

Supresión de la licencia marital

M.^a DEL CARMEN GOMEZ LAPLAZA

Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil Universidad de Salamanca

SUMARIO: *Introducción.* I. LA LICENCIA MARITAL EN EL ANTIGUO ARTICULO 61 DEL CODIGO CIVIL.—1. Evolución en su interpretación doctrinal. A) Licencia como expresión de la potestad marital basada en la superioridad personal del marido. B) Licencia como expresión de la potestad marital entendida como derecho-función. La unidad de dirección de la familia. C) Licencia en función de un determinado régimen económico y como complemento de las potestades administrativas del marido.—2. Crítica y superación de las anteriores teorías. A) Examen de las legislaciones francesa e italiana. B) Las soluciones en nuestro Derecho. Necesidad de superación.—II. PROYECCION DE LA LICENCIA MARITAL EN EL AMBITO PARAFERNAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975.—1. Planteamiento general.—2. Significado de la licencia marital en la primera redacción del artículo 1.387. A) El carácter común de sus frutos, unánime justificación doctrinal y jurisprudencial de la licencia del artículo 1.387. B) Revisión y crítica de la justificación de la licencia del artículo 1.387 en base a un determinado régimen (comunidad de gananciales).—III. SUPRESION DE LA LICENCIA MARITAL POR LEY DE 2 DE MAYO DE 1975. LOS BIENES PARAFERNALES.—1. Repercusiones generales de la reforma en el ámbito parafernál. Supresión de la licencia en el artículo 1.387.—2. Cargas del matrimonio y responsabilidad de los bienes parafernales.—3. Derecho de goce de la comunidad sobre los frutos de los bienes propios y actuación de los cónyuges sobre los mismos.

INTRODUCCION

El tema de la licencia marital, con sus múltiples proyecciones en las diferentes esferas de actuación de la mujer casada, ha sido objeto de numerosos estudios por parte de nuestra doctrina, especialmente a raíz de los movimientos legislativos, a escala internacional, tendentes a la supresión de la misma.

No es nuestra intención hacer aquí un análisis general de la institución, por lo demás recientemente desaparecida del viejo Código

civil. Fijaremos nuestra atención en la posible justificación de la misma, tanto en general como, muy particularmente, por referencia a aquellos bienes de la mujer casada que, en el ámbito del régimen legal de comunidad de gananciales, aparecen impropiaamente bajo la denominación de parafernales. Intimamente ligada a los mismos, desde períodos históricos muy anteriores al que lo consagraría legislativamente en el artículo 1.387, y justificada doctrinalmente su inserción en estos bienes, como tendremos ocasión de ver, por el carácter común de sus frutos, la supresión de la licencia y el mantenimiento de esos caracteres comunitarios, así como la atribución de la administración de la comunidad al marido, deja en pie una problemática cuyas perspectivas exceden el propio ámbito de los bienes parafernales para situarnos en el más general de la dinámica de masas y de la estructura del régimen económico-matrimonial legal de bienes.

Situados en este plano, habremos de considerar, previamente, que una cosa es la justificación de la consagración del instituto de la licencia marital en el Código patrio, por obra del legislador de 1889, y otra la que alcanzó en nuestra doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma de los preceptos correspondientes de aquel texto legal. Como pone de relieve Puig Brutau (1), "la vigencia prolongada de un texto legal, como sucede normalmente con todo Código de Derecho privado, siempre exige una interpretación evolutiva o renovadora de su sentido para adaptarlo a la conciencia jurídica y social de las generaciones que lo aplican, en la medida que permita la flexibilidad de sus preceptos, mientras no sea reformado por el poder legislativo".

Por ello, en el estudio de la justificación general de la institución, analizaremos ese intento de adaptación de la realidad legal a la social, esa actualización del pensamiento de la ley llevada a cabo por doctrina y jurisprudencia a falta de intervención legislativa. El corolario de esta evolución está representado por la ley de 2 de mayo de 1975 que, suprimiendo la licencia marital, nos sitúa en una perspectiva nueva.

Este enfoque general es, a la vez, punto de partida para centrar la problemática que nos interesa fundamentalmente analizar, esto es, el significado de la licencia marital en el patrimonio parafernial, y la repercusión que en el mismo, como pieza del régimen económico-matrimonial legal, ha producido la desaparición de aquélla.

I. LA LICENCIA MARITAL EN EL ANTIGUO ARTICULO 61 DEL CODIGO CIVIL.

1. EVOLUCIÓN EN SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL.

El artículo 61 del Código civil exigía a la mujer licencia marital para la realización de una serie de actos que prácticamente cubrían su ámbito de actuación patrimonial. Cuál fuera el verdadero alcance

(1) *Fundamentos de Derecho Civil*. T. IV, vol. I, Barcelona, 1967, p. 306.

y significado de aquella institución, que de tal forma condicionaba o impedía la libre actuación de la mujer casada, es cuestión que se dificulta debido a la confluencia de muy diversos factores en su consagración legislativa. El tronque histórico con las Leyes de Toro, el Proyecto de 1851, o la propia codificación francesa abocan a barajar conceptos tan dispares como los de incapacidad, limitaciones o prohibiciones, todos ellos por referencia a una determinada situación de la mujer casada en el matrimonio. Pero esa incapacidad o esas limitaciones impuestas a aquélla habian de responder a una idea básica que sólo podía encontrarse en dos campos: en el del matrimonio en sí mismo considerado o en el del régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges.

Mas, estos dos campos, que en teoría pueden parecer claramente delimitados, no lo están en la práctica, especialmente si tenemos en cuenta que nuestro Código civil sólo recoge un régimen económico-matrimonial que no es otro que el de comunidad de gananciales. Claro exponente de cuanto decimos lo constituía la propia ubicación del antiguo artículo 61, en principio desconectado de todo régimen económico-matrimonial. Esto, que podía llevarnos hacia el primer campo a que nos referíamos líneas anteriores, se desvirtuaba inmediatamente con solo contemplar su colocación a continuación del antiguo artículo 59 que atribuía al marido la cualidad de administrador de los bienes de la sociedad conyugal, lo que inducía a pensar en una posible conexión entre ese artículo 61 y una determinada forma de organización de la sociedad conyugal en el aspecto patrimonial. La doctrina, impulsada en cada momento por unas determinadas concepciones socio-jurídicas dominantes, situaba la justificación de ese artículo, y con él el de la institución de la licencia marital, en coordenadas que, sin ser radicalmente opuestas, pues hallaban su punto de partida en el mismo texto positivo, sí diferían profundamente en cuanto a las consecuencias que cada una de ellas llevaba aparejadas.

A) *Licencia como expresión de la potestad marital basada en la superioridad personal del marido.*

Tradicionalmente, los tratadistas de Derecho patrio suelen distinguir, al estudiar los efectos del matrimonio, entre efectos comunes a los cónyuges y especiales respecto a la persona del marido y de la mujer. Dentro de estos últimos y por referencia al marido, se partía de la base de que la creación de la sociedad conyugal llevaba consigo la atribución a aquél de una autoridad, expresión de la cual serían, en el ámbito patrimonial, tanto la licencia como la condición de administrador de aquella sociedad que el artículo 59 confiaba al marido (2). Así pues, la licencia como institución jurídica sería manifestación o efecto de la potestad marital que, como poder correspondiente al

(2) En este sentido, CASTÁN: *La condición social y jurídica de la mujer*. Madrid, 1955, pág. 174. BORRELL Y SOLER: *Derecho Civil español*. T. IV, Barcelona, 1955, págs. 35 y ss.

esposo, conferiría al mismo una posición preeminente o de supremacía (3). Dejando aparte las ideas, que aún se encontraban en algún tratadista patrio de la talla de Scaevola, sobre el posible fundamento de esa distinta posición de los cónyuges en las cualidades físicas o intelectuales de cada uno de ellos (4), creemos que es Lacruz el que mejor ha expuesto esta posición de los esposos a que estamos haciendo referencia.

Según este autor, la sociedad conyugal requiere siempre una autoridad que la dirija. Esa autoridad se atribuye al marido, pudiendo hablarse, por tanto, de una potestad marital o de una supremacía de aquél que se manifestaría en dos esferas: la personal y la patrimonial. El antiguo artículo 57 de nuestro Código civil sería el más claro exponente de esta idea en el orden personal (5). En el patrimonial, que es en el que a nosotros nos interesa centrarnos (aunque la línea de separación entre ambos no sea demasiado nítida), consagrarían esa idea los antiguos artículos 59, 60 y 61.

Para Lacruz (6) la supremacía del marido en el orden patrimonial no consistiría simplemente en un poder de administración, sino en algo más general y distinto: la "manus" del marido en su proyección sobre los bienes de los cónyuges y, en conjunto, sobre la organización y dirección económica del matrimonio. Las más claras manifestaciones de la potestad marital, así concebida, serían, desde el punto de vista positivo, la dirección económica de la familia y, desde el punto de vista negativo, la "auctoritas interpositio", es decir, la necesidad de que casi todos los contratos importantes de la mujer que excedieran de una mera administración hubieran de ser aprobados por el marido (licencia marital).

Añadamos, por último, que para este autor esa posición del marido no sólo es irrenunciable (7) sino que además es independiente del régimen de bienes existentes en el matrimonio, de tal forma que aún en el de separación, la dirección económica del matrimonio correspondería al marido.

Consecuencia de estas ideas es la definición que nos brinda Lacruz de la autorización marital como "la expresión de la voluntad del marido de permitir a su mujer la realización de actos determinados o de todos o parte de los que precisan autorización" (8).

Estimamos que esta postura, superada doctrinalmente con anterior-

(3) Así se expresan autores como BORRELL Y SOLER: *Derecho Civil...* citado, pág. 26. NART: *Venia y veto maritales*. R.D.P., 1951, págs. 591 y ss.

(4) SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*. T. II, 5.^a ed. Madrid, 1946, pág. 403: "La fortaleza del hombre, su mayor resistencia para los trabajos físicos, su capacidad mental más apta para las abstracciones, a la inversa de la mujer, más a propósito para la observación subjetiva, confieren al varón la facultad de dirigir la sociedad matrimonial". También MANRESA: *Comentarios al Código civil español*. T. I, 6.^a ed. Madrid, 1943, pág. 387.

(5) LACRUZ: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona, 1963, págs. 164 y ss.

(6) Op. cit., pág. 200.

(7) Op. cit., pág. 201.

(8) Op. cit., pág. 203.

ridad a la supresión positiva de la licencia marital, es, sin embargo, la que más se ajustaba a los textos positivos y, seguramente, la que movería al legislador de 1889 a incluir los artículos de que tratamos en nuestro Código civil. Bien es cierto que no recogió este cuerpo legal las rígidas concepciones en que basó Goyena su Proyecto de 1851 (9) y que superó ampliamente, como ponen de relieve Castán (10) y De Castro (11), la dirección restrictiva de la capacidad de la mujer casada consagrada en el "Code" francés, estableciendo un nuevo y distinto sistema (12). Pero no lo es menos que, a pesar de la dificultad de encontrar un criterio único al que obedezca la posición del legislador en la materia, nuestro Código consagraba, no una potestad para la dirección del hogar, sino una potestad sobre la persona y bienes de la mujer, una autoridad marital que cubría ampliamente los aspectos personal y patrimonial del matrimonio. "El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido", decía el artículo 57. Se consagraba aquí, no un poder de dirección del marido en la sociedad conyugal sino un verdadero poder sobre la mujer, independientemente de que ese deber de obediencia tuviera un matiz o un contenido más ético que jurídico. Que en los artículos siguientes se atribuyera al marido la administración de la sociedad conyugal, la representación de la mujer y que se exigiera a ésta licencia marital para casi todas las manifestaciones de su vida jurídica, no hacía sino corroborar aquella idea. De esta forma, y centrándonos en lo que ahora nos interesa destacar, la licencia marital se situaba como un efecto más de esa potestad del marido y como instrumento de protección a la mujer en base, por tanto, a una presunta inferioridad de la misma sometida al marido por la obediencia (13).

(9) "La mujer casada, como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser un verdadero menor de edad". GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. I., Madrid, 1852, pág. 75.

(10) *La condición social...* cit., págs. 172 y 121-23.

(11) *Derecho civil de España*. T. II, parte 1.^a, Madrid, 1952, pág. 257.

(12) El Código francés partía de la necesidad de protección a la mujer en base a su incapacidad, y de la proyección del principio de potestad marital en los regímenes de bienes, de forma tan rigurosa que el marido concentraba en sus manos la totalidad de los bienes matrimoniales. En el nuestro, por el contrario, ni se consagró la incapacidad de la mujer ni existía esa concentración de bienes en manos del marido al incluirse los parafernales cuyo dominio y administración se confiaban a la mujer. Es expresiva la frase de POTHIER (*Tratado de la potestad del marido sobre la persona y bienes de la mujer*. Traducción Noguera y Carles, Barcelona, 1846, págs. 255 y 257) de que "el matrimonio, al establecer entre marido y mujer una sociedad cuyo jefe es el marido, confiere a éste, en calidad de tal, un derecho de potestad sobre la persona de la mujer, el cual se extiende asimismo sobre sus bienes... Por Derecho Natural el poder del marido sobre la persona de su mujer consiste en el derecho de exigirla todos los deberes de sumisión que a un superior son debidos".

(13) Se situaría así nuestro Código, antes de la reforma, en el segundo período o estadio de los que distingue PALA: *La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado*. Estudios honor Castán, T. I., Pamplona, 1969, pág. 314-15. Según este autor, en el primer estadio corresponde al marido un poder de dominación que absorbe la per-

Entiéndase bien que esa autoridad marital de tan amplia proyección, no significaba que en nuestro Código se pudiera hablar de una incapacidad de la mujer al estilo de lo que sucedía en el "Code" francés de 1804, o en el italiano de 1865. Aunque hasta tiempos recientes algún autor sostuviera (14) que "en el Derecho positivo patrio no hay más remedio que sostener la tesis de que se trata de un principio general de incapacidad de la mujer casada" (15), lo cierto es que la tesis era insostenible. No sólo la mayoría de nuestra doctrina y la jurisprudencia hablaban de limitaciones o prohibiciones establecidas sólo en interés de la comunidad familiar y no de incapacidad (16), sino que, además,

sonalidad de la esposa ("Code" francés de 1804). En el segundo, se atribuye al marido un poder de protección que se extiende como potestad a las actividades extrajurídicas de la esposa y es correlativo en ésta del deber de obediencia, y, mediante la institución de la venia o licencia marital, a sus actividades jurídicas, restringiendo o limitando su capacidad. En el tercero, se reconoce a la mujer plena capacidad jurídica desapareciendo venia y potestad con igualdad de derechos y bienes.

(14) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil español*. T. II, vol. I, Madrid, 1953, 2.^a ed., pág. 186. El autor reconoce que en el terreno de los principios ha de estimarse, sin embargo, que la capacidad es la regla.

(15) En general, los autores que sostienen la tesis de la incapacidad de la mujer casada se basan en los antiguos artículos 57, 60 y 61, estimando que, si aquélla necesita la protección del marido y no puede, en principio, realizar acto alguno trascendente de la vida jurídica sin la intervención de aquél, es visto que hay que partir de un presupuesto general de incapacidad. Veremos en las notas siguientes su refutación.

(16) En este sentido, afirma COSSIO (*La potestad marital*. A.D.C. 1948, págs. 27 y ss.) que "no aparece la mujer en nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre con el menor o con el incapaz, en una postura de inferioridad determinada por una falta de madurez moral o psicológica que obligue a sustituir su voluntad por la del representante legal, constituido en verdadero órgano de gestión dotado de iniciativa propia y especial autonomía, sino que la actividad de la mujer se limita sólo en la medida que se reputa necesaria para el mantenimiento de la armonía personal y económica de la sociedad conyugal. Así como el padre y el tutor protegen exclusivamente los intereses personales del pupilo, el marido, sin olvidar los de la mujer, debe en su intervención considerar preferentemente superiores los de la familia, lo que asigna a la mujer una actividad meramente pasiva, sino que su consentimiento se muestra siempre necesario, no bastando por sí sólo el del marido, pudiendo además aquélla, en los casos en que la negativa de éste se muestre injustificada o lesiva, impetrar la autorización judicial subsidiariamente". En igual dirección, BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho Civil*. T. IV, Madrid, 1960, página 171. Para PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*. T. IV, vol. I, Barcelona, 1970, pág. 303 y 314), en ningún caso debería haberse hablado de incapacidad de la mujer casada.

Por su parte, DE CASTRO (*Derecho Civil... cit.*, págs. 257-58) afirma que "las restricciones de la capacidad de la mujer casada no corresponden a una condición o cualidad que por sí sola las produzca (incapacidad en sentido estricto: condición de protegido), sino de causa externa impositiva (limitación de la capacidad: protección de otra persona). Las restricciones impuestas son en favor del marido y sus herederos".

Tanto la Dirección General de los Registros, como el Tribunal Supremo rechazan la tesis de la incapacidad de la mujer, refiriéndose a prohibiciones (Res. 10 de febrero de 1926. Jup. Civ. T. 169, núm. 116, pág. 516), o de limitaciones (Res. 13 de marzo de 1914. Jup. Civ. T. 129, núm. 121, pág. 650;

los mismos textos positivos no autorizaban a llegar a aquella conclusión (17).

Para nosotros, el interés fundamental de esta teoría estriba en que, siendo las limitaciones impuestas a la mujer una consecuencia de la potestad que se atribuye al marido por el mero hecho del matrimonio, serían por completo independientes del régimen de bienes vigentes entre los cónyuges, es decir, se aplicarían cualquiera que fuese aquél e incluso en el de separación (18) por suponer, en último término, un "acatamiento a la supremacía del marido" (19).

Res. 23 de abril de 1929. Jup. Civ. T. 188, núm. 240, pág.1196). La Sentencia de 26 de octubre de 1948, aunque de forma incidental, puntualiza que "la licencia no suple ningún defecto de capacidad de la mujer para contratar y obligarse...". Jup. Civ. T. 24, núm. 16, pág. 150).

(17) Lo cierto es que, aunque en la mente del legislador no estuviera muy claro, en base a los antiguos artículos 61, 65, 32 y 1.263, especialmente, sólo podía llegarse a esa conclusión. En efecto, la exigencia de licencia marital bastaba por sí sola para rechazar la idea de incapacidad de la mujer en nuestro Código. Como pone de relieve LACRUZ (*Derecho de familia...* cit., pág. 183), el sistema de licencia presupone por su propia naturaleza la condición de persona capaz en el sometido a este requisito. Al inclinarse nuestro legislador por ese sistema, implícitamente afirma la capacidad, en principio plena, de la mujer casada. La mujer actúa por sí y no se le impone tutor o representante que sustituya su criterio o su voluntad. El argumento contrario basado en que el artículo 60 impone a la mujer un representante, cae en cuanto se considera que aquél no puede representarla contra su voluntad y ha de tenerse en cuenta, además, no sólo que el artículo 32 no incluye a la mujer en la enumeración de las "restricciones de la personalidad jurídica", sino que el propio artículo 65 no concede acción de impugnación a la mujer respecto a los actos celebrados por ella sin aquel requisito (a diferencia del artículo 67 del Proyecto de GOYENA), lo cual va contra la regla de que el incapaz está facultado para impugnar sus propios actos. Por su parte, si el artículo 1.263 afirma que "no pueden prestar consentimiento las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley", se deduce que la regla general es la capacidad de la mujer y la excepción la incapacidad. A estas consideraciones pueden sumarse las de que el propio artículo 65, contra la opinión de MANRESA, SCAEVOLA o VALVERDE, no establece una nulidad de pleno derecho para los actos realizados por la mujer sin licencia. Toda la doctrina desde SÁNCHEZ ROMÁN (DE CASTRO, CASTÁN, LACRUZ, PUIG BRUTAU, DE LA CÁMARA) entiende, con razón, que aquellos actos son inicialmente válidos y meramente anulables, puesto que su invalidez queda pendiente del ejercicio por parte del titular (marido o herederos) de la acción de nulidad. En este sentido se ha inclinado la jurisprudencia (SS. 24-mayo-1928. Jup. Civ. T. 183, núm. 147, pág. 906; 6-mayo-1944. Jup. Civ. T. 6, núm. 69, pág. 621, y, sobre todo, 18-noviembre-1963. Aranzadi, T. 30, núm. 4.837). El propio Reglamento Notarial de 1935 (art. 169) admitió el otorgamiento de documentos sobre actos o contratos celebrados por mujer casada sin licencia, y esto se recoge hoy en el vigente Reglamento Notarial de 1944 (art. 169). El Reglamento Hipotecario de 1947 (art. 94) considera inscribibles asimismo esos actos o contratos. LACRUZ (*Derecho de familia...* cit., pág. 216), añade que "lo peculiar de esta forma de invalidez es que, no tratándose de una nulidad debida a incapacidad propia-mente dicha, no puede ser convalidada por el supuesto incapaz y sí sólo por la persona en cuya protección se dictó la norma". Téngase en cuenta, además, que no se rechazan las autorizaciones generales.

(18) Vid. en este sentido MANRESA: *Comentarios al Código civil español*. T. I, 6.^a ed., Madrid, 1943, pág. 399.

(19) SCAEVOLA: *Código civil comentado...* cit., pág. 403. Vid. también la Resolución de 23 de abril de 1929 (Jup. Civ. T. 188, núm. 240, pág. 1196).

