contrato, la propia limitación de sus poderes dispositivos, concluyendo que «no parece que el juez, si el marido alega la falta de consentimiento de su mujer, pueda condenarle a la consumación de un acto que no ha reunido todos los requisitos legales para su validez» pues «el cumplimiento del contrato se exige de quien no es titular de la acción de impugnación, por lo que es razonable que el juez, si se pone de releve en el proceso el defecto de que adolece el acto, se niegue a ordenar la consumación de un contrato a consecuencia de un procedimiento en que no ha sido parte la mujer».

⁷⁵ RJA 8836.

fuera propios», en igual sentido la STS de 12 de febrero de 1990⁷⁶, en la que también ante un acto de disposición por uno de los cónyuges, se declaran que pueden ejercitar «la esposa... o los terceros perjudicados la oportuna acción de nulidad relativa o anulabilidad, a tenor de los arts. 1300, 1301 y 1302 CC; con ello, no puede entenderse de que los acreedores de la sociedad de gananciales o del cónyuge preterido o cualquiera terceros de buena fe pueda o deban solicitar el embargo del bien enajenado, pues, en tanto no se declare judicialmente la ineficacia, el negocio produce plenos efectos, ni tampoco puede admitirse que estén facultados para *subrogarse* en el ejercicio de la acción que, corresponde en exclusiva al consorte preterido según el art. 1322.1 CC.

En efecto, la acción de anulabilidad debe reputarse intransferible («sólo cuando lo pida y si lo pide éste» –el cónyuge preterido– en sede de la jurisprudencia) en tanto que la Ley se la conceda personalmente para evitar los perjuicios que para sus intereses en la sociedad de gananciales pudieran derivarse del acto realizado por su consorte sin su consentimiento⁷⁷. Aunque se entienda que no es de las acciones inherentes a la persona que el art. 1111 del Código civil excluye como objeto de la acción subrogatoria, pero, lo cierto es que el legislador manifiesta su intención de que, sólo el consorte preterido –al que protege la acción de anulabilidad– es el facultado para valorar la conveniencia y oportunidad de impugnar el contrato llevado a cabo en solitario por el otro consorte, sin perjuicio de que, en definitiva, siempre le quedaría al consorte preterido la facultad de confirmar el acto, como señaló DELGADO ECHEVERRÍA⁷⁸, de tal modo que la afirmación de la sentencia de 15 de diciembre de 1989, sólo puede entenderse en el sentido de que, en determinadas circunstancias, que la posibilidad de impugnación del acto corresponde exclusivamente al esposo no contratante.

Algo distinto es que, estimándose que la confirmación por el cónyuge preterido, ante la subrogación del acreedor en el ejercicio de la acción de anulación supone un fraude a los legítimos derechos de este

⁷⁶ RJA 679, que para un supuesto de falsedad en la causa, y después de reproducir el contenido del art. 1302 CC, considera que la legitimación activa para instar la anulación puede extenderse «a aquellas personas a quienes la obligación cause un perjuicio notorio».

⁷⁷ Así, la STS de 22 de marzo de 1965 (RJA 1904), niega al tercero la facultad de anular el contrato celebrado por la mujer sin autorización o licencia de su esposo, puesto que «esta anulabilidad únicamente puede ser instada por el marido o por sus herederos» si perjuicio de extenderse, sobre los límites del derogado art. 4.

⁷⁸ Cfr. *Comentarios Edersa, cit.*, XVIII-2, pág. 281; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación, cit.*, págs. 140 y 141.

último, pueda entonces, el acreedor si carece de otro medio legal y demostrando que el cónyuge deudor no posee otros bienes para satisfacer lo que le debe⁷⁹, interponer con éxito una acción revocatoria de los arts. 1111, 1291 y 1297.2 frente a la confirmación del cónyuge preterido⁸⁰ a los efectos de mantener la anulación del acto realizado por el otro consorte y recuperar el bien, aun cuando propiamente no sea el mismo supuesto fáctico.

La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985⁸¹, declara la rescisión por fraude de la venta hecha por el marido a su hija con anterioridad a la notificación de un mandamiento de embargo de los bienes defraudados, considerando el TS la venta ficticia al no existir precio cierto; de igual modo, la STS de 11 de noviembre de 1987⁸² concede la rescisión solicitada por la Entidad acreedora de las compraventas realizadas por los maridos deudores para sus respectivas sociedades de gananciales por haberse llevado a cabo en fraude de acreedores y asimismo la STS de 27 de noviembre de 1991⁸³, declaró que la renuncia que el marido hizo de su cuota legal de gananciales a favor de sus hijas fue realizada en fraude de acreedores.