B) *Licencia como expresión de la potestad marital, entendida como derecho-función. La unidad de dirección de la familia.*

“Aunque nuestras leyes civiles no hayan variado en lo más esencial —afirmaba Castán (20)— durante estos últimos tiempos, no cabe duda que, insensiblemente, las ideas y costumbres han ido modificando, a través de una evolución progresiva, la situación de la mujer, tanto en la esfera social como en la política.”

Esta evolución, con escasos reflejos en el campo legislativo hasta fechas muy recientes (21), se dejó, sin embargo, sentir fuertemente en el campo doctrinal y jurisprudencial de tal forma que la aplicación de los mismos textos consagrados por nuestro Código, lejos de hacerse de la forma tan rigurosa con que aparecían en el mismo, trató de suavizarse y adaptarse, en la medida que lo permitía el texto legal y sin desnaturalizarlo, a esa transformación social innegable.

Como consecuencia de ello, el dogma de la autoridad marital fue sometido a revisión (22). La potestad del marido, como poder correspondiente al varón que ocupa en el matrimonio una posición de superioridad, se sustituye por la teoría de la autoridad-función. La autoridad marital no es una verdadera potestad, sino una función encomendada al marido por exigencias, y esto es lo que nos interesa destacar, de una unidad de dirección en la familia como organismo social. No es el interés del marido o su posición preeminente en el matrimonio, sino el interés de la familia lo que se toma ahora en consideración (23). Por otra parte, esa dirección de la familia, como función que es, se traduce en una serie de derechos pero con sus correlativos deberes que, precisamente, han de dirigirse siempre a la satisfacción de ese superior interés de la familia (24).

(20) *La condición social...* cit., pág. 179.

(21) Respecto al Código Civil, la única reforma en esta materia con anterioridad a la llevada a cabo en 1975, estaba representada por la ley de 24 de abril de 1958 que, desde luego, mantuvo supuestos de discriminación, pero que, como pone de relieve DE CASTRO (*Compendio de Derecho Civil. Apéndice*, Madrid, 1958, pág. 44), su espíritu renovador favoreció una interpretación más amplia y matizada del articulado del Código. Este es también, desde nuestro punto de vista, el mérito esencial de esta ley.

(22) Vid. sobre las doctrinas generales que proponían la atenuación o supresión de la autoridad marital, CASTÁN: *La condición social...* cit., páginas 98 y ss.

(23) Tendría aquí cabida la doctrina del abuso de derecho en aquellos casos en que la actuación del marido no se acomodara a ese superior interés familiar. Vid. en este sentido CASTÁN: *La condición social...* cit., págs. 155 y 179. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*. T. II, vol. 1, Madrid, 1953, pág. 174. SPOTA: *Tratado de Derecho civil*. T. I, vol. 2 (*Relatividad y abuso de los derechos*), Buenos Aires, 1947, págs. 67 y ss.

(24) Esta es la idea de RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*. Traducción 4.^a ed. italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, T. II, Madrid, 1929, pág. 773: “Como todo poder familiar (el poder marital) no se integra de derechos y de facultades, sino más bien de cargas y deberes, porque el marido no lo ejerce en interés propio sino en el más alto y superior del interés familiar”.

Por lo demás la sociedad conyugal es poliárquica y se rige, en principio, por la ley de igualdad (25) por lo que, normalmente, la gestión familiar debe efectuarse mediante la participación de ambos cónyuges. La autoridad, convertida en función familiar, debe ejercerse por el marido pero, no siéndole posible, será la mujer la que lleve la jefatura familiar en condiciones similares a las del marido en caso de ejercerla él. Esta es la idea de De Castro (26) cuando afirma que “una consecuencia que pudiera y hasta debiera sacarse de la naturaleza del vínculo matrimonial es la de que la atribución de funciones que hace la ley en favor del marido y de la mujer no es mecánica; las más de ellas han de ser ejercidas por ambos conjuntamente, por el uno y el otro, o el uno por el otro. La afirmación del poder del uno y la negación respecto al otro sólo se dará en situaciones anómalas, y aún entonces, más que una verdadera exclusión, habrá decisión sobre a quién corresponde ejercer preferentemente dicha facultad”.

Afirmaba Puig Peña (27) que la tónica de nuestro sistema legal no dificultaba ni estorbaba —sino, en algunas ocasiones, suscitaba— la admisión de esa tesis doctrinal que estimaba como verdadera función la posición preeminente del marido. Y aunque era cierto que algunos de los principios de esta teoría quedaban como meros enunciados doctrinales al chocar con una realidad legislativa intrasgredible, no lo es menos que otros sirvieron, por el contrario, para iniciar una nueva interpretación de algunos de los viejos artículos del Código, más acomodada a la realidad de nuestro tiempo.

En este sentido la doctrina, al hablar de la distinta situación de los esposos en la sociedad conyugal, la refería y fundamentaba casi unánimemente en la necesidad de asegurar la unidad de dirección de la familia. Quizá fueran Castán (28) y Puig Brutau (29) los que mejor

(25) Contra la que manifiesta su repulsa NART: *Venia y veto maritales*, R.D.P., 1951, pág. 592, al afirmar que “la potestad marital supone un correlativo condicionamiento de la capacidad de la mujer y evolución regresivamente desde un poder omnímoto y absoluto, fundado en la debilidad física y psicológica de ésta, hasta una anárquica igualación que rompe toda jerarquía necesaria para mantener la unidad doméstica y para el funcionamiento adecuado de esa primera célula social, instituida en la naturaleza humana por Dios, que es la familia”.

(26) *Derecho civil de España*. T. II, parte 1.^a, Madrid, 1952, pág. 251.

(27) *Tratado de Derecho...*, cit., pág. 174.

(28) Dice este autor (*La condición social...*, cit., pág. 173, y *Derecho civil español y común foral*. T. I, vol. 2, 11.^a ed., por DE LOS MOZOS, Madrid, 1971, pág. 190) que la autoridad marital, consagrada de modo inequívoco en nuestro Derecho, no implica una verdadera potestad ni una prerrogativa del sexo, sino más bien una función encomendada al marido por exigencias de unidad de gobierno, y que se traduce para él en graves deberes y responsabilidades. Por ello, el autor estructura los efectos especiales del matrimonio sobre la base del principio de unidad de dirección familiar.

(29) Este autor, al hablar de los “efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges”, distingue los comunes a ambos y, lo que más nos interesa destacar, los “relativos a la organización y dirección de la unidad familiar”, en donde afirma: “nosotros entendemos que la situación de prevalencia otorgada al marido significa simplemente un medio o un instrumento puesto al servicio de su función protectora de la familia y gestora de sus intereses.

han sabido captar esta idea respecto a nuestro Derecho pero, como decimos, puede considerarse dirección mayoritaria en la doctrina (30).

Esta tesis funcional y de unidad de dirección se reflejaba consecuentemente en la interpretación del articulado del Código, de tal forma que también la doctrina reconocía que las limitaciones impuestas a la mujer habían de ser interpretadas restrictivamente por estar, como dice De Diego (31), en función sólo del buen gobierno, la armonía, el orden y la conservación de la vida doméstica. De esto se deduce que a la unidad de acción del matrimonio sólo debía sacrificarse aquello que la unidad de acción exigía (32) y que las limitaciones que afectaban a la mujer casada no podían propiamente ser construidas como incapacidades al estar establecidas sólo en interés de la comunidad. Serían únicamente de aplicación concreta a determinados tipos de negocios sin que pudieran ser objeto de ampliación. En consecuencia con estas ideas, se interpretaban los artículos 60 y 61 en el sentido de que, por un lado, la representación del primero de estos artículos se entendía ceñida al ámbito judicial, y se estructuraba entendiendo que el marido actuaba "como si" fuera el representante de la mujer, pero surtiendo efecto esa representación sólo cuando a ella no se oponía la mujer y precisando, por tanto, cada uno de los actos del marido la ratificación, siquiera tácita, de aquélla (33). Insistiremos sobre estas ideas más adelante. Baste por ahora poner de relieve el sentido general de ese precepto a la luz de la doctrina. Respecto al artículo 61, y pese a sostenerse su interpretación restrictiva y su imposibilidad de ampliación a supuestos distintos (34), la realidad era que, al abarcar prácticamente

Incluso preferimos estimar que se trata de una distribución de funciones entre ambos cónyuges, sin que deba hablarse en general de autoridad de uno sobre el otro" (*Fundamentos de Derecho civil*. T. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1967, pág. 305).

(30) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil...*, cit., págs. 173-74: "Desde luego la tesis de la unidad de dirección es la más certera y es la que en realidad va cobrando el favor de la doctrina y de las legislaciones. Estas, sin embargo, tardan mucho en desprenderse del viejo concepto de la autoridad marital, y lo que debe hacerse en aquellos países encuadrados decididamente en el molde clásico, como el nuestro, es ir llenando el cometido de la potestad del marido de una sustancia funcional, con el fin de que su ejercicio responda mejor a la norma y esencia del matrimonio." En el mismo sentido, ALBALADEJO: *Compendio de Derecho civil*, 2.ª ed., Barcelona, 1974, pág. 505, y BONET RAMÓN, el cual habla de "efectos especiales derivados del principio de unidad familiar", afirmando que la situación de paridad que debe existir entre los cónyuges, es templada solamente en algunas relaciones que exigen imprescindiblemente, para el buen gobierno de la familia, la unificación de poderes y criterios. (*Compendio de Derecho civil*. T. IV, Madrid, 1960, página 161, y *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*, en Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pág. 9.)

(31) *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. T. IV, Madrid, 1920, pág. 141.

(32) LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., pág. 184.

(33) LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., pág. 183.

(34) "La mujer —afirma COSSIO— puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito, interpretación de acuerdo con la conciencia jurídica actual y las nuevas tendencias legislativas" (*La potestad marital...*, cit., pág. 33).

todo el ámbito de actuación patrimonial de la mujer, el reflejo de la nueva orientación sólo se dejaba sentir en cuanto a que la exigencia del requisito de la licencia no se imponía de forma rígida, admitiéndose sin dificultad la posibilidad de ratificación posterior por parte del marido, las licencias de tipo general o la inscripción de los actos otorgados por la mujer casada sin aquel requisito.

Reflejo legislativo de esta evolución fue la ley de 24 de abril de 1958 que, si no en su plasmación positiva, criticable desde diversos puntos de vista, sí en el espíritu que la informa, revelaba una nueva mentalidad que, además, posibilitó esa interpretación más amplia del articulado del Código a que nos venimos refiriendo. Como pone de relieve De Castro (35), el significado principal de la reforma de 1958 está en que se abandona el viejo criterio del poder discrecional del marido y se le sustituye por el más actual del poder del marido en interés de la familia. Su Exposición de Motivos, en efecto, alude a que "se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por *exigencias de la unidad matrimonial*, existe una *potestad de dirección*, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido...". La crítica de estos fundamentos ha sido certeramente llevada a cabo por Palá (36); pero lo que nos interesa poner de relieve es el hecho de que aparezca en primer plano la idea de una potestad referida a la dirección del hogar. Es evidente que, al dejar vigentes los artículos 57, 60 ó 61, la potestad del marido en nuestro Código seguía siendo una potestad sobre la persona y bienes de la mujer y no una potestad de dirección en interés de la familia. Pero tampoco puede dudarse que el espíritu que informaba a esa ley significaba un paso adelante, siquiera fuera en el terreno de los principios y no en el de las realizaciones, dentro de esta evolución a la que nos estamos refiriendo.

C) *Licencia en función de un determinado régimen económico-matrimonial y como complemento de las potestades administrativas del marido.*

Hemos venido viendo cómo la justificación doctrinal de las limitaciones impuestas por nuestro Código a la mujer casada, con anterioridad a la reforma de 1975, se basaban en algo tan general a todo tipo de matrimonio como era la autoridad marital, entendida, bien como potestad rigurosa, bien como derecho-función. De esta forma su aplicabilidad sería general y nada tenía que ver con un determinado régimen de bienes en el matrimonio pues su significado y función trascendía a éste. Vimos también cómo, incluso desde un punto de vista sistemático, la ubicación de los artículos de que tratamos abonaba esa idea, al no estar incluidos en sección alguna que se refiriera a un régimen económico determinado.

Fue De Castro, al que luego han seguido otros civilistas como De la

(35) *Compendio de Derecho...*, cit. (Apéndice), pág. 51.

(36) *La promoción de la mujer casada...*, cit., págs. 322 y ss.

Cámara (37) o Albaladejo (38), el primero que atisbó la posible conexión entre las restricciones impuestas a la mujer casada y el régimen económico de la sociedad conyugal. “En realidad —afirma aquél autor— las restricciones que impone a la mujer casada el Código con esa apariencia de generalidad que ha extraviado la doctrina... se refieren sólo al régimen de gananciales. A su lado se conservan limitaciones concretas, con carácter general, residuos de carácter imperativo que tuviera en el Derecho castellano el régimen de gananciales, y de envejecidos preceptos del Derecho Romano...” (39). “La preeminencia del marido en la esfera patrimonial se deriva del régimen de la sociedad de gananciales” (40).

El desarrollo de las ideas de este autor ha sido llevado a cabo por De la Cámara. Anticipemos que la interpretación a la que ahora vamos a referirnos, no sólo se ciñe al dato histórico, sino que, además, favorecería una interpretación de las normas legales, vigentes con anterioridad a la ley de mayo de 1975, mucho más acorde con el sentido de la evolución que en este campo se estaba produciendo. Digamos también que, si bien es cierto que como hemos afirmado líneas más arriba, el codificador español concebía la autoridad marital en sentido amplio, abarcando los aspectos personal y patrimonial y referido a todo tipo de régimen, no es menos cierto que para él ese “todo tipo de régimen” se limitaba a uno: el de comunidad de gananciales que fue el único que reguló, aunque admitiera la posibilidad de pactar otros en el artículo 1.315. De esta forma, la relación limitaciones-régimen, aun no buscada quizá conscientemente por el legislador, se habría producido en la práctica reflejándose en el articulado del Código.

Muy sintéticamente diremos que la teoría de estos autores se apoya en tres tipos de argumentos: históricos, teleológicos y sistemáticos. Respecto a los primeros, parece no ofrecer duda el que los artículos 60 y 61 son reflejo de las leyes 54 y 55 de Toro, así como del Proyecto de 1851, éste último por relación al primer inciso del artículo 60. Que tanto aquéllas como éste sólo tenían a la vista el régimen de comunidad de gananciales parece claro si se considera que, aunque Las Partidas eran anteriores a las Leyes de Toro, aquéllas sólo supusieron la incardinación de categorías patrimoniales de signo romanista (dote, parafernales) dentro de la sociedad de gananciales, pero no la instauración de un régimen económico-matrimonial que desplazara a

(37) *Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada*, en Estudios en honor de CASTÁN. T. VI, Pamplona, 1969, págs. 95 y ss.

(38) *Compendio de Derecho...*, cit., pág. 504, nota 2, en donde afirma que, aunque a esa tesis le sean oponibles argumentos, merece ser acogida, si bien no como segura, al menos como preferible por ensanchar la capacidad de la mujer casada.

(39) DE CASTRO: *Derecho civil...*, cit., T. II, parte 1.^a, pág. 263.

(40) DE CASTRO: *Compendio de Derecho...*, cit. (*Apéndice*), pág. 45. Contra las opiniones de este autor, LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., páginas 184-85. Iremos viendo los argumentos que este autor utiliza para refutar la tesis de DE CASTRO.

aquél (41). El que existiera libertad de pacto (42) no variaba las cosas pues de hecho, en la práctica, el contenido de esos pactos no iba referido a la estipulación de un régimen patrimonial sino simplemente a la modificación de algún extremo de la propia comunidad de ganancias y, fundamentalmente, a las aportaciones que se daban en su seno, como eran la dote o las donaciones matrimoniales.

El mismo funcionamiento de la licencia marital en las Leyes de Toro, es prueba concluyente de que el centro de gravedad de la misma estaba enraizado en la dinámica de la sociedad de gananciales. Se observa que, a través de ella, lo que se trata de evitar es el perjuicio económico que pueda causar la mujer a la comunidad y, más concretamente, al marido como administrador de la misma (43).

No se descarta, desde luego, la idea de sometimiento de la mujer al marido que, como dice De la Cámara "por razones obvias de circunstancia y de ambiente tenía que entenderse lógicamente con mucho mayor rigor entonces que en nuestra época" (44); pero lo cierto es que se presta más atención a la consecuencia de evitar que la mujer pueda perjudicar los derechos del marido como administrador de la comunidad. La misma sanción de los actos realizados por aquella sin licencia es una prueba más en favor de esa idea. Cuando se demuestra que el contrato así celebrado por la mujer no ha sido perjudicial, sino útil, la doctrina más destacada entiende que el contrato es válido (45). Si el fundamento de la licencia fuera referido tan solo a la autoridad marital, es claro que la impugnación prosperaría aun cuando hubiera sido útil el contrato, pues el atentado contra aquélla se habría producido de todas formas.

El examen histórico conduce, pues, a ver en los artículos 60 y 61, y concretamente dentro de ellos a la licencia, como un complemento de las facultades que corresponden al marido como administrador de la sociedad de gananciales y, por tanto, encuentran su sede natural dentro de ésta.

Respecto a los argumentos teleológicos que se esgrimen por el autor en favor de su tesis, es preciso, antes de referirnos a ellos, que establezcamos una distinción. Porque una cosa es que hasta tiempos recientes la interpretación que proponía De la Cámara fuera la más acorde con las circunstancias sociales, cosa que admitimos desde luego, y otra muy diferente que las ideas que movieron al legislador a incluir una serie de artículos en nuestro Código, obedecieran realmente a los principios que el autor señala.

Así, si bien es cierto que la finalidad que persigue el régimen de

(41) Idea ésta que desarrollamos y argumentamos en toda su extensión en nuestra monografía "De los bienes parafernales", Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 2.^a Cátedra, Salamanca, 1976, a la cual nos remitimos.

(42) Argumento que utiliza LACRUZ: *Derecho de familia...*, cit., pág. 185, para refutar esta tesis.

(43) Vid. nota 41.

(44) DE LA CÁMARA: *Reflexiones en torno a la capacidad...*, cit., pág. 106.

(45) Vid. nota 41.

separación de bienes es “conferir a los cónyuges la máxima autonomía patrimonial” (46) no lo es menos que, por un lado, el legislador de 1889 ofrece una visión muy peculiar de aquel régimen (baste contemplar el artículo 45 en relación con el 50-1.º) y, por otro lado, que no creemos estar desacertados si afirmamos que para ese mismo legislador no resultaba incompatible una pretendida autonomía patrimonial, como la que podría darse en un régimen de separación, con la existencia de licencia marital. Según De la Cámara, el artículo 50-1.º que dice que “cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los bienes que le pertenezcan...”, chocaría violentamente con el hecho de que la mujer se viera sometida a las limitaciones de los artículos 60 y 61. Pero también los artículos 1.382 y 1.384 reconocían a la mujer el dominio y administración de sus bienes parafernales y, sin embargo no se consideraban incompatibles con la licencia que el propio legislador consagraba en el artículo 1.387. La razón de que esto sucediera es que se concebía la licencia como algo derivado de la autoridad marital dentro de un régimen y no se pensaba en su incompatibilidad o no con un posible sistema de separación y una posible autonomía, dentro de él, de la mujer casada. Se tiene sólo a la vista, repetimos, la sociedad de gananciales y no se regula ni se dan las líneas fundamentales en las que podría descansar un régimen de separación.

No podemos entrar aquí a examinar los argumentos que aduce el autor a que nos estamos refiriendo, en base al artículo 1.458 ya que las razones que impulsaron al legislador a incluir ese artículo no están lo suficientemente claras como para basar en él una argumentación sólida. En todo caso, desde nuestro punto de vista, el problema no sólo está en relación con el tema de la licencia marital sino también con el de las donaciones entre cónyuges, tema éste que nos alejaría demasiado del que es objeto de nuestro estudio.

Por último, hemos de hacer alusión a los argumentos sistemáticos. Los artículos 60 y 61 parecen a De la Cámara corolario o complemento de la regla general sentada por el artículo 59 que confía al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal. Si esto es así, la limitación de la actuación de la mujer en ellos sólo tendría sentido en un régimen en el que, realmente, esa administración estuviera confiada a aquél, es decir, en el dotal, el de gananciales o cualquier otro de comunidad en que se hubiera convenido esa forma de administración.

Realmente esta es la impresión que produce la lectura y ubicación de los artículos que tratamos. Por otra parte, esa sería la consecuencia lógica de lo que afirmábamos líneas más arriba: el legislador sólo tiene presente la comunidad de gananciales. Eso le impulsa a redactar el artículo 59, y los posteriores estarían en estrecha conexión con él.

Pero antes de seguir adelante podríamos preguntarnos si, partiendo del criterio de la situación de estos artículos, no podría llegarse igualmente a la solución contraria, ya que es claro que, en la sistemática del Código, los artículos 56 a 66 antiguos estaban totalmente des-

(46) DE LA CÁMARA: *Reflexiones en torno a la capacidad...*, cit., pág. 110.

conectados de régimen alguno y formaban parte de un título sólo referido al matrimonio en general. Una vez más se pone de relieve la dificultad de hallar un fundamento único a las soluciones adoptadas en esta materia por nuestro Código. De todas formas, ese criterio sistemático cae por su base dada la fuerza de los argumentos que obligan a sostener que, a pesar de la ubicación de esos artículos, realmente están redactados en vistas de la comunidad de gananciales.