No obstante, conviene apuntar que la contraparte podrá oponer a dicho acreedor, en la circunstancia anteriormente señalada, que ejercita la acción de anulación, las mismas excepciones que hubiera podido esgrimir frente al deudor ante la anulación por el esposo preterido, en particular, el derecho de retención hasta que se le abone lo que entregó a cambio del bien indebidamente enajenado, produciéndose entonces una concurrencia entre la contraparte por su crédito hasta que se le devuelva lo que satisfizo y el acreedor del cónyuge preterido que ejercitó las acciones subrogatoria y pauliana.

⁷⁹ En tal sentido, habla: STS de 15 de febrero de 1986 (RJA 681), otras SSTS de 30 de enero de 1986 (RJA 338) y de 18 de julio de 1991 (RJA 5399), con amplia referencia jurisprudencial sobre la innecesaria, para la viabilidad de la acción rescisoria por fraude, de la previa declaración de insolvencia del deudor en juicio previo, considerando suficiente que por el conjunto de la prueba se estime que el contrato se celebró en fraude de acreedores.

⁸⁰ Sobre la posibilidad de que un acto confirmatorio sea revocado en virtud del ejercicio de la acción pauliana, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación, cit.*, págs. 280 a 282.

⁸¹ RJA 2006, el TS acepta la conclusión de la Sala *a quo* de deducir de la venta del padre a la hija la ausencia de precio y la existencia única de una realidad documental y formal en el otorgamiento de la escritura de venta, pues la hija del vendedor aparece como compradora, era soltera, estudiante de 19 años de edad, había sido emancipada por su padre 17 días antes, no tenía, ni había desempeñado con anterioridad empleo alguno retribuido, vivía bajo dependencia de sus padres y nunca había enajenado bien alguno de que fuera titular por herencia, legado o donación...

⁸² RJA 8369.

⁸³ RJA 8493.

Por lo que se refiere a la *legitimación pasiva* en el ejercicio de la acción de anulabilidad, el cónyuge que no prestó el consentimiento o, en su caso, sus herederos, deberán de ejercitar la misma contra el cónyuge contratante, o fallecido éste, contra sus herederos, y contra la contraparte, así como, contra los terceros adquirentes que ésta traigan causa, para que la sentencia produzca efectos *erga omnes*, pues no es posible decretar la nulidad de un actos sin haber oído a cuantos dieron lugar a su nacimiento, colaboraron o intervinieron en él y puedan tener interés en mantener su validez⁸⁴.

VI. EL PLAZO DE EJERCICIO DEL ART. 1301 CC

VI.1. Cómputo del plazo

La segunda característica del derecho de impugnación, se refiere a la duración del plazo para poder ejercitar la acción contra el acto anulable. Al respecto, el art. 1301 del CC –redacción dada por la Ley 2 de mayo de 1975, inalterado en la reforma de 13 de mayo de 1981– resuelve las dudas que, hasta 1975 se había planteado la doctrina con arreglo al anterior art. 1301 en relación al derogado art. 1413, aclarando que, al igual que sucede en todos los casos de anulabilidad, la acción «solo durará cuatro años» y señalando en su párrafo último un doble día desde el cual se empieza a contar el plazo: uno, que es, como regla general, el *sistema de disolución* de la sociedad conyugal o del matrimonio, incluso, en determinados casos, de la separación de hecho aún no acreditada judicialmente; otro que es el día en que se hubiese tenido *conocimiento suficiente* de dicho acto o contrato de disposición, lo que deberá ser probado por quien lo invoque y, en consecuencia, oponga la prescripción, pues, el hecho de que el plazo comience a partir del conocimiento constituye la excepción a la regla general.