El artículo 65 y la relación entre el 61 y el 1.263-3.º son las siguientes bases para la argumentación de De la Cámara. El hecho de que el primero de ellos, el 65, conceda facultades de impugnación sobre los actos realizados por la mujer casada sin licencia no sólo al marido sino también a los herederos de éste, le lleva a concluir que éstos últimos deben tener algún interés económico efectivo. Eso sólo puede suceder en comunidad de gananciales, en el régimen dotal u otro de comunidad por el que se comuniquen los frutos de los bienes de los cónyuges, pero nunca bajo el régimen de separación.

También la supuesta antinomia entre los artículos 61 y 1.263-3.ª aparece resuelta con sólo considerar que cada uno de ellos se colocaba en una perspectiva diferente. El artículo 61 se refería a la mujer casada bajo el régimen de gananciales (u otro que encomendara al marido la administración de los bienes de la sociedad conyugal), mientras que el artículo 1.263, por el contrario, contemplaba la capacidad contractual de la mujer casada en general, abstracción hecha del régimen de bienes que rigiera el matrimonio.

El resultado último de esta teoría abocaba a la idea de que las limitaciones anteriormente contenidas en los artículos 60 y 61 no eran sino proyección de las potestades administrativas del marido, de tal forma que sólo podrían darse cuando realmente el régimen económico a que estuvieran sometidos los cónyuges le encomendara a éste dicha administración. La licencia se justificaría en función de un régimen y sólo dentro de él. Ese régimen no podía ser otro en nuestro Código que el de la comunidad de gananciales.

Estamos ya muy lejos de la autoridad marital. La licencia cobraba un sentido nuevo al enmarcarse en un régimen económico concreto cuya estructura y funcionamiento podría, en algún modo, explicar su existencia y limitarlo al mismo.

No es necesario que repitamos que la teoría expuesta, algunos de cuyos argumentos no son demasiado sólidos, significaba un paso adelante en la consideración de la licencia en nuestro sistema. Pero, con todo, si respecto a la mujer separada de bienes esta tesis suponía un avance al liberarla de aquel requisito en sus actuaciones jurídicas, no sucedía lo mismo respecto a la mujer casada bajo el régimen legal supletorio de nuestro Código, dentro del cual parecía hallar plena justificación la licencia. Realmente, partiendo del plano positivo en que habían de colocarse estos autores, no podía llegarse más allá. Pero, aun así, es indudable que hubiera debido darse un paso más y plantearse si, incluso dentro de ese régimen, si la estructura y funcionamiento del mismo, permitían justificar seriamente la existencia de esa serie de limitaciones que se imponían a la mujer casada.

2. CRÍTICA Y SUPERACIÓN DE LAS ANTERIORES TEORÍAS.

Hemos visto cómo las normas de nuestro Código civil, hasta fechas muy recientes, consagraban una potestad marital y una supremacía del marido que no sólo se manifestaba en el ámbito personal sino que alcanzaba incluso al patrimonial, una de cuyas más relevantes manifestaciones era la institución de la licencia marital. Ciertamente, como acabamos de poner de relieve, doctrina y jurisprudencia fueron templando la aplicación de aquellos preceptos empujados por una realidad social que superaba a la legislativa. Corolario de esta evolución sería la ley, tantas veces citada, de 2 de mayo de 1975. No obstante, antes de entrar en su examen, creemos interesante referirnos a los sistemas francés e italiano, en los que una serie de reformas graduales fueron jalonando su avance legislativo en pro de lograr esa difícil conjunción entre la independencia de los cónyuges y la necesaria unidad en el seno de la familia.

Proclamado el principio de igualdad en las Constituciones y Leyes Fundamentales de gran número de países, su aplicación, so pena de que aquellos principios quedaran reducidos a letra muerta, llevaron consigo la supresión de las normas que modificaban o restringían la capacidad de obrar de la mujer casada y, fundamentalmente, la venia o licencia marital.

No obstante, la plasmación legislativa de estas reformas ha seguido un proceso gradual y lento que no hace sino poner de relieve, no sólo las peculiares características del Derecho de Familia, poco pronto a las innovaciones y especialmente apegado a esquemas tradicionales, sino también la misma dificultad de la materia que excluye todo intento de soluciones simplistas.

A) *Examen de las legislaciones francesa e italiana.*

Buen ejemplo de ese desenvolvimiento gradual nos lo brindan las legislaciones francesa e italiana en las que sucesivas y parciales reformas han ido jalonando, de forma muy definida, el intento de plasmación del principio de igualdad jurídica de los cónyuges en el seno de una necesaria y superior unidad familiar.

a) *Evolución del sistema positivo francés.*

a') *La potestad marital en el artículo 213 y siguientes del "Code" de 1804.*

El Código civil francés de 1804 consagraba el principio de jefatura familiar del marido con caracteres de rigurosa potestad ejercida sobre la persona de la mujer. Su artículo 213 se expresaba en términos que no daban lugar a duda alguna: "Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari". De este principio se derivaban otros,

tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, en los que el papel pasivo de la mujer se ponía de manifiesto. Esta debía seguir al marido allá donde éste tuviera a bien establecer el domicilio familiar; el marido soportaba todas las cargas del hogar (art. 214); necesitaba concurso o consentimiento escrito de aquél para los actos más importantes de la vida jurídica, incluso en régimen de separación de bienes (art. 217); la autorización había de ser especial (art. 223); no podía administrar sus propios bienes en el sistema de comunidad pues el marido centraba en sus manos la totalidad de aquéllos (art. 1.428). En una palabra, la mujer era considerada una incapaz (por eso podía impugnar los actos realizados por ella misma sin la necesaria licencia marital, art. 225) y, consecuencia de ello, eran aquellos deberes de obediencia para la mujer y protección que el artículo 213 encomendaba al marido.

b') *La jefatura familiar en la ley de 18 de febrero de 1938. Plena capacidad jurídica de la mujer casada.*

El primer paso para la superación de esta situación sería dado por la ley de 18 de febrero de 1938 que, dando nueva redacción al artículo 213, sustituyó aquellos deberes de protección por parte del marido y de obediencia por parte de la mujer, por la atribución al primero del carácter de jefe de familia (47). Evidentemente, la primacía del marido continuaba pues, en base a aquella atribución, le pertenecía el derecho de elección de residencia (art. 213), la obligación de atender al mantenimiento de la mujer (art. 214) y, en general, todo lo que corresponde a la dirección de la familia. Pero a la mujer, no sólo le es reconocida su plena capacidad civil (48), de tal forma que no necesita ya de la licencia marital para sus actuaciones jurídicas, sino que se le concede la posibilidad de administrar determinados bienes (49), de contribuir, en la medida de sus facultades, al sostenimiento de las cargas del hogar (art. 214), o de recurrir al Tribunal contra la elección de residencia hecha por su marido (art. 213). Su papel pasivo y su incapacidad ya no son tales, si bien la preponderancia dentro del hogar siga correspondiendo al marido. Aquella jefatura marital que le es atribuida, no parece estar limitada, en principio; pero ya las nociones de interés del hogar e interés de la familia aparecen, aunque por referen-

(47) *Artículo 213*: "Le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir. Un droit de recours au tribunal, statuant en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, est ouvert à la femme contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari..."

(48) *Artículo 215*: "La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté".

(49) En realidad, la Ley de 1938 no hace sino incluir en el artículo 214 las prescripciones contenidas en la Ley de 13 de julio de 1907, sobre el libre salario de la mujer casada.

cia, no a la jefatura marital, sino a la posibilidad de oposición por parte del marido al ejercicio de una profesión por la mujer (50).

c') *Concurrencia de la mujer en la dirección de la familia. Jefatura marital como derecho-función en la Ley de 22 de septiembre de 1942.*

Un paso más se efectúa en virtud de la Ley de 22 de septiembre de 1942 en la que la cualidad de jefe de familia, que se atribuía al marido, viene matizada por el carácter de función que ha de ejercerse en interés común del hogar y de los hijos (51). Y no sólo eso. La mujer concurre con el marido, según la nueva redacción del artículo 213, en la dirección moral y material de la familia, en su sostenimiento y en la educación de los hijos, sustituyendo a aquél en su función cuando no pueda el mismo desempeñarla (52). La mujer, pues, participa ya activamente en la dirección del hogar, y el marido carece ya de aquellos poderes absolutos que tenía en el Código de 1804. Con todo, subsisten aún viejas reminiscencias que siguen situando al marido en distinta posición que a la mujer. Sobre él pesan, a título principal, las cargas del hogar y la obligación de proporcionar a la mujer lo necesario para su subsistencia (art. 214), y sigue teniendo el derecho de elegir el lugar de residencia familiar, aunque ahora la mujer pueda ser autorizada a residir en otro lugar cuando el elegido por el marido presente para la familia peligro de daños de orden psíquico o moral (art. 215).

d') *La Ley de reforma de los regímenes económico-matrimoniales de 13 de julio de 1965.*

Llegamos así a la reforma, más ambiciosa que las anteriores, de 13 de julio de 1965; mas en ella no se altera el artículo 213, por lo que el marido sigue siendo considerado jefe de la familia, función que ha de ejercer en interés de la misma. La elección de residencia sigue perteneciéndole, con la posible oposición de la mujer (art. 215), y también sigue pesando sobre el marido la obligación de atender a las cargas del hogar a título principal (art. 214). Con todo, esta reforma

(50) *Artículo 216*: "Le mari peut, sauf dans les cas prévus par le troisième alinéa de l'article 213, s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée. Si l'opposition du mari n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille, le tribunal peut, sur la demande de la femme, autoriser celle-ci à passer outre à cette opposition...".

(51) *Artículo 213*: "Le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants...".

(52) *Artículo 213*: "La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement.

La femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause".

acentúa la idea de solidaridad entre los esposos (53), consagra el superior interés de la familia, que ha de presidir todas las actuaciones de los cónyuges (54), plasma definitivamente la idea de igualdad de estos dentro del matrimonio (55), valora la actividad de la mujer en el hogar (art. 214) y estructura, en fin, todos estos principios en un capítulo aplicable a los esposos cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial por ellos elegido (56). Es el régimen matrimonial primario, que tanto predicamento alcanza hoy en las legislaciones europeas (57).

e') *Ultima etapa de una evolución: atribución conjunta a los cónyuges de la dirección de la familia. Ley de 4 de junio de 1970.*

Pero no iba a ser éste el último paso que daría la legislación francesa en la materia que nos ocupa. En efecto, por ley de 4 de junio de 1970, aquella jefatura marital que había respetado la ley de 1965 va a desaparecer, siendo sustituida por una atribución conjunta a los esposos de la dirección moral y material de la familia. "Les époux —dice ahora el artículo 213— assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir". Por otra parte, los deberes de los esposos, particularmente los de vida en común, se estructuran en un plano recíproco (art. 215) y la elección de la residencia familiar tiene lugar ahora, no por decisión unilateral del marido, sino de común acuerdo entre los cónyuges (art. 215-2.º). Es verdad que, en caso de desacuerdo, continúa prevaleciendo la decisión del marido, pero, por un lado, la mujer puede recurrir al tribunal si esa decisión del marido presenta inconvenientes graves para la familia y, por otro, es claro que el poder decisorio últi-

(53) Así, por ejemplo, el artículo 220 establece que cada uno de los esposos puede realizar sólo los contratos que tengan por objeto el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos, obligando solidariamente al otro cónyuge por el acto así realizado. El mandato doméstico de la mujer desaparece y es sustituido por esta solidaridad entre los esposos respecto a los asuntos del hogar.

(54) El artículo 220-1.º establece la adopción de medidas urgentes de tipo judicial para el caso de que cualquiera de los esposos falte gravemente a sus deberes y ponga así en peligro los intereses de la familia.

(55) *Artículo 216*: "Chaque époux a la pleine capacité de droit; mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet du régime matrimonial et des dispositions du présent chapitre". Esta idea general se plasma en muchos otros artículos, como el 218, 221, 223, 224, etc.

(56) *Artículo 226*: "Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elle ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux".

(57) Vid. sobre este tema, RENAULD: *Rapport introductif en Les régimes matrimoniaux* (Travaux de la deuxième Journée d'études juridiques Jean Dabin), Bruxelles, 1966, págs. 91 y ss.; RENARD: *Le régime matrimonial de droit commun. Projets belges de réforme et Droit Comparé*. Bruxelles, 1960, páginas 66 y ss.; BAETEMAN: *Etat des travaux de réforme en Belgique en Les régimes matrimoniaux...* cit., págs. 203 y ss.; BOSCH: *La réforme des régimes matrimoniaux dans le Droit de la République Fédérale Allemande en Les régimes matrimoniaux...* cit., págs. 295 y ss.

mo ha de atribuirse a alguno de los cónyuges en caso de desacuerdo, so pena de arbitrar otro recurso que no podía ser sino el de la intervención judicial. Este es el sistema que, como veremos, se ha adoptado en Italia, no estando tampoco exento de críticas. El problema, pues, no se sitúa ya tanto en el plano de igualdad de los cónyuges como en el de la técnica legislativa a adoptar para el caso de desacuerdo entre aquéllos, problema que conduce indefectiblemente a la alternativa entre la atribución del poder decisorio último a uno de los cónyuges, o bien, a la necesidad de intervención judicial.

No queremos acabar este rápido examen de la evolución legislativa francesa sobre este punto, sin aludir al párrafo 2.º del artículo 214 en el que, aún después de la reforma de 1970, se sigue estableciendo que las cargas del matrimonio incumben, a título principal, sobre el marido. No deja de causar extrañeza el mantenimiento de ese principio en un sistema como el francés en el que los cónyuges tienen reconocidos los mismos derechos y, por tanto, deberían asumir las mismas obligaciones. El problema fue ya planteado al redactarse la ley de 1965, pues en la Exposición de Motivos del antiguo proyecto, se hablaba de abandonar esa concepción. Pero la Asamblea Nacional optó por el mantenimiento de la misma a instancias del diputado M. Mostache (58), que consideraba que de esta forma se aseguraba mejor la fijación de la pensión alimenticia debida por el marido para el mantenimiento de la mujer y los hijos en caso de divorcio, separación de cuerpos, o abandono del hogar por aquél.

Desde nuestro punto de vista, el mantenimiento de esa obligación supone hoy una injustificada discriminación al colocar al marido en una posición de desventaja que, si aún en 1965 pudiera explicarse, es, después de la Ley de 1970, totalmente injustificada y contraria a los principios inspiradores de la misma.

b) *Evolución del sistema positivo italiano.*

Pasamos así a la legislación italiana en la que, como vamos a poner de relieve, se observan igualmente una serie de pasos que van marcando el tránsito de una concepción absolutista de la potestad marital hacia un nuevo concepto de participación de ambos cónyuges en la dirección de la familia, consecuencia ineludible de la nueva consideración de la mujer dentro de la misma.

a') *La jefatura marital en el Código de 1865. Abolición de la licencia por la Ley de 17 de julio de 1919.*

El Código italiano de 1865 atribuía al marido la jefatura de la familia (59) y la facultad de elegir residencia para la misma (60), in-

(58) Vid. HAMIAUT: *La réforme des régimes matrimoniaux (Loi n.º 65-570 du 13 juillet 1965)*, París, 1965, pág. 42, nota 2.

(59) *Artículo 131*: "Il marito è capo della famiglia...".

(60) *Artículo 131*: "... la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome, ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza".

poniéndole, correlativamente, el deber de proteger a la mujer así como el de suministrarle todo lo necesario para su mantenimiento (61). Aquélla, si bien estaba obligada a seguir a su marido allá donde éste fijara su residencia, no asumía el deber de obediencia hacia el marido que en otros Códigos se consagraba como correlativo de la protección que había de suministrarle aquél. La posición preeminente del marido se manifestaba además en la necesidad, por parte de la mujer, de proveerse de autorización marital para los actos más importantes de la vida jurídica (62), y la falta de la misma daba lugar a una nulidad que no sólo podían oponer el marido o sus herederos sino la misma mujer. La incapacidad, pues, de ésta se consagraba en este Código, como lo había sido en el francés de 1804, si bien aquí de una forma algo más atenuada.

Por ley de 17 de julio de 1919 se abolió la licencia marital y, en consecuencia, los artículos 134 a 137 del Código civil italiano. La mujer tenía plena capacidad civil pero la situación preeminente del marido dentro de la familia continuaba subsistente.

b') *El Código de 1942.*

El Código de 1942 no supuso cambio alguno, en este punto, respecto al Derecho anterior. Dejó subsistente, en el artículo 144, la potestad marital al continuar considerando al marido jefe de la familia y al conservar el deber de protección de éste hacia la mujer (artículo 145). Más interesantes son los proyectos que, con posterioridad a este Código, se fueron elaborando en Italia con el fin, no sólo de controlar el ejercicio de los poderes familiares atribuidos al marido, sino de hacer partícipe a la mujer en los mismos (63).

c') *La dirección unitaria de la familia en el proyecto Reale Oronzo. Poder decisorio último encomendado al marido. Intervención judicial.*

El Proyecto de 1967, o proyecto Reale Oronzo (64), contiene en treinta artículos una revisión del Código de 1942 que afecta, entre otros, a los artículos que nos ocupan. Los dos puntos esenciales que

(61) *Artículo 132*: "Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sè e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze. La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questo non ha mezzi sufficienti".

(62) *Artículo 134*: "La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito...".

(63) GIORGIANNI: *Il governo della famiglia en La riforma del Diritto de Famiglia*. Quaderni della Rivista di Diritto Civile. Padova, 1967, pág. 31.

(64) Cuyo texto, así como las opiniones doctrinales sobre el mismo pueden verse en: *La riforma del Diritto di Famiglia* (Atti del Convegno di Venezia 30 Aprile-1 Maggio 1967). Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1967.

nos interesa resaltar se centran, por un lado, en la situación de los cónyuges en un plano de absoluta igualdad respecto a la contribución a las cargas del matrimonio, así como la valoración, a ese respecto, del trabajo doméstico de la mujer (65) y, por otro, en la consagración de una dirección unitaria de la vida familiar por ambos cónyuges, a los que también corresponde conjuntamente la elección de residencia de la familia (66). Como consecuencia de esas dos ideas, el proyecto preveía la desaparición de la declaración del artículo 144 sobre la jefatura del marido en la familia, así como la del artículo 145 sobre el deber de protección que aquél debía dispensar a la mujer.

Con expresión de Trabucchi (67), el Proyecto consagraba el acuerdo de los cónyuges como ley ideal del gobierno de la familia, así como de la elección de residencia familiar por parte de los esposos. Pero ¿qué solución se arbitraba para el caso de que éstos no llegasen a un acuerdo? De forma similar a lo que se establecía en el artículo 215 del Código Civil francés después de la reforma de 1970, el Proyecto de que tratamos hace prevalecer la decisión del marido en caso de desacuerdo de los esposos (68), brindando a la mujer, no obstante, la posibilidad de recurrir al juez (69) cuando esa decisión sea gravemente perjudicial para la vida de la familia (70). No vamos a repetir aquí lo que ya dijimos sobre esa atribución del poder último decisorio al marido (71) al hablar de la legislación francesa.

(65) *Artículo 2.º Proyecto Reale Oronzo* (adición al artículo 143 del Código de 1942): "Entrambi debbono contribuire con il lavoro professionale o casalingo e con le loro sostanze a soddisfare le esigenze della famiglia...".

(66) *Artículo 3.º Proyecto Reale Oronzo* (sustituyendo al artículo 144 del Código de 1942): "I coniugi stabiliscono d'accordo l'indirizzo unitario della vita familiare e fissano la residenza della famiglia in considerazione delle esigenze e degli interessi di questa...".

(67) *I principi generali della riforma nel sistema del Diritto di Famiglia en La riforma del Diritto di Famiglia*. Quaderni della Rivista di Diritto Civile. Padova, 1967, pág. 16.

(68) *Artículo 3.º, párrafo 2.º Proyecto Reale Oronzo*: "In caso di disaccordo prevale la decisione del marito".

(69) Sobre esta intervención judicial en el gobierno de la familia pueden verse las abundantes críticas, tanto favorables como desfavorables, que con motivo de la elaboración de este Proyecto fueron hechas por la doctrina italiana. Vid. las relaciones e intervenciones de TRABUCCHI, GIORGIANNI, RODOTA, SIMONETTO, LIPARI, FERRI, FUNALOLI, SCADUTO, BETTI, SCONAMIGLIO, SANTORO-PASSARELLI y SCHLESINGER, principalmente, en *La riforma del Diritto di Famiglia* (Acti del Convegno di Venezia 30 Aprile-1 Maggio 1967). Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1967, págs. 9 y ss.

(70) *Artículo 4.º Proyecto Reale Oronzo* (sustitución del artículo 145 del Código de 1942): "La moglie, nel caso in cui la decisione del marito siano gravemente pregiudizievole per la vita della famiglia, può ricorrere al giudice prospettando la soluzione che considera adeguata...".

(71) La doctrina italiana no considera esta solución como contraria al principio de igualdad de los cónyuges, opinión en la que nosotros participamos. Así SCHLESINGER: *L'intervento del giudice. La parità dei coniugi en La riforma...* cit., pág. 222, estima que no puede acusarse de incoherencia al citado Proyecto por haber afirmado, por un lado, la paridad y, por otro, haber atribuido prevalencia a la opinión del marido, ya que en caso de discordancia.