En cuanto al *sistema de disolución*, admitido como el *primer sistema de cómputo*, similar al que señalaba el art. 1301, que cifraba el día inicial, respecto de los actos realizados por mujer casada sin licencia marital en la disolución del matrimonio, se establece un plazo

⁸⁴ Véase STS de 13 de mayo de 1992 (RJA 3983) en la que la esposa cuyo consentimiento se omitió en la venta del bien ganancial solicitó la anulación del contrato de compraventa demandando a su marido vendedor y al comprador; con carácter general la STS de 2 de septiembre de 1991 (RJA 6042) declara que «en las acciones de nulidad de relaciones contractuales o en que se demanden derechos que conlleven tal nulidad o la presupongan, han de estar presentes los directamente perjudicados por la declaración suplicada».

máximo que actúa con independencia del segundo, extinguiendo la acción respecto del cónyuge preterido o, en su caso, sus herederos, independientemente de que se haya tenido conocimiento o no del acto, como máxima garantía para el cónyuge cuyo consentimiento se omitió, y con la posibilidad de que la acción prescriba antes; es decir, si han transcurrido 4 años desde que el cónyuge preterido tuvo conocimiento del acto en cuestión, la regla general es subsidiaria de la especial en el sentido de que sólo será de aplicación ante la falta de prueba de conocimiento.

Pues, teniendo en cuenta las necesidades e importancia de toda una comunidad de vida, así como, la intimidad de la relación que une a los cónyuges, lógicamente, el plazo de 4 años resulta excesivo, toda vez que, la seguridad de la contratación y el tráfico, necesariamente exigen una reacción relativamente rápida por parte del cónyuge preterido, sobre todo cuando no está de acuerdo con la actuación de su consorte. En el ámbito del derecho comparado, este plazo es razonablemente más breve⁸⁵, por eso, quizá sea la razón por la que la jurisprudencia, sentada al efecto en Derecho español, lo configura como plazo de prescripción, susceptible, por tanto, de interrupción.

En cuanto al *sistema de conocimiento suficiente*, como segundo sistema de cómputo dispone que el *dies aquo* de los cuatro años comienza desde que se haya tenido conocimiento suficiente del acto, lo que constituyó una acertada novedad de la reforma de 1975 con el fin de evitar la connivencia dolosa entre los cónyuges en perjuicio de sus acreedores, así como el de eliminar el peligro evidente que para la seguridad jurídica implicaba mantener como único criterio, el sistema tradicional que suponía que la facultad de de impugnación per-

⁸⁵ Así, el art. 1424 del *Code civil Français* señala que si uno de los esposos ha sobrepasado sus poderes sobre los bienes comunes, el otro puede pedir la anulación, salvo que haya ratificado el acto, durante *dos años* desde que tuvo conocimiento del acto, sin que pueda ser intentada la acción después de los dos años posteriores a la disolución de la comunidad; El art. 184 del *Codice civile Italiano* establece que los actos realizados por un cónyuge sin el necesario consentimiento del otro, y no convalidados por éste, son anulables si recaen sobre bienes inmuebles o sobre bienes registrables, durante un año desde que tuvo conocimiento del acto, y, en todo caso, dentro de un año desde la fecha de la inscripción no pudiendo ser intentada la acción después de transcurrido un año desde la disolución de la comunidad, si el acto no ha sido inscrito o no se tuvo conocimiento del acto durante la vigencia del régimen económico; El art. 1423 del *Código civil Belga* dispone que la acción se interponga en el plazo de un año desde el día en que se tuvo conocimiento del acto, disponiendo que, si el actor muere antes de que prescriba la acción, sus herederos disponen de un año desde el fallecimiento; El art. 1687 del *Código civil Portugués*, impone la sanción de anulabilidad, solicitable en el plazo de seis meses desde que se tuvo conocimiento del acto, y nunca después de tres años desde su celebración.

maneciera latente durante un período de tiempo indefinido, cuya existencia ya había sido mantenida con anterioridad antes de la consagración de la mejor doctrina mantenida legal por LACRUZ BERDEJO⁸⁶ y DE LA CÁMARA⁸⁷, habiendo sido aceptada por la Jurisprudencia⁸⁸, basada en el art. 1413 del CC, cuando sólo refería a la posibilidad del ejercicio de la acción de impugnación de los actos de disposición del marido en fraude de la mujer.