El Proyecto, pues, se centra en torno a la parificación de la posición y de la función del marido y de la mujer en el ordenamiento de la familia, aboliendo todas aquellas normas que en el Código de 1942 obstaculizaban o se oponían a esa idea.

Pero este Proyecto no tuvo plasmación legislativa y los artículos de aquel Código continuaban en vigor, en contraste, no sólo con las exigencias de una nueva realidad, sino con la propia Constitución italiana que, en sus artículos 3.º y, especialmente, 29, declara que el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar. Precisamente la "Corte Costituzionale" tuvo ocasión de pronunciarse en este sentido el 13 de julio de 1970, declarando la ilegitimidad constitucional del párrafo 1.º del artículo 145 del Código Civil (72).

d') *Proyecto de 1971-72 y Ley de 19 de mayo de 1975. Rechazo de toda prevalencia marital. Dirección unitaria de la familia e intervención judicial.*

Nuevo intento de reforma, sobre la base del Proyecto Reale, lo constituyó el Proyecto de 1971-72 (73). Como decimos, aun basado en el Proyecto de 1967, se trataron de superar en éste las críticas hechas a aquél "en nombre de una observación más rigurosa del principio de paridad" (74), rechazando toda prevalencia de la voluntad del marido sobre la de la mujer. La diferencia fundamental del mismo respecto a su precedente, estribaba en la acentuación de la idea del interés de la familia y de la colaboración de ambos cónyuges en pro de la satisfacción del mismo, si bien trataba esto de conjugarse con el interés singular de cada uno de aquellos. Mas, lo verdaderamente relevante de este Proyecto es el hecho de haber servido de base a la Ley de 19 de mayo de 1975, que contiene la reforma más sustancial sobre la materia habida en Italia y que pasamos a examinar a continuación.

había de darse prevalencia a la opinión de uno sólo para superarla. Un legislador futuro, añade este autor, podría dar prevalencia a la opinión de la mujer y, en todo caso, tanto una como otra solución estaría respetando la igualdad de los cónyuges que siempre, como en este caso, se limitaría en pro de la unidad familiar que debe primar sobre todo.

(72) Esta sentencia se halla recogida en BIN: *Materiali integrativi per lo studi del Diritto di Famiglia*. Torino, 1972, págs. 186 y ss.

(73) Este Proyecto fue aprobado por la Comisión permanente de Justicia de la Cámara de Diputados el 1 diciembre 1971 y transmitido al Senado. La anticipada disolución de la Cámara impidió el examen del mismo por el Senado. Fue aprobado nuevamente por la IV Comisión de la Cámara, y sin reforma alguna, el 18 de octubre de 1972. Su texto y comentarios doctrinales pueden verse en: *La riforma del Diritto di Famiglia* (Atti del II Convegno di Venezia 11-12 marzo 1972). Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padova, 1972, y en *Sulla riforma del Diritto di Famiglia*. Padova, 1973, págs. 287 y ss.

(74) TRABUCCHI: *Il governo della famiglia* en *La riforma del Diritto di Famiglia...* cit., pág. 44.

Más subrayada que en Proyecto Reale Oronzo pero coincidiendo exactamente con la redacción del Proyecto de 1971-72, la paridad de los cónyuges se consagra en el nuevo artículo 143-1.º (artículo 24 de la Ley), al declararse en él que "Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri" (75). Esta reciprocidad de derechos y deberes, unida a la colaboración de ambos esposos en interés de la familia se encuentra, asimismo, en los párrafos 2.º y 3.º del mismo artículo por referencia a los deberes de fidelidad, asistencia moral y material, cohabitación y contribución a las cargas del matrimonio (76).

El acuerdo de los cónyuges continúa siendo la base de la dirección unitaria de la familia (77) pero, por un lado, se suprime el poder decisorio último, confiado al marido en el Proyecto de 1967, y, por otro, como decíamos líneas más arriba, se conjugan las exigencias de ambos esposos con el interés preeminente de la familia que vuelve a ser subrayado aquí. De esta forma, el artículo 144 del Código civil italiano (artículo 26 de la Ley) ha quedado redactado así: "I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato" (78).

En caso de desacuerdo sobre la dirección de la vida familiar o fijación de la residencia, no es el marido quien decide sino que, según el artículo 27 de la Ley (sustitutivo del anterior artículo 145 del Código) cada cónyuge, y no sólo la mujer, puede pedir esa intervención judicial (79). El juez, tras intentar el acuerdo de los esposos sin éxito, adoptará la solución que considere más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida familiar, en base a las indicaciones de aquéllos.

(75) SANTORO PASSARELLI: *Significato attuale del Diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia* en *La riforma...* cit., pág. 11, se pregunta si esa afirmación debe hacerse cuando la realidad social presenta una familia en la que las competencias no son las mismas para marido y mujer, y si el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges comporta necesariamente que ambos deban tener en la familia idéntica posición.

(76) Artículo 143-2.º y 3.º: "Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

(77) A decir de TRABUCCHI: *Il governo della famiglia*, cit., pág. 48, el criterio del común acuerdo de los cónyuges, aun no siendo una novedad, contiene otra importante afirmación de principio: el acuerdo no es sólo un medio de decisión, sino también objeto de una obligación esencial para los que viven en matrimonio. La afirmación de tal obligación viene también a dar a cada cónyuge la posibilidad de sustraerse a la prepotencia del otro.

(78) El último párrafo de este artículo no aparecía en el Proyecto de 1971-72.

(79) Intervención que para SANTORO PASSARELLI: *Significato attuale del Diritto...* cit., pág. 12, debería configurarse como secundaria e indicativa y no primaria y dispositiva. La intervención del juez primaria y vinculante, añade este autor, contradice el reconocimiento de los derechos de la familia como

Como puede observarse, esta intervención judicial, objeto de numerosas críticas en el anterior proyecto, no sólo se mantiene en la ley sino que incluso se le da más relevancia por la posibilidad del juez de intervenir también en la determinación de decisiones positivas para el funcionamiento de la familia. Es lo que ha llamado Trabucchi “un poder sustitutivo de gobierno” (80).

c) *Recapitulación de ideas. Reciprocidad en la estructuración de los derechos y deberes de los cónyuges. Dirección unitaria de la familia a través de la participación de ambos esposos. Consagración del interés de la familia. Solidaridad y colaboración.*

Las direcciones legislativas examinadas hasta aquí, ponen de relieve, más que en sus aspectos concretos en su significado global, la tendencia generalizada a superar las concepciones tradicionales en que los Códigos decimonónicos basaban su regulación sobre la materia. El modelo legislativo tradicional del gobierno de la familia se basaba en un principio muy simple: el marido, como jefe de la misma, estaba legitimado, de modo consecuente con su capacidad económica, para asumir toda decisión sobre la dirección del hogar familiar. La unidad de la familia se aseguraba por una estructuración jerárquica, autoritaria y exclusivista. En consecuencia, había que controlar de alguna manera la actuación de la mujer, y de los restantes miembros de la familia, para evitar que pudiera ir en detrimento de esa posición que ocupaba el marido en la organización familiar. Esta situación, por lo demás, llevaba aneja, no sólo una serie de derechos, sino también un complejo de deberes que recaían sobre el marido a título principal.

La evolución legislativa, forzada por la social, se dirige en primer lugar a suprimir las trabas que pesaban sobre la actuación jurídica de la mujer y a declarar su plena capacidad civil. Pero para lograr la efectividad de esos principios, se vuelve la vista hacia la posición de ella en la familia y a esa estructura jerarquizada peculiar, a que antes nos hemos referido. A partir de ese momento el problema se centra en la efectiva realización del principio de igualdad, no ya en general, sino en el seno de la familia. La paridad de los cónyuges aboca a la necesidad de garantizar a la mujer el poder de concurrir a las decisiones que afectan a la dirección de la vida familiar. Las legislaciones, en una progresiva evolución, tratan de plasmar aquellos principios. Los

sociedad natural. SCHELESINGER: *Il governo della famiglia...* cit., pág. 57, tampoco considera la intervención del juez adecuada para lograr el principio de igualdad de los cónyuges. GIAMPICCOLO: *Singole osservazioni su tutti i temi della riforma* en *La riforma...* cit., págs. 171-72, estima que esa es la única solución posible aunque no sea satisfactoria. Vid. también las opiniones de RODOTA (págs. 181 y ss. de *La riforma...* cit.); LIPARI (pág. 225, loc. cit.) y PULEO (pág. 273, loc. cit.). La doctrina, en general, puede decirse que no es favorable a esta intervención judicial.

(80) *Il governo della famiglia...* cit., pág. 50.

efectos del matrimonio van referidos a ambos cónyuges. La dirección de la familia es conjunta. Las cargas no pesan ya a título principal sobre el marido, sino que, tanto él como la mujer, han de contribuir proporcionalmente.

Pero la preocupación esencial, en esa difícil tarea emprendida por los legisladores, se centra en la necesidad de compatibilizar esa igualdad jurídica de los cónyuges con la unidad del grupo familiar. Para ello, se matiza esa igualdad con las ideas de solidaridad y colaboración y, sobre todo, se instaura como valor supremo, que es a la vez límite de toda actuación de los esposos, el interés de la familia.

B) *Las soluciones en nuestro Derecho. Necesidad de superación.*

Si hemos recapitulado ideas brindadas por otras legislaciones no ha sido con otro objeto que el de revisar las soluciones adoptadas por nuestro Código, aun después de la reciente reforma, en orden a la posible superación de las mismas.

Hasta épocas muy recientes, nuestro Código se colocaba prácticamente en la fase inicial de esta evolución legislativa. Que no consagrara una incapacidad de la mujer y que doctrina y Jurisprudencia convinieran en que no se debía hablar de potestad marital rigurosa, sino de un derecho-función, no variaba demasiado el planteamiento. El artículo 57 seguía hablando de que el marido debía proteger a la mujer y ésta obedecer a aquél. El 58 de que aquélla debía seguir al marido dondequiera fijara su residencia, con sólo una causa que la eximiera de ese deber. Y los 60 y 61 seguían consagrando una licencia marital que, aun partiendo de su aplicación restrictiva, cubría un amplio ámbito de actuación de la mujer.

La superación de estas soluciones era tarea ineludible de nuestro legislador. Pero, precisamente, el ejemplo de otras legislaciones, que sólo a través de una evolución gradual han conseguido la plasmación de los nuevos principios, debía ponernos en guardia contra soluciones precipitadas o no adaptadas a nuestra realidad social. Nuestro retraso respecto a esas legislaciones era tan patente y eran tantos los puntos que habían de ser sometidos a revisión que de nada hubiera valido el tratar de quemar etapas en un supremo intento de adaptación.

a) *Tendencias generales a que había de dirigirse nuestra legislación: supresión de la licencia marital; consagración del interés de la familia; la dirección de la misma; derechos y deberes de los cónyuges.*

Existían puntos que, de forma inexcusable, habían de ser revisados en nuestra legislación, pues la realidad social había saltado por encima del sistema legal. La institución de la licencia marital carecía de toda justificación. Ni podía basarse en la incapacidad de la mujer casada, ni tampoco en la potestad marital, entendida como expresión de una posición preeminente del marido y abarcando los aspectos personal y patrimonial. Ni siquiera entendiendo la autoridad marital como un

derecho-función dirigido a actuar la unidad de dirección de la familia, alcanzaba justificación ese mecanismo de control que era la licencia marital. La unidad de dirección de la familia y el supremo interés de ésta sobre los peculiares de los cónyuges, son ideas que tienden a consagrar y que consagran hoy las legislaciones, cuando la institución de la licencia hace tiempo que ha desaparecido de su sistema positivo. Y es que ésta para nada obsta a esa unidad y se coloca en un plano distinto del de la dirección de la familia. La unidad de dirección de la misma no justifica la atribución de poderes exclusivos y de control al marido. Esa misma finalidad se logra en otras legislaciones recurriendo a una dirección conjunta o al común acuerdo de los cónyuges.

Situados en esta perspectiva, abolida la licencia marital y conservando ambos cónyuges su capacidad dentro del matrimonio, sería preciso abordar el problema de la actuación práctica de esa igualdad en lo relativo a la dirección de la vida familiar. A nuestro parecer, este problema es mucho más delicado que el anterior y pueden seguirse varios sistemas. La tendencia que hemos observado en otros ordenamientos, es la de atribuir la dirección conjuntamente a ambos esposos y basar en el común acuerdo el gobierno de la familia. Realmente, la idea de paridad se lleva a cabo así de forma rigurosa, pero el recurso a la intervención judicial, para el caso de desacuerdo, empaña el brillo de esta solución. Otra forma de resolver el problema sería la de distribuir funciones entre los esposos, teniendo en cuenta que la igualdad no tiene por qué significar identidad de funciones. Mas, en todo caso, habría de presumirse que ambos cónyuges estaban legitimados para actuar, conjunta o separadamente, en los asuntos relativos al hogar, respondiendo solidariamente por las deudas así contraídas por cualquiera de ellos.

Pero lo realmente fundamental en este ámbito, más que el mecanismo técnico elegido para aunar la igualdad de los esposos con la unidad de dirección de la familia, sería la consagración como valor supremo, que regiría y limitaría las actuaciones de aquéllos, el del interés de la familia. La protección de este superior interés y no la de la mujer, ya plenamente capaz, justificaría limitaciones recíprocas que ahora no irían en detrimento del principio de igualdad por alcanzar a ambos cónyuges por igual. El interés de la familia se erigiría en la ley fundamental que presidiría e informaría toda posible actuación de ambos cónyuges. ¿Ha respondido la Ley de 2 de mayo de 1975 a estas directrices generales? ¿En qué grado?

b) *La consagración de esos principios en la Ley de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges.*

Todos estos principios, de carácter indicativo y programático, habían de contar con una técnica legislativa adecuada que escogiera los instrumentos más idóneos para conseguir su plasmación positiva. El

Proyecto sobre situación jurídica de la mujer y derechos y deberes de los cónyuges, remitido a las Cortes el 30 de agosto de 1974, se convirtió en Ley el 2 de mayo de 1975. El análisis de sus principios así como de su articulado, no sólo nos mostrará el último grado de evolución en la materia alcanzado por nuestro Derecho, sino que servirá para poner de relieve hasta qué punto aquellos principios a que aludíamos líneas más arriba han sido o no acogidos en nuestra legislación por obra de esta reforma.

a') *Análisis y crítica de los artículos 57 a 66 tras la ley de 2 de mayo de 1975. Sus innovaciones fundamentales.*

La ley que vamos a analizar contiene la reforma de numerosos artículos del Código Civil, así como del Código de Comercio. Nosotros sólo aludiremos aquí a la incidencia de aquélla en los artículos 57 a 66 del primer cuerpo legal citado, dejando para otro lugar lo relativo al significado de la reforma en el ámbito concreto de la regulación de los bienes parafernales.

La Exposición de Motivos de la citada ley, se hace eco de una realidad que ha sido, en último término, el motor de la reforma. Se alude a que las limitaciones que la mujer casada sufre en su capacidad de obrar carecían en la actualidad de justificación, sin que, por otra parte, supusieran como contrapartida una más eficaz protección de los intereses de orden familiar (81). En consecuencia, se trata de plasmar positivamente el principio de que el mero hecho del matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, exigiendo esta idea, ineludiblemente, una reordenación de los artículos 57 a 66 del Código Civil.

La redacción del artículo 56, que en el Proyecto era objeto de una leve modificación (supresión de la referencia al "socorro mutuo" que se recogía bajo la expresión "protección mutua" en el artículo siguiente), ha sido mantenido en su forma primitiva por la Ley (82). No ha sucedido igual, como no podía suceder, con el artículo 57, uno de los que más interés presentan de la reforma. En efecto, la eliminación del deber de protección encomendado exclusivamente al marido, con la contrapartida de la obediencia de la mujer, que constituía la

(81) Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 ("B. O. del Estado" de 5 de mayo, núm. 107): "Una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del Derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. Sufrir ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido. Por lo demás, las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar...".

(82) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes Españolas" de 30 de octubre de 1974, núm. 1.384). *Artículo 56*: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos y guardarse fidelidad". *Artículo 57*: "El marido y la mujer deben protegerse mutuamente y actuar siempre en interés de la familia".

expresión más palpable de la desigual posición de los cónyuges en el matrimonio, revela con toda claridad la nueva perspectiva en la que se sitúa el legislador. Ya no hay protección del superior y obediencia del inferior. Hay un deber recíproco de protección en atención a la igual posición de los cónyuges en el matrimonio, como mutua es la obligación de fidelidad o convivencia, recogida en el artículo 56, o la de respeto de este mismo artículo (83). Mas, quizá, el punto más destacable del nuevo artículo 57 lo constituya el último párrafo del mismo: el marido y la mujer "actuarán siempre en interés de la familia". Más que un deber concreto, encontramos aquí la consagración de un principio general que ha de teñir todas las actuaciones de los esposos. No es un deseable punto de partida, sino una obligación primaria y esencial que debe guiar la vida familiar. Hacíamos ver, líneas más arriba, cómo se echaba en falta en nuestra legislación la consagración de la primacía del interés de la familia sobre cualquier otro posible interés particular de los esposos, primacía que las últimas reformas francesas e italianas cuidaban de resaltar por encima de cualquier otro valor.

Discrepamos, en este punto, de la afirmación de Lacruz (84) según la cual esa referencia al "interés de la familia", entendido literalmente, significaría que cada cónyuge debería preguntarse si cada uno de sus actos es o no contrario a las conveniencias del grupo familiar, lo cual, naturalmente, parece excesivo al citado autor. Sin embargo, no creemos que, ni siquiera una interpretación literal del inciso que comentamos, autorice a llegar a esa conclusión. El "interés de la familia" es un principio general, un punto de referencia, un criterio orientador que alcanzará su juego práctico cuando los Tribunales hayan de dirimir el carácter de determinadas actuaciones de los esposos. Estos, aunque hayan de tender a ello, no habrán de preguntarse en cada caso si sus actos se adecúan o no a ese interés, como no han de preguntarse si cumplen, a través de cada uno de sus actos, ese deber de respeto que el propio artículo consagra. Mas, al igual que el incumplimiento de esta obligación de respeto puede dar lugar a una acción de daños y perjuicios, la falta de adecuación de determinadas actuaciones de los esposos al interés de la familia puede dar lugar a las pertinentes acciones por parte del esposo que considere que se ha producido un atentado contra aquél (85). Añade este autor, que la inclusión de este párrafo final a que venimos aludiendo, obedece "más a lo biensonante de la recomen-

(83) Para LACRUZ-SANCHO (*Derecho de Familia* II, 2.^a ed., Barcelona, 1975, pág. 340 del Apéndice), no parece clara la distinción entre esta obligación de protección recíproca y la de mutuo socorro del artículo 56. Realmente, el posible matiz diferencial entre ambos no aparece demasiado nítido, pero quizá el legislador ha considerado preferible conservar el término "protección" en este artículo para acentuar más su carácter recíproco, por oposición a esa misma protección que antes se estructuraba con carácter unilateral, del marido a la mujer.

(84) *Derecho de Familia*, cit., pág. 341 del Apéndice.

(85) El propio LACRUZ: *Derecho de Familia...* cit., pág. 341 del Apéndice, admite que no cabe excluir algún caso en el cual la actuación de un cónyuge en relación a sus bienes, sin constituir prodigalidad, pudiera ser reprimida por su oposición al interés familiar.

dación moral que encierra, que a su posible efectividad práctica". Ante todo, creemos que en este ámbito nunca puede perderse de vista el claro matiz moral, de difícil sanción jurídica en muchos casos, de algunos de estos deberes entre los esposos. Su eficacia práctica puede ser limitada, mas ello no puede predicarse como específico de este deber de actuación en interés de la familia. Recordemos, de nuevo, ese deber de respeto que recoge el propio artículo que comentamos.

Pero es que, además, estimamos que sería necesario establecer una distinción entre la efectividad práctica que, en línea de principio, podría tener dicho criterio, y la que realmente le ha atribuido el legislador español en la ley de 1975. Porque, y creemos que es en este plano en donde ha de situarse la crítica al inciso del artículo que comentamos, el legislador parece haberse quedado en una simple declaración genérica cuando podía haber materializado ese principio en otros artículos. Para nosotros el "interés de la familia" tiene un doble contenido. Positivamente, es el principio a que ha de tender toda la actuación de los cónyuges. Negativamente, debe servir de límite o control a esa actividad, especialmente a la patrimonial, cuando en ella no se adecúen los esposos o contraríen aquel superior interés. Sólo conectando legislativamente a supuestos concretos ambos aspectos, hubiera alcanzado ese "interés de la familia" el juego que en sí encierra, y se le habría dotado de un contenido que nuestro legislador ha parecido olvidar, con una única excepción: la contenida en el artículo 58.

Este artículo quizá sea uno de los más afectados en su paso del Proyecto a la Ley. En aquél se mantenía la obligación de la mujer de seguir al marido dondequiera fijara éste su residencia. Al suprimirse el inciso final del propio artículo, en su redacción de 1888, resultaba que los Tribunales podían eximir a la mujer de esa obligación con "justa causa" y no sólo en el caso extremo de que el marido trasladara su residencia al extranjero o ultramar (86). Sin embargo, con buen criterio a nuestro parecer, el texto aprobado contiene una redacción "ex novo", que recuerda en cierta medida a las soluciones legislativas francesa e italiana, en la que no sólo se da cabida al criterio del común acuerdo de los esposos para la fijación del lugar de residencia familiar, sino que, y esto es lo que ahora nos interesa resaltar, se conecta el criterio del "interés de la familia" a los casos concretos de discrepancia que puedan darse entre los esposos en ese ámbito, ya que el juez, a la hora de dirimirlos, habrá de ajustarse a ese criterio. El abstracto "interés de la familia" alcanzará, de esta forma, adecuada concreción por obra de los Tribunales que, en cada caso, determinarán, valorando las múltiples circunstancias que rodeen los supuestos de hecho, el contenido particular del mismo.

Prosiguiendo el análisis de la Ley, y ya que hemos hecho referencia al artículo 58, señalemos que, aun estructurados los derechos y debe-

(86) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes Españolas" de 30 de octubre de 1974). *Artículo 58*: "La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán con justa causa eximirla de esta obligación".

res de los cónyuges en un plano de reciprocidad, se pone de relieve en ese artículo el mantenimiento en nuestro sistema de cierta prevalencia marital, idea que se pone igualmente de relieve en el artículo 59 a que luego nos referiremos. Esa prevalencia del marido se manifiesta de forma indirecta al atribuirse un poder decisorio subsidiario, cuando falte el primario del común acuerdo, a aquél de los cónyuges que ejerza la patria potestad. Por tanto, habiendo hijos comunes menores "in potestate", será, normalmente, la decisión del marido, como titular de la patria potestad, la que prevalecerá. Desde luego, el cónyuge no titular de aquélla (en la mayoría de los casos, la mujer), podrá acudir a los Tribunales, los cuales, barajando el criterio del interés de la familia, decidirán el lugar de residencia familiar, en base a las alegaciones de cada uno de los esposos.

Decíamos que el artículo 59 es otra manifestación del plano superior, aunque no suponga ya detrimento en la capacidad de la mujer, en que la Ley coloca al marido (87). A nuestro parecer este es el artículo más criticable de los que estamos examinando. Puede justificarse el que la Ley siga atribuyendo al marido una especie de dirección de los asuntos familiares. Pero lo que no alcanzamos a entender es que se le atribuya el carácter de administrador de los bienes de la sociedad conyugal, cuando, en realidad, ese carácter dependerá en principio del pacto y, en defecto de éste, de lo establecido en el régimen legal supletorio, es decir, del de gananciales y con él el del artículo 1.412 que ya encomienda la administración al marido. Nada aclara, sobre este artículo y las razones que pudieron motivar su mantenimiento (88), la Exposición de Motivos de la Ley que, tras aludir a todos los artículos anteriores, pasa a considerar el 62 y concordantes. Quizá no contemos, pues, con elementos de juicio suficientes, pero estimamos hubiera sido de desear la supresión del mismo. Si los cónyuges pactan capitulaciones, el carácter de administrador o administradores de los bienes del matrimonio, o de los peculiares, si los hay, de los cónyuges, habrá de atenerse a lo pactado, sin que, por otra parte, se cuente ahora con el escollo que suponía la prohibición del artículo 1.316 de que los cónyuges pactaran algo "depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges". La Ley contiene una nueva redacción de ese artículo en la que sólo se alude a aquellos pactos contrarios "a las Leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio". Si, por otra parte, los esposos nada han estipulado, el artículo 1.315 les remite a las normas de la sociedad legal de gananciales, cuyo artículo 1.412, como decíamos, ya atribuye al marido el carácter de administrador de la misma. ¿Por qué mantener ese artículo

(87) *Artículo 59*: "El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario".

(88) Hablamos de mantenimiento porque el nuevo artículo 59 coincide sustancialmente, y salvo la referencia al artículo 1.384, con el primer inciso del anterior artículo del mismo número.

cuando es reiterativo y, además, va contra el principio que ha guiado la reforma? (89).

Artículo fundamental de la nueva ordenación es el 62-1.º, ya que en él, aunque innecesariamente, alcanza concreción el principio básico que ha guiado al legislador: "El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges". El desarrollo de este principio tiene como consecuencia la modificación de todos aquellos preceptos del Código en los que se contenía alguna limitación a la actuación jurídica de la mujer. Los artículos 68-4.º, 189, 224, 237, 244, 893, 995, 1.053, 1.263, 1.301, 1.316, 1.361, 1.383, 1.387, 1.388, 1.442, 1.443, 1.444, 1.548 y 1.716, entre otros, resultan afectados como consecuencia del principio contenido en el artículo 62. No vamos a estudiar particularizadamente las innovaciones introducidas en esos artículos ya que, en último término, se trata de hacer efectiva la declaración del artículo 62 en cada una de las materias reguladas por ellos. A los artículos 1.383 y siguientes nos referiremos más adelante. Pero queremos resaltar que, con evidente retraso respecto a la mayoría de los países, la consagración de este principio cubriría una etapa más en nuestra legislación (90), al suprimir la licencia marital y la representación de la mujer por el marido como residuos anacrónicos desprovistos de toda significación en nuestros días.

La consecuencia inmediata de ello será que cada uno de los esposos podrá realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos que le corresponden, sin más limitaciones que las derivadas del propio régimen económico-matrimonial, convencional o legal.

La antigua representación legal, siquiera reducida y con excepciones al ámbito judicial, de la mujer por el marido, es sustituida ahora por la única representación que era posible tras la afirmación del artículo 62, es decir, la derivada de la voluntad, que recoge el nuevo artículo 63, y con aplicación a ambos cónyuges (91).

Dado que la reforma no pretende alterar la estructura de los regímenes económico-matrimoniales (sólo los afecta indirectamente), se

(89) LACRUZ: *Derecho de Familia...* cit., pág. 342, apunta como posibilidades para justificar el mantenimiento, la de evitar dejar vacíos en el Código, o bien, la de que sería como una forma de declarar que es el marido quien señala el nivel de vida de la familia. Nos inclinamos por el primer término de la disyuntiva, ya que si el legislador hubiera querido otorgar al marido la dirección de la familia, así lo hubiera expresado (y esta es una laguna de la Ley que hubiera podido llenarse en este número del articulado), y no habría utilizado un término tan concreto como el de "administrador".

(90) Nos colocamos así en lo que PALA: *La promoción de la mujer casada...* cit., pág. 315, ha considerado tercer período en esta evolución. En él se reconoce a la mujer su capacidad jurídica plena y desaparecen la potestad y la venia maritales, para establecer entre los cónyuges la igualdad de derechos a la que habrá de corresponder la igualdad y reciprocidad de los deberes nacidos de la unión conyugal.

(91) En la Ley se le da a esta representación un matiz más negativista que en el Proyecto. Mientras en éste, el artículo comenzaba diciendo que "cualquiera de los cónyuges...", en ésta se habla de que "ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida voluntariamente".

contiene en el artículo 65 una referencia genérica a aquellos actos para los que la ley exija que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, disponiéndose en él que la falta de ese consentimiento puede dar lugar a la anulación del acto, a instancias del cónyuge que no lo prestó o de sus herederos. Quizá el legislador haya incurrido en este artículo en cierta imprecisión, ya que la referencia genérica al "consentimiento" del otro cónyuge debería haberse matizado teniendo en cuenta el distinto alcance del término en artículos como el 60 y 61 ó el 1.416.

El artículo 66, en un afán equiparador, extiende lo que antes era la potestad doméstica de la mujer casada a ambos cónyuges. Cualquiera de ellos está legitimado para actuar en lo relativo a las necesidades ordinarias de la familia. Mas, a diferencia de lo que sucedía en el correspondiente artículo del Proyecto (92), se ha incluido en la Ley un inciso de dudosa interpretación. ¿Por qué se habla de las necesidades ordinarias de la familia "encomendadas a su cuidado"? ¿Qué alcance ha de darse a esta frase? Porque, para Lacruz (93) está claro que con ella no se ha hecho sino reconocer un ámbito de competencia distinto al varón y a la mujer, en lo relativo a la economía doméstica. Es decir, la diferencia entre el Proyecto y la Ley estribaría en que lo que allí era una legitimación, plena e igualada, a ambos cónyuges respecto a las necesidades ordinarias de la familia (y el criterio para determinar éstas sería el de la naturaleza de los actos y la cuantía de los mismos), sería ahora, en la Ley, una legitimación atribuida a cada esposo en función de las necesidades familiares pero, y esto es lo realmente destacable, solamente respecto a aquellas encomendadas a su cuidado. Los esposos no podrían realizar cualquier acto que fuera encuadrable en el ámbito de la economía doméstica, sino que el art. 66 limitaría esa legitimación genérica a la esfera encomendada al cuidado de cada uno. Habría distinción de competencias, distinción de esferas en esa actuación de los esposos. Consecuencia de esta teoría sería la de que, en cada caso, habría de determinarse si la actuación de aquéllos salía o no de los límites de las actividades domésticas "encomendadas a su cuidado" (93 bis).

(92) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes", cit.). *Artículo 66*: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior aquellos actos relativos a cosas o servicios que por su naturaleza o cuantía sean propios de la economía doméstica".

(93) *Derecho de Familia...* cit., págs. 343-44.

(93 bis) Obsérvese que la actual redacción de este artículo 66 recuerda a la de la Ley 53, párrafo 2.º, de la Compilación Navarra, en la que se establecía que "La mujer, por sí sola, puede disponer y obligar los bienes de la sociedad conyugal para atender las necesidades ordinarias de la familia *encomendadas a su cuidado*, conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia". No obstante, por Decreto-ley de 26 de diciembre de 1975, ha sido aprobada la modificación de algunos artículos de la misma, con objeto de adaptarlos a la reforma del Código Civil. Entre ellos, hemos de hacer notar que se encuentra el de la Ley 53, cuyo texto, a los efectos que aquí interesan, ha pasado ahora a la Ley 54 con una ligera modificación que consiste, precisamente, en la supresión, no sólo de la referencia exclusiva a la mujer (se habla ahora de "cualquiera de los cónyuges"), sino, sobre todo, del inciso que

Para nosotros, y considerando que quizá una visión literalista del precepto podría conducir a los resultados expuestos, no es una interpretación literal sino más bien teleológica la que puede y debe darnos la clave, no sólo de éste sino de todos los preceptos a que estamos aludiendo. Situados en esta perspectiva, estimamos que el legislador, al incluir en el art. 66 el inciso que comentamos, no pretendió atribuir esferas de actuación a cada esposo, cuyos límites, por lo demás, serían en la práctica de difícil o imposible fijación en el campo en que nos movemos. Ese precepto, a nuestro parecer, responde únicamente a una realidad social que el legislador ha tratado de reflejar: el hecho de que hoy en la mayoría de los hogares, y especialmente en aquellos en que la mujer desempeña una tarea fuera del hogar, ambos esposos atienden conjunta e indeterminadamente a esas necesidades ordinarias de la familia que antes, por regla general, se reservaban a la mujer. ¿Cómo y para qué hablar de distinción de esferas cuando los límites de éstas están cada vez más desdibujados? La distribución de competencias se justificaba claramente cuando la mujer carecía de una capacidad, o estaba sometida a unas limitaciones que habían de conjugarse con esa actuación que, de hecho, ella desempeñaba en el ámbito del hogar. De ahí la potestad doméstica recogida en el artículo 62, en su primitiva redacción. Pero cuando, tras la ley que comentamos, se ha reconocido una capacidad plena a aquélla, cuando el fin de la misma es la igualdad de los esposos, y cuando existe una realidad social como la que acabamos de poner de relieve en líneas anteriores, el reflejo legislativo de todo ello, materializado en el artículo 66, sólo puede tener un significado: que, sin distinción de esferas, se legitima a ambos esposos para realizar cualquier acto, todo acto, que, eso sí, según el uso del lugar y las circunstancias y posición de la familia, pueda encuadrarse en las "necesidades ordinarias de la familia".

Pero aún podemos ir más allá. Los criterios que brinda el propio artículo 66, son inoperantes por lo que se refiere al marido. Y decimos esto porque parece innegable que las consecuencias de ese precepto habrían de tener su más inmediato reflejo en orden a la responsabilidad a que quedarían afectos los bienes del matrimonio, como consecuencia de la actuación de los esposos en este ámbito. Pues bien, si nos atenemos únicamente al nuevo artículo 66 y cuando el régimen económico-matrimonial de los esposos fuera el legal, parece que, respecto al marido, la legitimación a efectos de ese artículo se ceñiría a los actos domésticos que fueran calificados como tales conforme al uso del lugar y las circunstancias y posición familiares. Es decir, "sensu contrario", el marido no podría realizar aquellos actos que, conforme al uso del lugar y demás criterios que brinda el artículo 66, no pudieran ser considerados como dirigidos a atender las necesidades ordinarias de la familia. Mas, estas afirmaciones quedan inmediatamente desvirtuadas en cuanto las conectamos con el art. 1.408-1.º, según el cual todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimo-

limitaba la legitimación de la mujer en el ámbito doméstico a las necesidades ordinarias de la familia *encomendadas a su cuidado*.

nio, se ajusten o no a esos criterios del artículo 66, serán consideradas a cargo de la comunidad de gananciales. ¿Por qué, entonces, la referencia a ambos cónyuges en ese artículo? Parece indudable que el legislador, en su afán de igualdad (que se deja ver igualmente en los artículos 62-1.º ó 1.053) ha tenido reparo en referir este artículo únicamente a la mujer, cuando lo cierto es que su idea central sigue yendo dirigida solamente a ella, aun después de la reforma, en el caso más normal de existencia de comunidad de gananciales (y en tanto en cuanto este régimen legal permanezca sin modificar). Porque aunque la mujer tenga ahora plena capacidad de obrar, en el marco de la comunidad de gananciales el marido sigue siendo el administrador y sigue existiendo un artículo 1.416 que irresponsabiliza a los bienes comunes de las obligaciones contraídas por la mujer sin consentimiento del marido. Por ello, era necesario reservar ese ámbito de actuación en el hogar a la mujer y con los límites que en él se establecen, ya que, de otra forma, la comunidad de gananciales no hubiera podido responsabilizarse de las deudas y obligaciones contraídas por la mujer, sin consentimiento del marido, para atender las necesidades ordinarias de la familia.

Para nosotros ese artículo, tal y como aparece redactado hoy, tendría sentido fuera del marco del régimen legal, especialmente con relación a un régimen de separación de bienes Sabido es que, aunque en éste los patrimonios de los esposos permanezcan separados, existen una serie de actuaciones de los cónyuges, precisamente las dirigidas a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, para las cuales se hace preciso legitimar a ambos. De esta forma, los actos relativos a la economía doméstica que realizara el marido, darían lugar a que los terceros pudieran dirigirse contra los frutos y rentas de los bienes de la esposa afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, y lo mismo podría decirse respecto a las actuaciones de la mujer y a los frutos de los bienes del marido.

Mas, incluso desde esta perspectiva, estimamos que hubiera sido más conveniente articular, posiblemente bajo la forma de un régimen primario, una serie de normas en las que, además de establecerse una obligación solidaria de los esposos derivada de las actuaciones de cada uno de ellos en el ámbito doméstico, se estableciera la forma de contribución de cada uno de ellos a las cargas del hogar, en defecto de pacto. Pero, y esto es lo que nos interesa destacar porque es la única forma de dotar de sentido a disposiciones de este tipo, ambas reglas serían independientes del régimen económico-matrimonial a que estuvieran sometidos los esposos, es decir, serían aplicables a todos ellos.

Podríamos pensar que, en buena lógica, ésta y no otra ha sido la idea de nuestro legislador al redactar el artículo 66 y que, por tanto, su falta de sentido al conectarlo con el actual régimen legal de gananciales, no es sino consecuencia de no haberse reformado éste, pero que conserva validez respecto a otros sistemas económico-matrimoniales. Mas, la declaración contenida en el artículo 59 parece contrariar este hipotético sentido, sin que tampoco el suyo aparezca claro, como dijimos con anterioridad. Insistimos, finalmente, en que este artículo, a pesar de su redacción, sigue desplegando su efectividad, principal-

mente, respecto a la mujer, siendo ocioso respecto al marido cuando el régimen de los esposos sea el de gananciales.

Este es, a grandes rasgos, el articulado de la nueva Ley en el punto a que estamos haciendo referencia. Sus notas esenciales podrían resumirse así:

— Reciprocidad en la estructuración de los deberes y derechos de los cónyuges, pero concediendo una cierta preeminencia al marido (artículos 58 y 59).

— Supresión de la potestad marital y restricciones que afectaban a la mujer por el mero hecho del matrimonio.

— Legitimación a ambos cónyuges para realizar los actos atinentes a las necesidades ordinarias de la familia.

— Consagración del interés de la familia como criterio que ha de presidir la actuación de ambos cónyuges y que ha de guiar al juez para dirimir las controversias sobre elección de residencia cuando exista discrepancia entre los esposos.

b') Conclusiones generales. Criterios que podrían haberse acogido en nuestra legislación.

Advertíamos en páginas anteriores cómo el ejemplo de las graduales reformas legislativas llevadas a cabo en otros países debería ser suficiente señal de alerta para nuestro legislador contra soluciones precipitadas o poco meditadas. Y he aquí que, en trance de hacer un balance general de la reforma de mayo de 1975, son aquellos calificativos los que de forma más gráfica describen la nueva ley. Hay en ella evidentes imprecisiones de lenguaje y de contenido. A la deficiente redacción de algunos de sus preceptos, se une la inutilidad o falta de sentido de la conservación de algunos otros. El excesivo u obsesivo afán igualitario que ha presidido la reforma, ha conducido al legislador a un tratamiento bilateral que carecía de significado en algunas cuestiones teniendo en cuenta, especialmente, la patente desconexión o desfase de la regulación de los regímenes económico-matrimoniales.

Se nos dirá que el balance de la ley de 2 de mayo de 1975 ha de ser positivo, al menos desde una perspectiva: la del avance que supone respecto a la situación anterior. Mas, si esto es innegable, no lo es menos que a ese mismo resultado podría y debería haberse llegado con una más depurada técnica (máxime cuando el retraso de nuestra legislación en este campo nos situaba en una situación óptima para aprovechar las experiencias legislativas de otros países), con un mayor rigor conceptual y evitando su desconexión con el resto del sistema.

Las posibilidades que, desde un plano teórico, ofrecía la reforma no han sido aprovechadas o lo han sido insuficientemente por parte del legislador. Podríamos decir que aunque la citada ley cubre una etapa, la relativa a la supresión de las limitaciones que afectaban a la mujer, no cubre otra que es la referente a la dirección del hogar. Se echa en falta en la regulación un precepto que aluda a quién corresponde la dirección de aquél. Recordemos que ese precepto existe, tanto en Francia

tras la reforma de 4 de junio de 1970 (artículo 213) como en Italia a raíz de la de 19 de mayo de 1975 (artículo 144). Y es que, indudablemente, serán muchas las decisiones que habrán de tomar los cónyuges existiendo desacuerdo entre ellos. La falta de un precepto que atribuya a uno u otro el poder decisorio último (sólo se ha previsto para las disensiones en punto a elección de residencia familiar) conduce a que las mismas hayan de dirimirse ante los Tribunales, solución ésta peligrosa y de la que no somos partidarios en el ámbito familiar sino en último lugar, cuando se hubieren agotado otras vías (en defecto de común acuerdo, la prevalencia de la decisión de alguno de ellos).

La consagración del interés de la familia debiera haber tenido un desarrollo más completo. En este sentido, la ley ha supuesto un avance respecto al Proyecto ya que en ella se acude a este criterio en el artículo 58, cosa que no sucedía en aquél. Con todo, si se ha insistido en la dimensión positiva de ese criterio (como base en la actuación de los cónyuges y en el artículo 58), debería haberse hecho igualmente en su dimensión negativa o de control, de tal modo que se sancionara, con diversas medidas, la actuación de cualquiera de los esposos, tanto sobre bienes comunes como sobre bienes privativos, que pusiera en peligro ese superior interés de la familia.

Es indudable que uno de los puntos centrales, en el ámbito patrimonial del matrimonio, es el de la regulación de la medida de la contribución a las cargas de aquél por cada uno de los esposos. Y, sin embargo, esto es algo que se echa en falta en la nueva regulación y que debiera haber tenido cabida en ella. Porque, ni creemos que el artículo 59 autorice a pensar que con él se ha pretendido hacer recaer sobre el marido a título principal esas cargas, ni consideramos que ese artículo sea aplicable a otro régimen que al de gananciales (como sucedía ya antes de la reforma), ni, en fin, sería ésta una solución concorde con la finalidad misma que ha perseguido la ley a que nos estamos refiriendo. Es indudable que a esa mayor participación que en ella se concede a la mujer, ha de corresponder una mayor responsabilidad del patrimonio de ésta. Igualdad, sí, pero que ha de reflejarse tanto en los derechos como en las obligaciones por ella asumidas. Mas, esta idea general que se desprende de un análisis teleológico de la ley, insistimos, no encuentra reflejo positivo en ella. No existe un precepto que regule de modo general y válido para cualquier tipo de régimen, la medida de la contribución de los esposos a las cargas del matrimonio. Al problema bajo el régimen de gananciales nos referiremos más adelante cuando nos centremos en los bienes parafernales, pero ¿y en los demás regímenes? La falta de regulación de otros regímenes económico-matrimoniales en nuestro Código, hace que, a falta de pacto sobre el particular, haya de acudir al criterio que para la separación judicial de bienes contienen los nuevos artículos 1.435 y 1.436, considerando, igualmente, lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 50 para el caso de matrimonio contraído en contravención del artículo 45 y, por ende, bajo el régimen de absoluta separación de bienes. De ellos se deduce la obligación de ambos cónyuges de atender al levantamiento de las cargas de la familia (art. 1.435), así como la medida de esa contri-

bución: en proporción a sus respectivos bienes (art. 1.436 y art. 50-1.º). De esta forma, los acreedores podrán dirigirse contra ambos cónyuges sin que el patrimonio de la mujer pueda quedar exento de estas responsabilidades.