En relación a este segundo medio de cómputo se requiere un breve análisis de su encrucijada con el art. 1301, con respecto de los requisitos objetivos y subjetivos que se establecen, y para ello surgen los siguientes interrogantes: ¿qué tipo de conocimiento? y ¿quién ha de tener conocimiento? Con referencia al primero, se refiere al conocimiento del acto de disposición realizado por el cónyuge actuante que posibilita el ejercicio de la acción de impugnación; y, para el segundo, sólo se refiere a un sujeto individual (el cónyuge cuyo consentimiento se omitió) no en plural (hubiesen..), aludiendo, entonces, al cónyuge preterido y sus herederos, de tal modo que, el conocimiento por los herederos y no por el cónyuge preterido, no afecta al plazo de la acción, que comenzará a contarse, en este caso conforme a la regla general, desde la disolución del matrimonio o de la sociedad.

Tal y como ocurre, eso en el *Codice civile* (art. 2941.1), sobre la suspensión de la prescripción de la acción de anulabilidad entre cónyuges, es evidente que ello no puede ocurrir en el sistema español, ante la dicción del art. 1301.5 del CC que establece el inicio del cómputo para el ejercicio de la acción o del derecho desde el momento que haya habido conocimiento del acto o contrato realizado por un cónyuge en solitario, con independencia de la existencia o no del vínculo matrimonial.

El art. 1301, establece, con relación al segundo de los aspectos anteriormente mencionados, que el conocimiento del acto o contrato ha de ser «suficiente» a los efectos del inicio del plazo, lo cual, habrá de ser determinado por el Juez para considerarse relevante como

⁸⁶ Crf., LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía, cit.*, pág. 217, que mantenida bajo la vigencia del viejo art. 1301, que los cuatro años debían de contarse desde que el marido conoce la celebración del acto impugnado, siendo el cómputo de 4 años desde la disolución del matrimonio un plazo máximo, que no excluye que la acción caduque antes, en el supuesto de que hubieran transcurrido cuatro años desde que el marido tuviese conocimiento del acto en cuestión.

⁸⁷ Crf., DE LA CÁMARA, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», ADC., 1959, pág. 300, nt. 224 y «Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada», *cit.*, pág. 117, nt. 24.

⁸⁸ Las SSTs de 17 de abril de 1950 (RJA 991) y 25 de mayo de 1956 (RJA 2440).

cuestión de hecho que es, a la vista de las pruebas presentadas por quien lo alegue. Por tanto, salvo negligencia por parte del cónyuge preterido, el conocimiento será «suficiente» el que tenga, alegue el consorte preterido, por cualquier medio o causa; puesto que la Ley no exige más requisitos, de un acto realizado por un cónyuge sobre bienes gananciales, con noticia al menos de sus elementos determinantes o de las circunstancias que influyan, así como de la identidad del *cocontratante*, es más que suficiente, tal como aprecia el T.S. con ocasión de interpretar el plazo de 9 días establecido en el art. 1524 CC., concede para ejercitar el derecho de retracto legal, cuyo *dies aquo* comenzará, según prescribe dicho precepto «desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta», exige que para que dicho conocimiento determine el inicio del plazo, éste ha de ser completo, cumplido y cabal, comprensivo de las condiciones que tiene significación económica en la transacción, con notoria exactitud de todos los extremos de la transmisión que le interese y, no bastando ciertas referencias a la misma o datos incompletos de sus condiciones⁸⁹; no obstante, ante las dificultades probatorias conviene preconstituir dicha prueba mediante notificación fehaciente del cónyuge actuante a su consorte del acto o contrato realizado sin consentimiento.

VI.2. Naturaleza jurídica del plazo: caducidad o prescripción

Para hablar de la naturaleza jurídica del plazo de impugnación, corresponde analizar si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción, siendo en este punto especialmente relevante definir el carácter de la acción de impugnación, a la luz de doble configuración defendida por el maestro DE CASTRO, declarativa y restitutoria que resuelve, sin duda, sobre si la impugnación puede alegarse mediante excepción.

La cuestión data desde el Código de 1889, si bien el argumento de interpretación literal de los términos empleados por el legislador de entonces, no fue decisivo para calificar cuando tal o cual plazo sea de prescripción o de caducidad; pues, la introducción de tal distinción

⁸⁹ SSTs de 9 de febrero de 1984 (RJA 1128), 12 de diciembre de 1986 (RJA 7436), 21 de marzo y 30 de octubre de 1990 (RJA 1716 y 8268) y 20 de mayo de 1991 (RJA 3773); en la doctrina DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema, cit.*, III, . 595; LACRUZ BERDEJO/RAMS ALBESA, *Elementos, cit.*, III-2, pág. 447; ALBALADEJO, *Derecho civil, cit.*, III-2, pág. 360; asimismo se requiere un conocimiento completo para el comienzo del cómputo previsto en el art. 88 LAR, según han destacado las SSTs de 20 de mayo de 1981 (RJA 2083) y de febrero de 1992 (La Ley, 12.375/1992).

en derecho español es posterior a la primigenia redacción del Código, en ello se justifica que el texto no se manifieste con rigor técnico sobre calificación del plazo⁹⁰.

El legislador de 1975 no pronunció tampoco de manera clara y tajante sobre el particular, a pesar de una acusada doctrina arraigada⁹¹ sobre la categoría de caducidad, constituyendo entonces una preocupación constante y continua en la doctrina y jurisprudencia⁹² española para encontrar un criterio firme en la determinación de los casos en que ha de ser aplicada la caducidad o la prescripción.

Sin embargo, no es aceptable, en cambio que, a estas alturas de la técnica legislativa, se omita pronunciarse sobre un tema tan discutido que puede afectar de una manera decisiva a la admisión o rechazo de una pretensión ante los Tribunales y, sólo se limita remitir al Juez sólo una determinación o el uso del plazo, a pesar de abundantes precedentes legislativos en las reformas operadas en Derecho comparado⁹³ y la oportunidad obtenida en las recientes reformas sobre Instituciones de Derecho de Familia, consciente sobre la necesidad e importancia de establecer dicha distinción sobre el concepto de caducidad, ya bien sea de modo expreso⁹⁴ o significativo de su intención⁹⁵. Tampoco sería bueno admitir que el que interpreta la Ley entienda que el legislador ha utilizado el término «plazo» de una manera impropia, en su nueva configuración con las recientes reformas; pues, a pesar de su letra y de la interpretación de la jurisprudencia en el mis-

⁹⁰ Así, el art. 871 señala que «caduca» el legado cuando realmente se trata de un supuesto de ineficacia que no está ligada ni subordinada al transcurso del tiempo; en ello, DE CASTRO, *Temas, cit.*, pág. 179, puso de manifiesto que, «como se advierte del texto, se trata de una presunción de revocación del legado, basada en la conducta del testador»

⁹¹ Habiendo transcurrido más de 8 décadas refiriéndose a la distinción entre prescripción extintiva y decadencia de los derechos, con más detalles en, ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la prescripción extintiva*, 1918, en BELLO JANEIRO, *cit.*, *La defensa*, Barcelona, 1993, pág. 109.

⁹² A partir de las SSTs de 27 y 30 de abril de 1940 (RJA 303 y 304) la Jurisprudencia se ha ocupado en reiteradas ocasiones de la distinción de los dos conceptos: caducidad y prescripción.

⁹³ Así el *Codice civile* de 1942, arts. 1442, 2941 y 2942.

⁹⁴ El legislador emplea la expresión «la acción caducará» en el art. 140.2, fruto de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, respecto de la acción de impugnación de la filiación en los casos de la existencia de posesión de estado; asimismo como consecuencia de la reforma por la Ley 30/1981, de 7 de julio se modifica la anterior redacción respecto del plazo de la acción para solicitar el resarcimiento en caso de incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio («la acción caducará al año» en la redacción vigente del art. 43.2.

⁹⁵ Es significativa de la intención del legislador de someter a plazo de caducidad la expresión «quedará sin efecto» transcurrido el plazo de un año sin contraer matrimonio que emplea en los arts. 1334 y 1342.

mo sentido, hay autores que mantienen en calificarlo, como «plazo de caducidad»⁹⁶ en una auténtica petición de principio, lo cierto es que, la diferencia entre prescripción y caducidad entraña dificultad para que, en las escasas ocasiones en que el legislador se ha pronunciado con claridad, se argumente sobre lo que ha querido decir con lo dicho, quizá sea, éste, el aspecto por el que se justifique la falta de corroboración de las decisiones de los Tribunales.