Pero quizá la crítica más importante que, desde nuestro punto de vista, quepa hacer a la ley, más que a artículos concretos, se refiere al sentido y orientación de la misma. En diversos lugares hemos señalado cómo una de las tendencias más generalizadas que pueden observarse en las reformas legislativas de la materia, consiste en la construcción de un sistema imperativo, de base o régimen primario, al que todo esposo está sometido independientemente de las disposiciones del régimen matrimonial propiamente dicho, y cuyo objeto estriba en constituir un conjunto de disposiciones definidoras de los deberes y derechos comunes e iguales que la unión conyugal impone a sus miembros. La ventaja fundamental de este régimen primario es la de precisar el contenido mínimo indispensable de la organización familiar, y su carácter imperativo y general.

Hubiera sido interesante que el legislador hubiera tomado en consideración la posibilidad de estructurar en esta forma esos derechos y deberes de los esposos que ahora ha reformado, y máxime si se tiene en cuenta el nuevo principio acogido por nuestra legislación, en el artículo 1.315, de la mutabilidad constante matrimonio del régimen económico-matrimonial, convencional o legal. La existencia de este conjunto de reglas, imperativas y generales, constituiría una garantía para los terceros que trataran con los esposos y serían el adecuado complemento de ese principio de mutabilidad del régimen, dotando de una mayor seguridad al tráfico jurídico. Al regular las cuestiones más trascendentes para la unión conyugal (de ahí que quedara excluida la libre elección de los esposos), tendrían en él cabida una serie de puntos de los que nuestro Código parece permanecer al margen. La dirección de la familia, la contribución a las cargas del hogar, las limitaciones recíprocas en aras del interés de la familia, la valoración del trabajo doméstico de la mujer como forma de contribución de ésta a las cargas, serían cuestiones, entre otras, que podrían incluirse en ese régimen. Esto, por otra parte, permitiría una menor rigidez en el ámbito de cada régimen económico-matrimonial concreto.

Sería de desear que, cuando el legislador asuma la tarea de reformar el sistema de los regímenes económico-matrimoniales, volviera a replantearse con mayor coherencia esta serie de cuestiones, tratando de escoger los instrumentos técnico-jurídicos más adecuados a la finalidad que trata de perseguir. Cuando los antiguos instrumentos no respondan a ella, habrá, inevitablemente, que recurrir a nuevos conceptos, a nueva terminología, a nuevas figuras o categorías jurídicas más aptas para contener los también nuevos principios que se tratan de acoger en nuestra legislación.

II. PROYECCION DE LA LICENCIA MARITAL EN EL AMBITO PARAFERNAL CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DE 2 DE MAYO DE 1975

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La problemática general que, con anterioridad a la reforma de 2 de mayo de 1975, planteaba el tema de si las limitaciones impuestas a la capacidad patrimonial de la mujer casada, en los artículos 60 y 61, tenían o no alcance general, siendo, por tanto, aplicables al margen del régimen de bienes por el que se gobernara el matrimonio, cambiaba ya entonces de cariz cuando se conectaba con la institución concreta de los bienes parafernales. En efecto, existían dos puntos que alteraban el planteamiento de aquella problemática en este campo. Por un lado, había un precepto concreto, el artículo 1.387, que consagraba la necesidad de licencia para que la mujer casada enajenara, gravara, hipotecara y compareciera en juicio con relación a sus parafernales. Por otro, estos bienes no eran, ni son, en nuestro Código una institución regulada al margen del posible régimen matrimonial adoptado por los cónyuges (94) sino que se encuentran incardinados dentro del sistema ganancial y de él son tributarios varios de sus preceptos.

La ley de 2 de mayo de 1975, tantas veces citada, ha afectado, como no podía menos de ocurrir, a la regulación de los bienes parafernales en el primero de aquellos aspectos, pero no en el segundo. El reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada, ha tenido como reflejo inmediato la desaparición del requisito de la licencia marital que el artículo 1.387 exigía para las actuaciones más importantes de aquélla sobre sus bienes. El nuevo artículo 1.387 establece que "La mujer puede disponer por sí sola de los bienes parafernales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 de este Código". De aquí que, si con anterioridad a la reforma hubiera sido de gran interés el analizar el funcionamiento de la licencia por relación a este patrimonio, carece hoy en absoluto de relevancia.

No obstante, esa desaparición de la licencia ha dejado subsistentes una serie de problemas, derivados especialmente de ese segundo carácter que atribuíamos a los bienes parafernales en nuestro Código: el de haber sido y seguir siendo una pieza más del régimen de comunidad de gananciales. Si la licencia marital respecto a esos bienes cumplía una determinada función, íntimamente ligada al funcionamiento mismo de aquel régimen, y si éste no ha sido reformado, podemos preguntarnos ¿cómo se cubre tras la reforma aquella función? ¿Cuál era ésta?

(94) Idea ésta que desarrollamos ampliamente en nuestra monografía "De los bienes parafernales", cit., a la cual nos remitimos.

2. SIGNIFICADO DE LA LICENCIA MARITAL EN LA PRIMERA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.387.

A) *El carácter común de sus frutos, unánime justificación doctrinal y jurisprudencial de la licencia del artículo 1.387.*

Con anterioridad a la supresión de la licencia en el artículo 1.387, un sector de nuestra doctrina, reconociendo que la mujer era la única legitimada para efectuar las enajenaciones relativas a sus bienes parafernales, admitía como un hecho que aquella licencia no era sino aplicación concreta del artículo 61 (95) y que, por tanto, tenía en el artículo 1.387 la misma significación que en todos los demás preceptos del Código que exigían tal requisito.

Al lado de ello, los más destacados comentaristas de nuestro Código civil, justificaban la licencia del citado artículo en base al carácter común que el artículo 1.385 atribuía, y atribuye, a los frutos de los bienes parafernales. A este respecto, Scaevola (96), tras reconocer que, dentro de una lógica jurídica rigurosa, no cabe defender la existencia de un dominio sin que le acompañe la facultad de disponer, añade que desde el momento en que al marido se le hace representante y administrador de la sociedad conyugal, cuyos recursos económicos vienen a nutrir los mismos bienes particulares de cada cónyuge, ha de importarle en gran manera que las enajenaciones, gravámenes, o litigios acerca de los bienes parafernales se hagan en condiciones favorables. Es natural y lógico, sigue diciendo el citado autor, el que se le conceda alguna intervención en esos actos para que discierna si pueden obstar en algo al cumplimiento de dichas obligaciones, o sea, para que vigile si aquellos pueden dar lugar a alguna reducción de los frutos parafernales, o si es posible obtener un aumento de éstos en beneficio de todos los intereses del matrimonio. En igual sentido Manresa (97), estima que la disposición de bienes parafernales es un acto de trascendencia que influye en los frutos e intereses de la sociedad conyugal. El propio Castán (98) explicaba que el sistema anterior del Código, en orden a estos bienes, no dejaba de tener alguna explicación: "Los frutos de los mismos son de la sociedad conyugal (art. 1.385) y por ende interesa al marido la conservación del capital. Está, pues, justificado en el régimen del Código Civil —dejamos ahora aparte los problemas del Derecho de Cataluña— que se exija la licencia marital para la enajenación de los parafernales, rigiéndose el matrimonio por el sistema de gananciales".

(95) Así, entre otros, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*. T. IV, volumen 1, Barcelona, 1967, págs. 580-81. NART: *Venia y veto maritales*. R. D. P. 1951, pág. 601.

(96) *Código Civil comentado y concordado*. T. XXI, Madrid, 1904, páginas 834-35.

(97) *Comentarios al Código Civil español*. T. IX, 5.^a ed., Madrid, 1950, página 493.

(98) *La condición social y jurídica de la mujer*. Madrid, 1955, pág. 205.

En este mismo plano podrían situarse las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1928 (99) y 26 de octubre de 1948 (100). En la primera de ellas, se habla de que el marido tiene personalidad y acción para impugnar los actos y contratos que su esposa celebre respecto a bienes parafernales, en cuanto exista el peligro de que aquéllos puedan disminuir los productos de los citados bienes. Es decir, es su calidad de administrador de la comunidad de gananciales, a la que pertenecen los frutos de aquellos bienes, la que justifica su intervención en las actuaciones de la mujer sobre ellos. En la segunda de las aludidas sentencias, se hace referencia a que la licencia del artículo 1.387 “es una facultad concedida a aquél (el marido) para evitar los perjuicios que pudieran originarse, sin su intervención, a la sociedad conyugal, de la cual, según el artículo 1.385, forman parte los frutos de los bienes parafernales, que son gananciales según el artículo 1.401...”.

También De la Cámara (101) recurre a esta justificación. Puesto que los parafernales están destinados, a través de su fructuación, a nutrir el patrimonio común, dice el autor, la ley no quiere que la mujer pueda enajenarlos ni tampoco obligarlos sin licencia de su marido. En otro lugar, refiriéndose al derecho del marido a administrar los frutos de los bienes parafernales, añade: “este derecho es el que justifica la facultad de controlar y, por consiguiente, de vetar, los actos de la mujer que, por vía de enajenación o de obligación, puedan comprometer el patrimonio parafernado, fuente de ingresos (actual o potencial) de la sociedad de gananciales” (102).

Con poca explicitud y, casi siempre, aludiendo al tema de forma tangencial, se encontraban denuncias a esta justificación tradicional en ciertos sectores de la doctrina. Martínez Sarrión (103) se pregunta cómo se llega al requisito de la licencia respecto a estos bienes no comunicados al marido en base a los claros y explícitos textos romanos. “No habiendo comunicación alguna respecto a los bienes parafernales, permaneciendo éstos en poder de la mujer, ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos, en último extremo, al levantamiento de las cargas del matrimonio. Esto es como si a todo accionista de una sociedad se le obligase a mantener un capital de reserva por si acaso la sociedad necesitaba emplearlo para evitar caer en quiebra”. Su conclusión final es la de que jurídicamente no hay razón para mantener la licencia marital en este punto.

Más recientemente, Estepa Moyano (104), analizando los puntos

(99) *Jup. Civ.*, T. 180, núm. 92, pág. 564.

(100) *Jup. Civ.*, T. 24, núm. 16, pág. 150.

(101) *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*. A. D. C., 1969, página 87.

(102) *La separación de hecho...* cit., págs. 88-89.

(103) *La mujer casada y la disposición de sus bienes*. A. A. M. N., 1968 (T. XVI), págs. 537 y 555.

(104) *Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho Civil común español*. R. C. D. I., 1973, págs. 153-54.

en los que nuestro régimen económico-matrimonial está más necesitado de una urgente reforma, no duda en proponer cambios de texto en varios artículos, entre los que se encuentra el 1.387. Aludiendo a la justificación tradicional de la licencia en ese precepto, estima que "si la venia marital controla la actividad femenina por aquello de que los frutos, rentas y rendimientos de su trabajo son gananciales, por razón de simetría habríamos de dar a la esposa el mismo control respecto a iguales ingresos del marido". Ante este resultado, el autor concluye que es preferible suprimir la venia, y como remedio para evitar los posibles abusos dispositivos, las acciones de nulidad por simulación, el recurso judicial o el cambio de régimen matrimonial de bienes, basado en la realización de actos fraudulentos al interés familiar.

En definitiva, parece que la doctrina convenía en que la justificación de la exigencia de licencia marital respecto a los bienes parafernales, se hallaba en la pertenencia de sus frutos a la comunidad, de la cual el marido es administrador. En otras palabras, es la estructura de un sistema económico determinado (el de la comunidad de gananciales), dentro del cual se hallaban incardinados estos bienes, la razón última de la exigencia de aquel requisito. Pero, ¿hasta qué punto es esto sostenible? En términos de derecho positivo parece que la respuesta, tras la reforma de 1975, no ofrece duda. Más hemos de ir más allá y examinar qué es lo que en concreto aboca o puede abocar dentro de ese régimen a la existencia de unas limitaciones, y, sobre todo, si la supresión de la licencia marital supone un obstáculo para el normal funcionamiento del mismo o atenta a las bases en que se asienta ese régimen.

B) *Revisión y crítica de la justificación de la licencia del artículo 1.387 en base a un determinado régimen (comunidad de gananciales).*

a) *Principios comunitarios y principios en los que se asienta nuestro régimen de comunidad de gananciales.*

Según De Page (105), la institución tradicional de la incapacidad de la mujer casada, no tiene otro fundamento y es consecuencia normal e inevitable de la propia estructura de ciertos regímenes matrimoniales basados en la colaboración entre los esposos. Por ello, no es puro azar el que el mantenimiento anormalmente prolongado de aquella institución, haya tenido lugar en aquellos países cuyo régimen legal era el de comunidad. Estos regímenes entrañan necesariamente, según el autor, la indisponibilidad de los bienes de la mujer y, por tanto, su "incapacidad", pues suponen una afectación de todos los bienes de aquélla a las necesidades y cargas del hogar.

En estas afirmaciones hay algo aceptable y algo rechazable. Es cierto que tradicionalmente la incapacidad o, al menos, las limitaciones

(105) *La capacité civile de la femme mariée et les régimes matrimoniaux.* Bruxelles, 1947, pág. 104.

de la capacidad de la mujer, han estado unidas, en general, a regímenes de tipo unitario. No es menos cierto que es precisamente en esos regímenes en los que se muestran hoy las más graves dificultades para conciliar su estructura con la nueva idea de igualdad de los cónyuges en el seno del matrimonio. Pero, afirmar que esos regímenes suponen necesariamente la indisponibilidad de los bienes de la mujer, es confundir la estructura tradicional de los sistemas de comunidad con lo que pueda ser la esencia de éstos.

Desde nuestro punto de vista, lo que caracteriza esencialmente a un régimen de comunidad (es decir, aquello contra lo que no puede atenderse sin que se desnaturalice el régimen en sí mismo), es la existencia de una masa común en la que ambos cónyuges están llamados a participar (106).

Los autores, sin embargo, al referirse a lo que podríamos llamar principios comunitarios, aluden a otros varios que, para nosotros, no son la esencia del régimen de comunidad sino, más bien, los principios que en una determinada legislación informan ese régimen. Así Le Galcher Baron (107) hace referencia, como principios básicos comunitarios, no sólo a la presunción de comunidad y al derecho de goce de ésta sobre los patrimonios privativos de los cónyuges, sino también al derecho de administración del marido sobre los bienes propios de la esposa. En realidad, ninguno de los tres principios constituyen la esencia del sistema comunitario y, de hecho, no se dan en todos los sistemas de este tipo. Precisamente la alusión al derecho de administración del marido sobre los propios de la mujer, pone claramente de relieve cómo el autor está pensando sólo en un sistema comunitario: el existente en Francia antes de la reforma de 13 de julio de 1965 en el que el marido era también administrador de los bienes de la mujer. Baste observar nuestra comunidad de gananciales para comprobar cómo ese derecho de administración no se da, ni tiene por qué darse, en el mismo.

La distinción entre lo que constituye la esencia de los sistemas comunitarios y los principios que los informan en cada legislación positiva, es importante. Si se dice que el sistema de comunidad dificulta el reconocimiento de la capacidad de la mujer casada, habrá de verse si ese escollo se basa en aquella esencia o, más bien, en la regulación positiva de esos sistemas. En el primer caso, si verdaderamente hay una oposición insalvable, habrá de concluirse en la necesidad de susti-

(106) BONET: *Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común*. Centenario Ley Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pág. 20, coincide sustancialmente, al decir que se denomina régimen de comunidad aquel que comporta esencialmente la existencia de un patrimonio común a los dos esposos, afecto ante todo a las necesidades del hogar y destinado normalmente a ser dividido a su disolución entre el marido y la mujer o sus herederos. Por su parte LACRUZ: *Derecho de Familia...* cit., pág. 237, afirma que, en los regímenes de comunidad, la colaboración entre los cónyuges se traduce en una masa de bienes propios de ambos como símbolo de la unión de vidas que el matrimonio representa.

(107) *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. París, 1959, págs. 14 y ss. y 19.

tuir los regímenes comunitarios por los de signo separatista, dado que el reconocimiento de la capacidad de la mujer casada es hoy un dato irreversible del que hay que partir. En el segundo caso, por el contrario, sólo habrán de adaptarse en su plasmación positiva a esa plena capacidad de la mujer, sin atentarse contra la esencia misma de la comunidad.

Admitido que la base de los sistemas comunitarios la constituye la existencia de una masa común en la que ambos cónyuges están llamados a participar, hemos de analizar si se opone esa idea, y en qué, al pleno reconocimiento de la capacidad de la mujer casada. Pero aquí nos enfrentamos con una dificultad de base: esos principios son demasiado generales como para tratar de enfrentarlos entre sí. Es posible que, en principio, no se opongan, pero puede que en la plasmación concreta de los mismos, que es donde verdaderamente interesa comprobarlo, se produzca la colisión. Y aquí ya, entraríamos en el plano del Derecho positivo, punto este que habíamos intentado evitar desde un principio.

Tratemos, pues, de concretar en lo imprescindible aquellas dos ideas de las que partíamos. El renacimiento de la capacidad de la mujer dentro de un sistema económico-matrimonial, impondría básicamente que las únicas limitaciones, de existir alguna, que podrían afectarla serían las derivadas del interés de la familia o de la unidad de dirección de la misma que, por tanto, afectarían en igual medida al marido. La existencia de una masa común, a su vez, supondría la necesidad de que esa masa fuera regida por uno o por los dos cónyuges, ya que ambos serían los titulares de la misma. Y es precisamente en este segundo punto en donde, tradicionalmente, se ha venido apoyando la incompatibilidad a que venimos refiriéndonos.

Se suponía que esa masa común había de tener un administrador único y que éste había de ser, en cualquier caso, el marido. Pero, ¿es esencial esa atribución al régimen de comunidad? Evidentemente, no. Nada se opone a que esa administración sea llevada conjuntamente por ambos cónyuges. Y no sólo eso. La administración, realmente, puede llevarla uno de ellos, marido o mujer, pero uno cualquiera y no indefectiblemente el marido. Si es éste el que la tiene a su cargo, se le atribuirán unos poderes en función y para el desempeño de aquélla, pero por un lado, el límite del interés de la familia evitará la discrecionalidad de esos poderes y, por otro, aquéllos no estarían basados en una supuesta incapacidad de la mujer, por lo que ésta sustituiría a aquél cuando no pudiera desempeñar su función, haciéndolo con las mismas facultades y limitaciones que tenía él. La posibilidad de pacto, daría movilidad a los esposos para determinar por sí mismos a quién correspondía el desempeño de aquella función. Es decir, desde nuestro punto de vista, el problema en un régimen de comunidad, no es que el marido sea el administrador, sino que no pueda serlo la mujer o, dicho de otra forma, que no puedan serlo indistintamente cualquiera de los dos cónyuges.

Desde esta perspectiva, creo que no puede hablarse de que el régimen de comunidad, en esencia, se oponga al reconocimiento de la

capacidad de la mujer casada. El principio de comunidad no tiene por qué oponerse al de igualdad de los esposos, pero ambos han de entenderse, si quieren compatibilizarse, en sus justos límites. Ni la comunidad supone preponderancia o subordinación de un esposo al otro, ni la igualdad supone identidad de funciones. Entendido así, el régimen de comunidad puede ser tan apto como cualquier otro para conseguir la igualdad de los cónyuges en su seno. Es decir, estimamos que la solución puede buscarse en el ámbito comunitario.

Ahora bien, decíamos que existía la posibilidad de que, no obstante esa aptitud genérica del régimen de comunidad, su consagración positiva, o sea, la regulación concreta de esos regimenes en un sistema legislativo, fuera contraria a esa igualdad entre los esposos. Para saber si eso es así, habremos de analizar cuáles son los principios sobre los que nuestro sistema positivo ha construido el régimen de comunidad de gananciales y, más concretamente, dentro de éstos, los que se oponen, o por lo menos dificultan, la plasmación de las ideas a que venimos refiriéndonos. La superación de esa oposición supondrá el retoque de alguno de esos principios, siempre respetando la idea central del sistema comunitario.

De los principios que informan nuestra sociedad de gananciales, existen dos que nos interesan especialmente: 1.º El derecho de goce de la comunidad sobre los patrimonios privativos de los cónyuges. 2.º La administración de la comunidad por parte del marido. Ambos puntos están íntimamente conectados.

Existen, indudablemente, otros rasgos estructurales de este régimen que podrían ofrecer interés, pero hemos advertido que solamente queríamos aludir a aquellos que parecen dificultar especialmente la idea de igualdad dentro de ese sistema, y siempre por referencia al patrimonio privativo de la mujer. En consecuencia, vamos a fijar ahora particularmente nuestra atención sobre la primera de aquellas cuestiones.