Autores como BELLO JANEIRO⁹⁷ discrepa con la tesis de principio, que considera el plazo del art. 1301 como de caducidad, señalando que, ninguna sentencia del TS ha sostenido esta cualidad del plazo sobre la base de un texto legal, que expresamente señale que «las acciones *caducarán*»⁹⁸, y, con toda sinceridad, ello no acontece en el art. 1301 del CC.; igualmente niega toda comparación vinculada con otros ordenes normativos como la LSA (art. 116.2), la LPH (art. 16, regla 4ª) y la Ley General de Cooperativas (arts. 52.4 y 66.4) que, con la Jurisprudencia sentada al efecto, un sector doctrinario ha pretendido justificar que plazo del art. 1301 es de caducidad, mientras que, por el contrario, el TS reiteradamente ha venido a configurar el plazo de ejercicio de la acción del art. 1301 como de prescripción, y ello, tanto en primeras sentencias –con las que es posible oponer que no son suficientemente relevantes– cuanto en las más modernas, el TS ha destacado la característica de la prescripción (STS de 1 de junio de 1973⁹⁹), la de que, la prescripción, al hacer relación de las pretensiones que las partes deducen, sólo se puede admitir cuando es alegada (STS de 18 de octubre de 1963¹⁰⁰), y en la que el tiempo es susceptible de interrupción en virtud de ciertos actos del sujeto al que perjudica, dando ello lugar a nueva iniciación del cómputo señalado (STS de 31 de octubre de 1978¹⁰¹), en la que una vez transcurridos los plazos de caducidad fijados a una acción, originan los correspondientes acuerdos y mandatos judiciales de oficio, sin precisión de cierta excitación de parte (STS de 8 de noviembre de 1983¹⁰²), en otra que no admite interrupción originado por el mero transcurso del tiempo,

⁹⁶ Así, ALBALADEJO, *Derecho Civil, cit.*, II-1, pág. 494, nt. 4, sostiene que «se trata de caducidad, en realidad, puesto en el Código el plazo es de caducidad...»; DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pág. 509; DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema, cit.*, vol. I, págs. 590 y 575 en 8ª ed.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia, cit.*, pág. 178; RAMS ALBESA, *La sociedad, cit.*, pág. 292, entre otros.

⁹⁷ BELLO JANEIRO, *La defensa..., cit.*, págs. 112 y ss.

⁹⁸ Como así, lo señala el art. 67, LAU, dispone textualmente que tal «acción *caducará*».

⁹⁹ RJA 2369.

¹⁰⁰ RJA 4138, en su primer Considerando.

¹⁰¹ RJA 3291, en su segundo Considerando.

¹⁰² RJA 6066.

sólo el propio ejercicio de la acción deduciéndola mediante el oportuno juicio contencioso, impide el efecto preclusivo de su falta perecimiento (STS de 18 de diciembre de 1984¹⁰³).

Por otra parte, y aunque el CC considera la prescripción como el modo normal de extinción de derechos y acciones de cualquier clase (arts. 1930 y 1964), el TS ha venido estimando que «debe entenderse, en caso de duda, que el plazo es de *caducidad*, por ser más acorde esta institución con las modernas tendencias procesales y civiles sobre la *prescripción* , Así apuntan las observaciones de LASARTE ÁLVAREZ¹⁰⁴, donde apunta que, a caso no sean tan nítidas las diferencias entre prescripción y caducidad y que «el intérprete (y fundamentalmente el Juez) habrá de terminarlo –la naturaleza del plazo– atendiendo a las circunstancias y a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo» y que «... puede haber supuestos en los que el plazo de ejercicio de un derecho, pese a ser calificado correctamente calificado como de caducidad, sea susceptible de suspensión; o, por el contrario, razones de política legislativa pueden fundamentar disposiciones concretas en las que se faculte a los jueces para apreciar de oficio el transcurso de un determinado plazo de prescripción...».

A la vista de todo ello, parece oportuno considerar que el TS, más que partir de que el legitimado para impugnar es titular de un poder de impugnación, que constituye un poder potestativo, ejercitable sólo a través de un juicio, durante un plazo, entonces de caducidad, parece entender de modo más acorde con nuestro ordenamiento jurídico, que la invocación de una causa de anulación simplemente supone alegar el fundamento jurídico del derecho que ejercita, sin que necesariamente requiera éste una configuración independiente, como poder jurídico o derecho autónomo y, en consecuencia, ejercitable durante un plazo de prescripción.