El derecho de goce de la comunidad y el hecho de que el marido sea el administrador de la misma, incide sobre el patrimonio privativo femenino dando lugar a que, aun siendo ésta administradora de sus bienes, deba entregar los frutos de los mismos al marido. Ya vimos cómo, por otra parte, esa misma idea del derecho de la comunidad sobre los frutos de los bienes propios, era la que servía a la doctrina para fundamentar la institución, hoy desaparecida, de la licencia marital respecto a los actos que la mujer hubiera de efectuar sobre sus bienes. Así, pues, ese derecho de goce aparece como una de las trabas fundamentales para lograr, bajo el régimen de comunidad, la efectividad de los poderes de la mujer sobre su patrimonio propio. Tendremos, pues, que analizar, no sólo hasta qué punto ese derecho de goce es consustancial al régimen de comunidad y el significado que dentro de él alcanza, sino si las limitaciones a la libre actuación de la mujer respecto a su patrimonio venían directamente provocadas por aquel derecho.

b) *Licencia marital y derecho de goce de la comunidad sobre los frutos de los bienes parafernales.*

Hemos visto cómo nuestra doctrina tradicional prestaba especial atención, al objeto de explicar el sentido de la licencia marital en el ámbito parafernál, a la necesidad o conveniencia de evitar que la mujer, a través de la administración y gobierno de sus bienes propios, pudiera perjudicar los derechos del marido como administrador de la comunidad de gananciales. El razonamiento venía a ser el siguiente: al marido no le es indiferente, tiene un interés, en que los bienes de la mujer se administren bien, pues ello afecta a una de las fuentes de ingresos de que se nutre el patrimonio ganancial del cual él es gestor. La forma de asegurar la protección de ese interés, sería someter al control de la licencia marital los actos más graves que la mujer pudiera efectuar sobre su patrimonio (108). También vimos cómo nuestra Jurisprudencia compartía este criterio (109). El derecho de goce de la comunidad sería entonces la dificultad fundamental en orden a lograr la conciliación del régimen de comunidad con la independencia de la mujer respecto a su patrimonio propio. La determinación del contenido de ese derecho es entonces primordial cuando se tratan de estudiar los poderes de aquélla sobre sus bienes propios en régimen de comunidad.

¿Cuál es el significado y la función de ese derecho de la comunidad? Cada régimen articula de forma peculiar la contribución de los esposos a las cargas del hogar. Bajo el régimen dotal existe una masa patrimonial directamente afecta a esas necesidades. En el de separación, la contribución se efectúa de forma proporcional a los recursos de cada cónyuge. Pues bien, en el sistema de comunidad, esa aportación de los esposos, se realiza de forma automática a través del derecho de goce de aquélla, por el cual los frutos de los bienes peculiares de los cónyuges pasan a formar parte de su haber. Los artículos 1.401-3.º y 1.385, por referencia concreta a los bienes parafernales, recogen en nuestro Código aquél principio. El derecho de la comunidad aparece, pues, como un derecho-función ya que la sola razón de ser del mismo se basa en la necesidad de subvenir a las cargas del hogar.

Pero ese derecho de goce recae, no sobre un bien determinado, sino sobre el conjunto de un patrimonio que, como toda universalidad, sufre fluctuaciones que, en principio, sólo deberían depender del azar o de

(108) Vid. por todos DE LA CÁMARA: *La separación de hecho...* cit., páginas 80, 86, 87 y 88.

(109) La citada Sentencia de 21 de enero de 1928 contempla un supuesto en el que una mujer casada pidió habilitación a los Tribunales para vender o gravar sus tres fincas, a fin de obtener los fondos suficientes para liberar sus propiedades de ciertos gravámenes. Habiendo obtenido, con la hipoteca que su marido le autorizó a contratar, capital bastante para la cancelación, después vendió parte de sus bienes. Como el marido impugnara esa venta, se le reconoció a éste personalidad y acción para ello, en tanto en cuanto ese contrato pudiera disminuir los productos de los parafernales.

la voluntad de sus propietarios. Por tanto, el permitir a los esposos, en nuestro caso a la mujer, realizar enajenaciones sobre su propio patrimonio no supondría en absoluto ir contra aquel derecho de la comunidad, ya que éste sólo vería su base modificada pero no disminuida. Resultaría, simplemente, que, en lugar de recaer sobre bienes estrictamente determinados, recaería sobre bienes susceptibles de variar en cantidad y calidad.

Desde nuestro punto de vista, el derecho de goce de la comunidad no es, ni puede ser, la base del control que se ejercía sobre las actuaciones patrimoniales de la mujer sobre sus bienes parafernales. La estructura de la comunidad de gananciales no era la única justificación de aquella licencia marital. Una cosa es que la estructura tradicional de este régimen hiciera más explicable las limitaciones a la capacidad patrimonial de la mujer casada, por estimarse que así se aseguraba más eficazmente la potestad general de administración confiada al marido, y otra muy diferente que fueran resultado necesario e ineludible del funcionamiento o estructura de ese régimen, y, concretamente, del derecho de goce sobre los patrimonios privativos establecido a favor de la comunidad. En el ámbito positivo, la mejor prueba de ello está en que, tras la ley de 2 de mayo de 1975, se ha suprimido la licencia marital subsistiendo aquel derecho de goce.

Hemos dicho que el permitir a la mujer actuar sin limitaciones sobre su patrimonio personal no atentaría, en principio, contra el derecho de la comunidad a hacer suyos los frutos provenientes de ese patrimonio. Eso es cierto, pero no lo es menos que, de hecho, la mujer en su actuación no sólo puede sustraer esos frutos al acervo común, sino incluso consumirlos en su propio provecho o dejarlos de percibir negligentemente. En estos casos, aquel derecho de la comunidad peligraría indudablemente y habría que arbitrar medios para evitarlo. ¿Llegaríamos, de nuevo, por este camino al recurso de licencia marital? Indudablemente, no. Aparte de que esas situaciones podrían igualmente producirse aunque existiera el requisito de licencia (si bien más difícilmente), una cosa es que la gestión de la mujer pueda ser perjudicial (como puede serlo la del marido respecto a sus bienes propios) y otra, que se parta de la base de que lo será en todo caso, estableciendo ese control previo que es la licencia. Ello nos llevaría ineludiblemente a exigir el mismo control previo respecto a los actos del marido sobre sus bienes propios. Mas, como pone de relieve Palá (110), hasta la reforma de 1958, no había, sin embargo, en el Código civil norma alguna preventiva para impedir que el marido realizara sobre sus bienes actos fraudulentos o malévolos, en perjuicio de la sociedad conyugal.

Existen otros medios jurídicos que, sin limitar la capacidad de la mujer, pueden asegurar eficazmente la tributación de los frutos al patrimonio común, si realmente es ese el fin que ha de tratar de salvaguardarse. Ha de pensarse que el problema de que la mujer pudiera sustraer esos frutos a la masa ganancial, estaría resuelto en

(110) *La promoción de la mujer casada...* cit., pág. 382.

tanto en cuanto, constando su carácter común, así como el de los hipotéticos bienes adquiridos con esos frutos por la presunción del artículo 1.407, el marido podría reclamar su entrega en cualquier momento, en su calidad de administrador de la sociedad de gananciales.

En el caso de que la mujer los hubiera consumido en su propio provecho, o bien los hubiera dejado de percibir negligentemente, el marido podría exigir responsabilidades a aquélla y, en base a la obligación de la misma de contribuir a las cargas del matrimonio, exigir su cumplimiento aún a costa de la sustancia misma de su patrimonio.

Por otra parte y dado que, indudablemente, una administración desordenada de la mujer sobre sus propios bienes repercutiría sobre la masa ganancial, el marido tendría el recurso de solicitar la declaración de prodigalidad, en su caso, así como la posibilidad de impugnar los actos que aquella hubiese realizado para alcanzar fines ilícitos, cuando el móvil inmoral se hubiera convertido en causa de aquel acto.

Estas son posibles soluciones para evitar que la actuación de la mujer sobre su patrimonio incidiera sobre el derecho de goce de la comunidad. La conciliación entre éste y la libertad de actuación de aquella, podría conseguirse por cualquiera de esos medios, una vez desaparecida la licencia marital.

Pero estimamos que aún ha de irse más allá. El que cada uno de los cónyuges tenga la libre administración y disposición de los bienes que le son propios, no puede significar, en ningún caso, absoluta discrecionalidad en sus actuaciones. La moderna evolución legislativa, en este campo, muestra cómo han de arbitrarse, en todo caso, medios para reprimir o corregir los efectos dañosos a la economía del hogar, producidos por la actuación de uno de los cónyuges, o para impedir que, presentado el peligro, se produzcan daños y perjuicios. Los hechos que provocan la adopción de medidas represivas, no van sólo referidos al cónyuge que administra la comunidad, sino a ambos esposos y en los actos tanto de administración como de disposición sobre sus propios bienes.

Las medidas legales de protección contra esas actuaciones son también diversas en el Derecho comparado: la amonestación, el aseguramiento de bienes para evitar mayores daños, la privación total o parcial de los poderes de administración encomendándolos al otro cónyuge y, en su caso, a un administrador judicial, y las más extremas de separación de bienes y separación de personas y bienes.

Desde nuestro punto de vista, sería de gran interés, a esos efectos, la entrada en juego de una noción que, aunque ausente hasta ahora de nuestra legislación, se introduce ya en el nuevo art. 57 del Código civil. Esa noción no es otra que la del superior interés de la familia que, como dijimos con anterioridad, no sólo debe subyacer en todas las actuaciones de los cónyuges, sino que también debe asumir un papel limitador de las mismas. De esta forma, la independencia de los esposos respecto a su propio patrimonio, habría siempre de atemperarse y adecuarse al interés de la familia. Para evitar atentados contra el mismo, se arbitrarían aquellos medios a que nos referíamos.

líneas atrás, con el fin de que cualquiera de los cónyuges pudiera impugnar los actos lesivos efectuados por el otro, demostrando que, mediante el mismo, se había lesionado o se podría lesionar aquel interés aludido.

Obsérvese que aquí no hablamos de la actuación de la mujer solamente, sino de la de ambos cónyuges por lo que se refiere a sus bienes propios. Y no hablamos de licencia marital sino de controles mutuos entre los esposos, inspirados en algo que trasciende sus propios intereses. Este, y no otro, es el verdadero plano en donde habrían de situarse las limitaciones, y no en el que se encontraba la antigua licencia marital. Concluyendo, la licencia hoy desaparecida no era una consecuencia necesaria del derecho de goce de la comunidad sobre los frutos de los bienes de la mujer, ni encontraba su justificación en aquél. No obstante, situados ya en un plano de independencia de ambos cónyuges en las actuaciones patrimoniales sobre los bienes que les son propios, habría de pensarse si no sería interesante arbitrar mutuos controles, limitaciones recíprocas entre ellos, al objeto de que aquella libertad de actuación no pudiera ir nunca en detrimento, o pudiera servir para defraudar el derecho de goce de la comunidad, lo cual, en último término, supondría un atentado contra algo que debe primar en todas las manifestaciones de la relación económico-conyugal: el superior interés de la familia.

III. SUPRESION DE LA LICENCIA MARITAL POR LEY DE 2 DE MAYO DE 1975. LOS BIENES PARAFERNALES

1. REPERCUSIONES GENERALES DE LA REFORMA EN EL ÁMBITO PARAFERNAL. SUPRESIÓN DE LA LICENCIA EN EL ARTÍCULO 1.387.

Examinado con anterioridad el sentido general de la ley sobre situación jurídica de la mujer casada y derechos y deberes de los cónyuges, nos referiremos aquí exclusivamente al alcance de la misma en punto a bienes parafernales.

Ciertamente, como la propia Exposición de Motivos pone de relieve, esta ley no ha albergado el propósito de alterar el régimen de "las comunidades conyugales", por lo que, las modificaciones que se han producido en el ámbito parafernado, no son sino obligada consecuencia del desarrollo de los principios básicos por ella consagrados y, especialmente, el de la capacidad de obrar de la mujer casada. Es importante no perder esto de vista, ya que ello podría explicar alguno de los problemas que, en materia parafernado, ha creado aquella reforma.

De los once artículos que dedica el Código a la regulación de los citados bienes, seis de ellos se han visto afectados por la nueva ley. Aun cuando no interesa muy directamente al objeto de nuestro trabajo el tema de los parafernados entregados en administración al marido, empezaremos haciendo una referencia general a la reordenación habida

a este respecto, en aras de una más completa visión del alcance de la reforma.

Los artículos 1.389 y 1.391 contenían, como se recuerda, una remisión general a las reglas de los bienes dotales inestimados, en lo relativo a la administración y devolución de los parafernales entregados al marido. Ya en el proyecto que sirvió de base a la ley, se preveía una limitación a aquella remisión, cifándola al caso en que la entrega se hubiera verificado en capitulaciones matrimoniales (111). Al lado de ello, se esbozaba ya lo que, a nuestro parecer muy acertadamente, ha recibido plena consagración en la ley. Se hablaba allí de "administración derivada de mandato", remitiendo al artículo 1.732. No obstante esa idea sólo se acogía en forma referencial respecto al modo de devolución de estos bienes (112).

La ley, dando nueva redacción al artículo 1.389, ofrece ahora dos criterios al objeto de determinar, tanto las normas a que estará sometida la administración de los bienes de la mujer por parte del marido cuando aquélla se los entregó, como su devolución. Como criterio preferente ha de estarse a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales. Mas, en defecto de ellas, la ley ya no se remite a las reglas de los bienes dotales inestimados, sino que se hace entrar en juego las disposiciones generales del mandato.

El acierto de esta nueva regulación se sitúa, a nuestro parecer, en una doble perspectiva. Por un lado, por acentuar la diferencia y desvincular a todos los efectos la normativa de los bienes parafernales de la de los dotales inestimados que, aun pudiendo tener puntos de contacto en este supuesto de entrega en administración al marido, son patrimonios claramente diferenciados y, sobre todo, obedecen a principios muy diferentes.

Por otro lado, la remisión a las disposiciones relativas al mandato "como institución que regula con carácter muy general todo lo relativo a la administración de bienes de otro" (113), viene a consagrar la idea de que el marido, respecto a estos bienes, es considerado como un extraño, como un tercero (114), y los derechos que tiene sobre ellos dependen, en último término, de la voluntad favorable de la mujer, su propietaria, la cual puede determinar, igualmente, en capitulaciones o fuera de ellas, el alcance y contenido de los mismos.

(111) Proyecto de Ley ("Boletín de las Cortes Españolas" de 30 de octubre de 1974, núm. 1.384). *Artículo 1.389*: "El marido a quien hubieran sido entregados en capitulaciones matrimoniales los bienes parafernales está sometido en el ejercicio de su administración a las reglas establecidas respecto de los bienes dotales inestimados".

(112) Proyecto de Ley (loc. cit.). *Artículo 1.391*: "La devolución de los bienes parafernales cuya administración hubiese sido entregada al marido en capitulaciones matrimoniales tendrá lugar en los mismos casos y en la propia forma que la de los bienes dotales inestimados. En los casos de administración derivada de mandato se aplicará lo prevenido en el artículo 1.732".

(113) Exposición de Motivos, Ley 2 de mayo de 1975.

(114) Salvo si se considera la desconexión que en este aspecto supone el artículo 1.384 que, al no haber sido objeto de modificación alguna, conserva aún las garantías a favor de la mujer.

Más interés tiene para nosotros, e indudablemente es la proyección fundamental de esta ley de 1975 en el ámbito parafernial, la supresión de la licencia marital como consecuencia del reconocimiento de la capacidad de obrar de la mujer casada. Decíamos, en páginas anteriores, que el artículo 1.387 no podía subsistir en la redacción que le dio el Código de 1889. El nuevo artículo 1.387, en efecto, elimina la traba que para la actuación de la mujer sobre su patrimonio suponía la licencia, estableciendo que aquélla “puede disponer por sí sola de los bienes parafernales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61 de este Código” (recordemos que ese artículo hace referencia a la minoría de edad de ambos cónyuges), y que “...podrá comparecer en juicio y litigar sobre sus bienes parafernales” (artículo 1.388).

Por otra parte, las medidas de garantía que se contenían en el primitivo artículo 1.388 para que los citados bienes no escaparan al control del marido, consecuentemente, han desaparecido.

La redacción anterior del artículo 1.390 era equívoca y conducía a pensar que, en todo caso y como supuesto normal, el precio de la enajenación de los bienes parafernales era recibido por el marido. Es decir, parecía crear el Código otra forma de parafernales entregados y, en este caso, sin que pareciera necesaria la entrega ante Notario, cuando en realidad la presencia de éste era necesaria a efectos de determinar el concepto en que se entregaron, y a efectos de concesión a la mujer del derecho de hipoteca.

El nuevo artículo 1.390 contempla el supuesto, al cual liga la garantía hipotecaria, en plano puramente hipotético (“si le hubiere entregado al marido”), es decir, como posibilidad que puede darse pero siempre unida a la voluntad de la mujer de efectuar aquella entrega al marido y no como supuesto normal en todo caso de enajenación de estos bienes.

La consecuencia fundamental, pues, a qué da lugar la supresión de la licencia en el ámbito parafernial, es ésta: reconocimiento de la capacidad procesal de la mujer en lo relativo a sus bienes, y reconocimiento de su capacidad extrajudicial para enajenarlos, gravarlos e hipotecarlos por sí sola.

He aquí cómo aquella licencia marital, extraña a la institución pero indisolublemente ligada a la misma desde las Leyes de Toro, ha desaparecido de los bienes parafernales, restituyéndoles así parte de su fisonomía y significado originarios. Y decimos que sólo en parte, porque en realidad los bienes parafernales únicamente encuentran razón de ser en un régimen dotal, como su propia etimología indica. Tras la reforma, sólo se ha acentuado el contrasentido que supone su funcionamiento, de hecho, en uno de comunidad. Es de esperar que el legislador, en una futura reforma del sistema de los regímenes económico-matrimoniales, sustituya esta regulación parafernial por otra más adecuada a un régimen comunitario: la de los bienes propios o privativos de ambos cónyuges.

Pero habíamos visto cómo doctrina y jurisprudencia justificaban la licencia marital respecto a los parafernales en base al carácter común de los frutos de los mismos. La Ley, como hemos dicho, no ha acometido la tarea de reformar los regímenes económico-matrimoniales, por

lo que los frutos de esos bienes siguen siendo comunes, como también sigue siendo el marido, en principio, el administrador de la sociedad conyugal. Llegados a este punto se ponen de relieve dos ideas. En primer lugar, la falta de base de aquella justificación de la licencia respecto a nuestros bienes. Si realmente fuera el carácter común de sus frutos lo que determinaba la existencia y funcionamiento de la licencia, sólo desapareciendo aquél carácter comunitario podría desaparecer ésta, cosa que no ha sucedido. En segundo lugar, es claro que, suprimida la licencia, la mujer podrá, no sólo disponer de estos bienes, sino también comparecer en juicio y litigar sobre los mismos sin que el marido haya de intervenir en estas operaciones. ¿Cómo se asegurará que la actuación de la mujer no lesionará los derechos de la comunidad sobre los frutos de esos bienes? Pero antes de contestar a esta interrogante, vamos a referirnos brevemente a otro de los puntos de interés que ofrece la reforma por relación a los bienes parafernales.

2. CARGAS DEL MATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PARA-FERNALES.

Bajo el régimen legal son los bienes gananciales los afectos en primer lugar al levantamiento de las cargas del matrimonio. Como quiera que de aquéllos forman parte los frutos de los bienes propios de ambos esposos, y como quiera que, según el nuevo artículo 66, cualquiera de ellos está legitimado para realizar todos aquellos actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, tanto las actuaciones del marido como las de la mujer, en este ámbito, obligarán igualmente a los frutos procedentes de los capitales de ambos. Hasta aquí, los principios igualitarios de la nueva ley hallan cumplida aplicación. Ahora bien, si de los frutos de los bienes propios pasamos a éstos en sí mismos, observamos que el capital del marido sigue respondiendo con prioridad frente a la posible dote y, sobre todo, frente al capital parafernál. De esta forma, aunque los cónyuges se encuentren igualmente legitimados, a efectos de lo previsto en el artículo 66, la responsabilidad por esas actuaciones, agotados los bienes comunes, recaerá inmediatamente sobre el capital del marido, y sólo en último término sobre la dote y los bienes parafernales (y aún cabría interpretar que estos últimos sólo en cuanto se trate de gastos diarios usuales y no de gastos extraordinarios).

No parece demasiado consecuente con la finalidad de la reforma este trato de favor que se concede al patrimonio uxorio. Bajo el régimen de gananciales podría ser la conservación del artículo 59, de dudosa interpretación, la que justificara (y es discutible) esa solución: si el marido sigue siendo administrador de la sociedad conyugal, parece lógico que su responsabilidad se vea agravada. Ahora bien, la posibilidad, acentuada tras la reforma, de que los cónyuges pacten que la administración sea llevada por la mujer, hace que, en este caso, aquella responsabilidad primaria del capital del marido que establece el artículo 1.385-2.º, pierda toda razón de ser. La solución lógica y

conforme a la finalidad de la ley, en este caso, sería la de la afección primaria del capital de la esposa para guardar la bilateralidad respecto al supuesto en que fuera el marido el administrador. Una vez más se pone de relieve la desconexión de la regulación parafernada, en concreto ahora del párrafo 2.º del artículo 1.385, con la finalidad de la reforma.

Realmente, y esto ya lo dijimos con anterioridad, el legislador debería haber establecido la contribución por ambos cónyuges, en pie de igualdad, a las cargas del matrimonio e independientemente del régimen de bienes a que éstos estuvieran sometidos. El legislador, no sólo no ha previsto esto, sino que ha mantenido los artículos 1.421 a 1.423, así como el 2.º párrafo del artículo 1.385. No obstante y respecto a este último, parece que, teniendo en cuenta que estos bienes no constituyen en nuestro Código un patrimonio independiente sino más bien una pieza del régimen de comunidad de gananciales, podría interpretarse en el sentido de que sólo se aplicaría en el caso de que el marido fuera el administrador de aquella comunidad, ya que este es el presupuesto en que basó el legislador de 1889 la regulación de ese régimen legal y, en consecuencia, de los bienes parafernadales. De esta forma, cuando aquel presupuesto no se diera, es decir, tanto en el caso de coadministración como en el de existir un régimen diferente al de gananciales, el capital de la esposa estaría afecto a las cargas familiares en pie de igualdad con el del marido.

3. DERECHO DE GOCE DE LA COMUNIDAD SOBRE LOS FRUTOS DE LOS BIENES PROPIOS Y ACTUACIÓN DE LOS CÓNYUGES SOBRE LOS MISMOS.

Hemos puesto de relieve repetidas veces, cómo para nosotros existen dos ideas fundamentales que han de tratar de salvaguardarse por encima de todo en el ámbito de los sistemas económicos del matrimonio: de un lado, el interés de la familia como superior a los intereses peculiares de los esposos; de otro, la contribución a las cargas del hogar y la garantía de los terceros. En principio, el conceder a cada cónyuge la libre administración y disposición de sus bienes privativos, aún en régimen de comunidad, para nada atañe a ese superior interés de la familia. No obstante, como dijimos, de hecho cada cónyuge en su actuación podría atentar contra ese interés, y habrían de arbitrarse medios eficaces para que cualquiera de ellos pudiera impugnar el acto lesivo efectuado por el otro, demostrando que, a través de él, se había atentado contra aquél interés.

Este principio general, válido para cualquier tipo de régimen, cobra especial relieve al conectarlo con el de comunidad de gananciales, ya que, bajo el mismo, la forma de contribuir a las cargas se efectúa automáticamente a través del carácter común de los frutos de los bienes propios de ambos cónyuges. Esto no supondría problema alguno si el administrador de esa comunidad, normalmente el marido, centralizara en sí la administración de todos los bienes del matrimonio (recordemos, en este sentido, el sistema francés del Código de 1804).

Pero cuando la administración, e incluso la disposición, de los patrimonios privativos están en manos de cada esposo propietario, existe la posibilidad de que sustraigan de la masa común los frutos de aquellos bienes a ésta pertenecientes. Aquél interés de la familia a que nos referíamos, peligraría en base a una actuación culposa o dolosa de cualquiera de los dos cónyuges sobre su patrimonio privativo.

Esta actuación podría darse en un doble ámbito; en el de los frutos procedentes de esos bienes, y en el de los bienes en sí mismos considerados. Mas, al llegar a este punto, hemos de tener en cuenta la nueva ley a que nos estamos refiriendo. En ella, a nuestro parecer, se ofrece una vía que, aunque insuficientemente desarrollada, pudiera ser de alguna utilidad a estos efectos. El artículo 57 de la misma dispone que "El marido y la mujer... actuarán siempre en interés de la familia". Esta limitación de tipo genérico a la actuación de los cónyuges, está estructurada de forma recíproca, es decir, atañe a ambos cónyuges y, en este sentido, estimamos que, si cualquiera de ellos prueba que los actos realizados por el otro atentan a ese interés protegido por el artículo 57, los Tribunales habrán de tomar las medidas pertinentes para restablecer la situación, así como para evitar que se produzca en lo sucesivo.

Lamentábamos la poca explicitud y la falta de desarrollo del criterio contenido en el nuevo artículo 57. Hemos de reproducir aquí aquella idea, dado que, precisamente, una de sus más importantes aplicaciones podría darse en el campo de la actuación patrimonial de los cónyuges, especialmente cuando recayera sobre sus bienes propios. Casi todas las reformas legislativas europeas de los últimos años, ofrecen buen ejemplo de esta idea. Suprimida la licencia marital, y con ella el tradicional criterio de protección a la mujer, las nuevas técnicas económico-matrimoniales tienden a sustituirlo por el de protección del interés de la familia, del hogar y de la unión conyugal.

En base a este criterio, se arbitran dos tipos de medidas: unas de carácter preventivo que se dirigen a la conservación de los bienes de los esposos o, al menos, de los más necesarios para el hogar; otras de carácter represivo para corregir los efectos dañosos a la economía del hogar, producidos por la actuación de uno de los cónyuges, o para impedir que, presentado el peligro, se produzcan daños y perjuicios (114 bis). En este sentido, se considera, de un lado, la incapacidad o ineptitud de la persona y su actuación abusiva, dolosa, culposa, fraudulenta o negligente; de otro, los hechos que, sin haber causado daño, producen el temor de riesgo o peligro, como la mala administración; por último, los daños ya causados por pérdidas de ingresos, derroche, disipación, o mala aplicación de fondos, deudas inconsideradas, etc.

Las medidas que se arbitran son también muy diversas, pero haremos notar que tienen como denominador común el ir referidas a ambos cónyuges y el afectar tanto a los bienes comunes como a los propios de cada uno. En general, las medidas de tipo preventivo consisten en

(114 bis) Siguiendo a PALÁ: *La promoción de la mujer...*, cit., pág. 371. y siguientes.

exigir el acuerdo de ambos cónyuges para determinados actos sobre bienes, comunes o privativos, especialmente afectos al hogar conyugal (115). Entre las de tipo represivo existe una amplia gama, que va desde el aseguramiento de bienes, la privación total o parcial de los poderes de administración sobre bienes comunes, o aún, sobre privativos encomendándolos al otro cónyuge o a un administrador judicial, la práctica anticipada de reintegros y reembolsos entre los patrimonios privativos y el común, hasta la disolución anticipada de la comunidad, o la separación de bienes y la separación de personas y bienes (116).

(115) En Holanda, las limitaciones de los poderes de los esposos se refieren a la necesidad del concurso de ambos para efectuar compras a plazos de objetos destinados al hogar (art. 164 B. W.), así como para los contratos que tengan por objeto enajenar o gravar la vivienda o los objetos que componen el mobiliario de la misma ("meubles meublants"), ceder su uso o rescindir el arrendamiento (art. 164 a, B. W.). En Alemania, las limitaciones en aras del interés y cohesión familiares, se refieren, bien a que cada esposo no pueda disponer del conjunto de su patrimonio sin el consentimiento o ratificación del otro (parágrafos 1.365-1.368), bien a la de no poder disponer de los objetos del hogar que le pertenecen sin aquel mismo consentimiento (parágrafo 1.369). Vid. DÖLLE: *L'évolution récente du régime matrimonial légal dans les législations contemporaines. Allemagne*. Rev. Int. Droit Comparé, julio-septiembre 1965, páginas 609 y ss. LABRUSSE RIOU: *L'égalité des époux en Droit allemand*. París, 1965, págs. 218 y ss. BOSCH: *La réforme des régimes matrimoniaux dans le Droit de la République Fédérale Allemande, en Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, 1966, pág. 284. El artículo 1.682, 2b del Código portugués de 1966, dispone que pueden ser enajenados con el consentimiento de ambos cónyuges, los bienes muebles, propios o comunes, utilizados conjuntamente por ellos en la vida del hogar, o como instrumento común de trabajo.

(116) En Bélgica, el artículo 221, párrafo 1.º, del "Code" dispone que, si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes, el Tribunal puede ordenar las medidas urgentes y de tipo provisional que exija el interés del otro esposo y de los hijos. Este precepto, con origen en la Ley de 20 de julio de 1932 (art. 214 j) fue reproducido por la Ley de 1958, mejorándose su procedimiento y eficacia. Las medidas que pueden adoptarse llegan a prohibir a los esposos enajenar, obligar e hipotecar bienes muebles e inmuebles, tanto de carácter común como privativo, sin el concurso del otro cónyuge. Vid. RENAULD: *Droit patrimonial de la famille. T. I. Régimes matrimoniaux*. Bruxelles, 1971, páginas 152 y ss., en donde explica el alcance de este precepto belga. En Holanda, el artículo 180 prevé que cualquiera de los esposos pueda pedir la supresión de la comunidad por actos del otro que perjudiquen o puedan perjudicar a la comunidad, o por haberse negado a comunicarle el estado de bienes y de su administración. En Suiza, el artículo 169 dispone que, cuando uno de los esposos es negligente en el cumplimiento de sus deberes de familia, o pone en peligro al otro de sufrir daño u oprobio, puede la parte lesionada acudir al Juez; éste podrá amonestarle y, si no, tomar una serie de medidas, como lo son la orden a los acreedores del marido negligente en el cumplimiento de sus deberes de satisfacer a la mujer la totalidad o una parte de los pagos (art. 171), o bien medidas más rigurosas de separación de bienes (artículos 183 y 184). En Alemania se dispone la compensación anticipada de las ganancias y la separación de bienes (parágrafos 1.386 y 1.388), cuando uno de los cónyuges no cumple, o incurre en falta en el cumplimiento de las obligaciones económico-conyugales, o dispone de la totalidad de su fortuna sin el consentimiento de su consorte, o cuando uno de los cónyuges rehúsa, obstinadamente y sin razón válida, informar al otro sobre el estado de su fortuna. El artículo 193 del Código italiano, reformado por Ley de 19 mayo 1975, prescribe como medida represiva la separación judicial de bienes, que puede

Si tomamos como modelo la legislación francesa de 1965, podemos ver la consagración legislativa de cuanto venimos diciendo. Por un lado, se establecen medidas para que ninguno de los esposos pueda, por sí solo, disponer de los derechos por los cuales se asegura el alojamiento de la familia, así como el mobiliario de que esté provista (artículo 215-3). El cónyuge sin cuyo consentimiento se ha efectuado el acto, puede pedir la anulación del mismo desde que tuvo conocimiento de él. La proyección o aplicación de este precepto a nuestro campo de estudio, supondría que, si el inmueble en donde habita la familia fuera propiedad de uno de los esposos, aun cuando éste tuviera derecho de disposición sobre el mismo, se vería limitado en tanto en cuanto tendría siempre que contar con el cónyuge no propietario para efectuar aquellos actos de disposición.

De ámbito más amplio es el art. 220-1.º, del Código que comentamos. Si uno de los esposos falta gravemente a sus deberes y pone así en peligro los intereses de la familia, los Tribunales pueden adoptar todas las medidas urgentes que requiera aquel interés. Entre esas medidas, el artículo prevé expresamente que se prohíba al esposo realizar, sin el consentimiento del otro, actos de disposición sobre sus propios bienes, o, incluso, sobre los de la comunidad, y tanto si se trata de muebles como de inmuebles (117). Este artículo, como el anterior, se encuentra incluido en el régimen primario, lo cual significa su aplicación a todo tipo de régimen económico.

Ya por referencia al sistema adoptado como legal en Francia, en defecto de pacto, es decir, la comunidad, los artículos 1.403 y 1.429 contienen otra serie de medidas de salvaguarda. El primero de ellos, tras afirmar que cada esposo conserva la plena propiedad de sus bienes propios, prevé el caso de que alguno de ellos haya consumido fraudulentamente, o haya dejado de percibir, negligentemente, los frutos de aquellos bienes. En ambos casos se establece una cuenta de recompensas, que el esposo deberá restituir a la comunidad cuando tenga lugar su disolución.

Más interés ofrece el artículo 1.429, en el que está previsto que incluso se pueda despojar a cualquiera de los esposos de los poderes de administración y goce sobre sus propios bienes, cuando, por permitir el perecimiento de éstos o por disipar sus rentas, ponga en peligro los intereses de la familia. Cuando esto suceda, tampoco podrá el cónyuge así desprovisto de aquellas facultades, disponer por sí solo más que de la nuda propiedad de sus bienes. El juez, si no se pone de relieve la necesidad de nombrar un administrador judicial, confiará al

ser declarada en caso de mala administración de la comunidad, pero también cuando el desorden en los negocios de cualquiera de los cónyuges o su conducta en relación a la administración, ponga en peligro los intereses del otro o de la comunidad o de la familia, o bien cuando uno de ellos no contribuya a las necesidades familiares en la medida proporcional que le corresponda.

(117) Sobre el alcance de este artículo, exclusivamente referido a los intereses de tipo patrimonial, ver SAYN: *Le régime matrimonial primaire en Les règles générales des régimes matrimoniaux*. París, 1968, pág. 40, y, en especial, la Sentencia de 23 marzo 1966 del Tribunal Grande Instance de Pontoise.

cónyuge demandante la administración de los bienes propios del demandado, así como el poder percibir sus frutos, que habrá de aplicar a las cargas del hogar utilizando el excedente, si existe, en provecho de la comunidad.

Las ideas fundamentales que pueden destacarse de esta regulación son, por un lado, la consagración del interés de la familia como criterio limitativo de las actuaciones de los cónyuges en el ámbito patrimonial (118); por otro, las rigurosas medidas que en base a ese criterio se adoptan y que alcanzan, no sólo a los bienes comunes, sino incluso a los propios de los esposos siempre con una estructuración recíproca; por último, la aplicabilidad general de estas medidas a todo tipo de régimen económico que los cónyuges pudieran haber adoptado.

Volviendo ahora a nuestro Derecho, repetimos que uno de los grandes campos de aplicación del criterio contenido en el artículo 57 hubiera sido el de la actuación concreta de cada cónyuge sobre su patrimonio privativo. La supresión de la licencia marital supone que tanto el marido como la mujer tendrán ahora libertad de administración y disposición sobre sus propios bienes. Respecto a la mujer, se hará innecesaria aquella escurridiza distinción entre actos de administración y de disposición efectuados sobre sus parafernales. Ambas actuaciones le están permitidas sin necesidad del control marital. Pero los frutos de aquellos bienes siguen siendo comunes en virtud del artículo 1.385. Y es más, aun cuando eso no fuera así, la tendencia de todas las legislaciones muestra cómo el atribuir a cada uno de los esposos libertad de disposición sobre su patrimonio, no significa en absoluto que esa libertad sea total. Los poderes se les confieren en interés del matrimonio (119). El reconocimiento de aquella libertad lleva indefectiblemente aparejado, sea cual fuere el régimen matrimonial adoptado por los esposos, el establecimiento de una serie de limitaciones, de cortapisas a su libre actuación, en aras de la protección de la familia como entidad superior a la individualidad de sus miembros.

Puede observarse que hablamos, por un lado, de supresión de limitaciones, cual es la de licencia marital, en pro de una mayor libertad e individualidad de los esposos, y que nos referimos, por otro lado, a la necesidad de regulación de otra serie, si se quiere más importante aún, de limitaciones a los cónyuges. Indudablemente, los planos en que se colocan cada una de ellas son totalmente diferentes. Rechazamos toda limitación que suponga un predominio no justificado de un esposo sobre otro. Rechazamos, por tanto, la limitación de la capacidad de obrar a que estaba sometida la mujer casada. Pero aceptamos e insis-

(118) En este sentido WIEDERKHER: *Le régime matrimonial legal, l'égalité des époux et la protection de l'homme marié contra la femme*. Rev. Trim. Droit Civil, abril-junio, 1969, pág. 265, pone de relieve que de lo que se trata es, no de proteger un esposo contra el otro, sino que se tiene fundamentalmente en cuenta el bien de la familia. Por eso, las disposiciones ponen como condición de aplicación que se atente contra aquélla.

(119) Por eso, el artículo 226, 7.º, párrafo 2.º, ap. 2.º, del Código belga, habla del abuso por la mujer de los poderes que le son confiados en interés del matrimonio, especialmente en caso de dilapidación, imprudencia, etc.

timos en la necesidad de estructurar limitaciones que, en un plano recíproco, tiendan a proteger a la familia (120) y a evitar la reducción injustificada de los patrimonios de los esposos.

Estas limitaciones habrían de referirse tanto a la actuación de los esposos sobre sus bienes en sí mismos como sobre los frutos procedentes de ellos. Así, habría de pensarse si no sería interesante exigir el acuerdo de ambos para ciertos actos de disposición sobre bienes parafernales (igual que para las actuaciones del marido sobre sus bienes propios), especialmente cuando estuvieran afectos a la vida corriente del hogar. Al lado de esta medida de tipo preventivo, podrían articularse otras de tipo represivo, como la posibilidad para cualquiera de los cónyuges de impugnar los actos efectuados por el otro cuando éstos pusieran en peligro el equilibrio del hogar, o bien la posibilidad de despojar a cualquiera de ellos de sus poderes de administración o disposición sobre sus bienes privativos, cuando su actuación acusara imprudencia, ineptitud, fraude, o en cualquier caso de abuso. Tengamos en cuenta que nuestro Código no contiene medida represiva alguna por actos efectuados por el marido o la mujer sobre sus patrimonios privativos que puedan ser dañosos al interés de la familia. El párrafo tercero del artículo 1.413 fue una feliz innovación de la ley de 1958, pero sólo atañe a los actos de disposición, sólo se refiere al marido y, sobre todo, su perspectiva es muy estrecha en relación con la más amplia del interés de la familia (parece mirarse en el precepto, fundamentalmente, a la protección de la mujer) (121).

Añadamos, por último, que quizá el medio técnico más adecuado para lograr la efectividad de esas limitaciones que proponemos, fuera a través de la estructuración de un régimen primario, en la forma en que se ha consagrado en otras legislaciones europeas, ya que así se lograría una aplicabilidad general a todo tipo de régimen.

Subrayamos, indudablemente, el trascendental paso legislativo que se ha dado en nuestro país al suprimirse la licencia marital. Quizá sea precisamente respecto a los bienes parafernales en donde el reflejo de aquella medida legislativa se haga más patente en el plano patrimo-

(120) A este respecto, puede leerse la Exposición de Motivos de la ley francesa de 1965, presentada por M. Jean Foyer (*HAMIAUT: Le réforme des régimes...* cit., pág. 8), en donde se insiste en que el esfuerzo de realizar la igualdad del hombre y la mujer, en el ámbito de los regímenes matrimoniales, debe completarse, si se quiere que sea eficaz, con una serie de medidas de protección contra los daños que al interés de la familia pueda inferir un esposo irreflexivo o malintencionado.

(121) En este sentido son de destacar los artículos 47 y 50 de la Compilación aragonesa. Se prevé, en el segundo de ellos, la privación de facultades de administración al cónyuge que, en el ejercicio de aquéllas, incurre en culpa grave o negligencia habitual, añadiéndose "Con notorio perjuicio de los intereses familiares". Se conecta aquí la idea del interés familiar a las facultades del cónyuge administrador que, además, es de hacer notar, puede serlo tanto el marido (arts. 48-1.º y 49-1.º), como la mujer, respecto a privativos (artículo 49-1.º) o comunes (art. 48-3.º). Por su parte, el artículo 47 concede la liquidación anticipada y parcial de los reintegros debidos, entre los patrimonios de los cónyuges y el común, "de aquellos valores que cada uno hubiera lucrado sin causa a costa de los otros".

nial. Pero, aparte de su trascendencia práctica, casi diríamos popular, desde un punto de vista estrictamente teórico-jurídico, su significado es aún mayor: los bienes parafernales recobrarán parte de su fisonomía originaria, desdibujada durante siglos y aun en nuestros días, como consecuencia de su incardinación en un sistema económico que, cual el de sociedad de gananciales, es totalmente ajeno a los presupuestos básicos en los que primariamente se asentara esta institución.

Mas, no podemos quedarnos en el mero aplauso de esta medida legislativa. El derecho ha de prever las consecuencias que la adopción de un determinado principio provocará. Si con la supresión de la licencia se camina hacia una libertad de actuación de la mujer sobre su propio patrimonio, libertad de la que ya gozaba el esposo, habrá de caminarsé también hacia la estructuración de una serie de limitaciones, de correctivos, a esa libertad de la que ahora gozarán ambos cónyuges.

Si en nuestra legislación se ha dado cabida a la noción del interés de la familia, habrá de conectarse también, como criterio más idóneo, a las actuaciones patrimoniales concretas de aquéllos, de tal modo que sirva de límite y freno a las mismas. El ejercicio de los poderes por parte de aquéllos ha de aparecer, en todo caso, dominado por el interés familiar. Esta idea de la familia y su protección ha de vincular, condicionar, justificar, la actuación o el ejercicio de los poderes de los cónyuges.

Sólo conjugando y estructurando en forma jurídica adecuada esas dos ideas, de libertad, por un lado, y de limitación, por otro, podrá lograrse un auténtico equilibrio en el seno de las relaciones patrimoniales de los esposos. La reciprocidad será el denominador común de ambas nociones. La actuación de la mujer sobre su propio patrimonio, sobre sus bienes parafernales, ha cobrado un nuevo sentido, teñido de libertad, al suprimirse la licencia marital. Será necesario teñirla, como la actuación del marido, con el criterio superior del interés de la familia.

Salamanca, febrero 1976