VII. CONCLUSIÓN

El punto de partida es conocido y suficientemente tratado por los grandes civilistas desde los tiempos históricos contemporáneo: la sociedad de gananciales, en ocasiones, genera un importante conflicto entre los propios cónyuges, prácticamente en el momento de la disolución y liquidación tras una sentencia de separación o divorcio, e incluso, cuando la disolución se produce por fallecimiento de uno de

¹⁰³ RJA 6135.

¹⁰⁴ *Vid.*, *Principios de Derecho Civil*, t. I, 1992 pags 190 y 191.

los esposos, entre los herederos y el cónyuge supérstite, conflicto generalmente referido al carácter ganancial o privativo de determinados bienes.

No obstante, los principales problemas surgen durante la propia vigencia del régimen sobre todo en las relaciones económicas de los cónyuges con los terceros que con ello contratan y, por supuesto cuando las relaciones jurídicas se establecen entre el tercero y uno de los cónyuges que actúa unilateralmente.

La regulación del Código civil en materia de sociedad de gananciales proviene de la reforma del 13 de mayo de 1981, que rompe esencialmente con el sistema anterior de prominencia del marido y se instaura plenamente el principio de igualdad conyugal tímidamente iniciado por la Ley de 2 de mayo de 1975, que apenas afectó a la normativa de la sociedad de gananciales. La vigente regulación singularmente compleja, cuya puesta en práctica puede estimarse como un fracaso, al menos desde el punto de vista precisamente del cónyuge preterido (no actuante) frente al tercero, que muchos atribuyen a una defectuosa Ley, y que en opinión de un reducido grupo de tratadistas de Derecho civil, se debe más bien, a la dificultad de comprender cuál es el nuevo marco legal en que ha de moverse, a pesar de la ya abundante doctrina legal y, cuáles son los cauces procesales que necesariamente habrían de observarse. Los mayores problemas no los tienen los terceros o acreedores que contratan con uno de los cónyuges, sino precisamente el consorte (generalmente la mujer) que difícilmente encuentra un cauce de admisión procesal de sus derechos, y ello porque casi siempre está latiendo la idea de que su actuación instando judicialmente la ineficacia de un acto de administración o disposición de bien ganancial realizado sin su consentimiento o intentando limitar la responsabilidad patrimonial por una deuda contraída por su marido a su parte en los bienes gananciales, no es más que una actuación fraudulenta en perjuicio de los terceros, conclusión que suele aclarar en las sentencias carácter de presunto *iuris et de iure* si los cónyuges no están separados judicialmente o de hecho y carácter de *iuris tantum* (con prueba en contrario a cargo de la mujer) si en un plazo más o menos breve desde el acto de la disposición u obligación unilateral se produce la separación.

El presente trabajo trata de poner de relieve el legítimo ejercicio de los derechos que el Código civil concede al cónyuge no contratante cuando su intervención era necesaria para la eficacia del acto o para que produzca una responsabilidad generalizada en todo el patrimonio de todo el patrimonio ganancial, siempre y cuando no entre en consi-

deración otra norma especial *lege ferenda* que contradiga la aplicación de las normas vigentes regidas por principios de igualdad conyugal.

Como es bien sabido, antes de la Ley de 13 de mayo de 1981, dejando de lado los problemas que suscitaron en la reforma de 2 de mayo de 1975, el marido era el único administrador de la sociedad de gananciales (art. 59 y 1412) de manera que todos los actos de administración y disposición eran realizados por el marido con la limitación que, en el año 1958, para algunos determinados, necesitada el asentimiento de su esposa (art. 1413) generalmente prestado a través de un poder. La condición de administrador único le facultada al marido para obligar los bienes comunes frente a terceros, de suerte tal que, al amparo del antiguo artículo 1408.1, cualquier deuda contraída por él contraída en interés de la familia permitía a los acreedores instar la reclamación contra el marido, embargando todos los bienes propios y todos los gananciales sin más intervención de su consorte (esposa) que la de ser notificada a los efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario. Pero sí, sin duda alguna, se admitía la figura de tercería de dominio en los casos que así sea invocada e instada por la esposa en casos excepcionales, en que se apreciaba que la deuda contraída unilateralmente por el marido no lo había sido en interés de la familia. Señalar que tal cauce procesal se admitía sin controversia para resolver en él la responsabilidad o no de los bienes gananciales y que cuando prosperaba solo implicaba el levantamiento del embargo sobre los bienes comunes.

Antes de la implantación del sistema consagrado por la Ley de 1981, el tercero que contrataba con el marido no se encontraban con especiales dificultades: el Código civil plasmaba una determina concepción del matrimonio en que los cónyuges se integraban en una unidad económica y éste amparado por el Derecho actuaba por tal unidad. Sin embargo el principio de igualdad después de la Ley 13 de mayo de 1981, implicó necesariamente el principio de congestión recogido en el art. 1375 con una importante consecuencia: *todos los actos realizados unilateralmente por uno de los cónyuges prescindiendo del otro, cuando la ley requiera el consentimiento de los dos, serán nulos si se trata de actos a título gratuito (art. 1.378) o anulables si fueran a título oneroso (art. 1322)*. En consecuencia, la acción del cónyuge preterido es, en principio, clara. No obstante, tal acción será rechazada en tres supuestos: 1) cuando la Ley permita la actuación unilateral, no exigiéndose el consentimiento de ambos para actos de administración o disposición sobre bienes gananciales; 2) en todos aquellos casos en que, conforme estatuye el art. 1322, hubiese existido confirmación expresa o tácita; y 3) por último, cuando haya transcurrido el plazo de

4 años establecido por el art. 1301 del Código civil; esta última, la más que evidente y generosidad con que los Tribunales admiten la existencia de confirmación, consentimiento tácito –el no ejercicio de la acción de anulabilidad aun teniendo plazo para ello– y las amplias interpretaciones de normas como el art. 1384. Por ello, hemos intentado analizar sin precisión muchos más exhaustiva de: cómo y cuándo un cónyuge puede ejercitar la acción de impugnación del acto de administración de un bien ganancial realizado unilateralmente por el otro consorte y a su vez, cómo el tercero puede defenderse de tal pretensión cuando, conforme a Derecho, no sea procedente dentro del plazo que señala la Ley para ejercicio de la anulabilidad (prescripción o caducidad) y sobre todo, el aspecto procesal de la ineficacia a través de los problemas de litis consorcio pasivo y la alegación de la anulabilidad por vía de excepción después del transcurso del plazo de 4 años señalado por el art. 1301 del Código civil.

En este trabajo, hemos intentado hacer también una construcción y análisis jurisprudencial –a mi alcance– sobre el tema de la responsabilidad por deudas, como otro gran frente de actuación del cónyuge no contratante, partiendo desde una línea de pensamiento crítico hecho por LACRUZ BERDEJO, continuado por BELLO JANEIRO, entendiendo que ello es el sistema legal recogido tras la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que marca los criterios de distinción entre deudas gananciales y privativas, entre los conceptos de deuda y responsabilidad y, especialmente, cuándo los terceros acreedores pueden hacer efectivas sus deudas sobre la totalidad del patrimonio consorcial. Un intento de concertar, desde el punto de vista de la Ley y la doctrina jurisprudencial, el alcance esencial de las dos normas tipo, supuestamente en conflicto: el art. 1362 por un lado, según la doctrina jurisprudencial mayoritaria, permite a un cónyuge responsabilizar frente a terceros todos los bienes gananciales en los casos en él contemplados y que se reconducen al interés de la familia; y el art. 1365 que remite la aplicación del art. 1362 como norma general que obliga a todos los bienes gananciales en su totalidad con las excepciones tipo recogidas en el art. 1365, y no el art. 1362, no existiendo una presunción de ganancialidad pasiva similar a la del art. 1361: sea como sea la interpretación que se dé a los arts 1362 y 1365 una deuda no se presume ganancial sino privativa a los efectos del art. 1373 cuya dicción hace reflexión sobre la conveniencia de prescindir de las argumentaciones que sustentan las sentencias en que toda deuda contraída por un consorte (marido) de manera unilateral es enmarcable en el interés de la familia (art. 1362) por lo que el otro cónyuge (mujer) no puede impedir que el tercero acreedor embargue y subaste de la totalidad de los bienes

gananciales, pues el no contratante ni es tercero (no a la tercería de dominio), ni ostenta un derecho actual de los bienes (comunidad germánica), sólo un eventual derecho de reembolso contra su marido a la liquidación del régimen económico (insolvencia).

La realidad es que, lógicamente el acreedor que ha contratado con uno sólo de los cónyuges –casi en la totalidad de los casos, el marido– prescindiendo del otro –en este caso la mujer– ante el impago de la deuda, procede a la su reclamación judicial.