

Apéndice al estudio *La capacidad jurídica de la mujer casada*

LA LEY 14/1975, DE 2 DE MAYO, SOBRE REFORMA DE DETERMINADOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL Y DEL CODIGO DE COMERCIO SOBRE LA SITUACION JURIDICA DE LA MUJER CASADA Y LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES

Los trabajos de la sección especial de la Comisión General de Codificación acerca de la condición jurídica de la mujer casada culminaron en la redacción de un anteproyecto, que fue sometido a la aprobación del Gobierno en el verano de 1974 y remitido para su publicación al *Boletín Oficial de las Cortes* (núm. 1.384, de 30 de octubre del mismo año). Tras la preceptiva elaboración en la Comisión de Justicia de dicho Organismo, que introdujo algunas correcciones en el anteproyecto, fue aprobado el proyecto por el Pleno en la sesión de 29 de abril de 1975 y promulgado por la ley que encabeza este apéndice.

Desde el principio de la redacción del trabajo hasta la de este apéndice han transcurrido más de dos años. Sin embargo, la mayor parte de los desiderata que expuse en el capítulo XXI («Líneas para una reforma del sistema legislativo de Derecho común») siguen pendientes de satisfacer, pese a la promulgación de esta ley y su innegable avance sobre la situación anterior.

Las tensiones y cambios evidentes en las estructuras de autoridad y poder de España, aunque, de una parte, han posibilitado la reforma, indudablemente han alicortado su alcance. Lo que era óptimo desde la perspectiva de 1973, quizá no lo sea en 1976: de tal modo han sufrido transformación, una auténtica «revolución de expectativas crecientes», las aspiraciones de una mayor libertad civil de la gran mayoría de los españoles.

La ley merece un ponderado juicio, que resalte sus méritos, y a la par exponga sus deficiencias y las difíciles antinomias que provoca en el total ordenamiento jurídico al afectar una parte vital del *continuum* que forman las diversas instituciones del Derecho de familia español y el resto del ordenamiento jurídico. «No se puede cortar una libra exacta de carne de un cuerpo vivo—lo dijo SHAKESPEARE—sin verter sangre», sin hacer más de lo que inicialmente se pretendía.

El legislador reconoce paladinamente en el preámbulo de la ley las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad, que hacen aconsejable y conveniente una revisión del Derecho de familia. Pero, como tantas veces en la promulgación de leyes que afectan al orden público, añade que «tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones»...

En suma: el legislador en lugar de anticiparse al cambio social o simplemente seguirlo y plegarse a él, va a remolque del mismo. Ello me reafirma en la predicción que ya hice en 1972, en *La derogación del antiguo artículo del Código civil por Ley 31/1972, de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia*, que cito en la nota 149 bis del trabajo que estoy epilogando. El legislador ha hecho muy poco y demasiado tarde de lo que el cambio social exigía. Aunque no cabe duda que lo hecho mitigará innecesarios sufrimientos y eliminará algo de la cuasi marginación social que sufre la mujer casada.

Por otra parte, amplía la capacidad de obrar de ambos esposos al suprimir la prohibición de las capitulaciones matrimoniales y de sus modificaciones posteriores a la celebración del matrimonio.

La reforma en este punto cambia el rígido sentido prohibitivo y en ocasiones permite, mediante el pacto capitular, derogar no pocos de los preceptos que establecían un estatuto autoritario en el régimen matrimonial de bienes (arts. 1.407, 1.448, 1.677, por citar sino los más significativos). Algunos de los citados están sentenciados a ser derogados en la reforma del régimen matrimonial de bienes subsiguiente a la que comento.

La práctica jurídica encontrará resquicios para, haciendo uso inteligente de los preceptos liberadores, humanizar un poco el agrio perfil de nuestro Derecho de familia común, acercándolo decididamente a las legislaciones civiles especiales, en las que rigen principios similares a los de la reforma.

La ley ha entrado en vigor, al menos en la medida en que amplía la capacidad de la mujer o de ambos esposos, al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Me remito a lo que escribí en el periódico *Ya* el 14 de mayo del año 1975 (pág. 45): «La mujer casada

no puede ser digna a plazo o condicionalmente, indigna hoy y digna dentro de veinte días.» Debo remitirme, para apoyar mi aserto de la inmediata entrada en vigor de las disposiciones liberadoras de la ley, a la autorizada opinión de don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: «El valor del primer precepto del Código es el de una norma complementaria de todas las disposiciones legales futuras: sólo tendrá eficacia si en ellas no se dispusiera otra cosa. Las nuevas normas legales pueden disponer otra cosa de modo expreso o tácito. Sobre esta base se ha podido deducir que el fin o carácter de un precepto supone a veces, sin necesidad de declaración expresa, un mandato de aplicación inmediata. La jurisprudencia ha interpretado así diversas disposiciones, excluyendo tácitamente la aplicación del artículo 1.º del Código.» Y concluía yo: «Tanto vale que la ley disponga en su parte dispositiva su inmediata entrada en vigor, como que lo establezca, tácita, pero expresivamente, en su preámbulo. Ha cesado la *ratio* que incapacitaba a la mujer. Debe cesar, pues, desde ahora, la ley misma.»

Por otra parte, creo que la ley adopta el grado de retroactividad mínima, consistente en aplicarse inmediatamente de su entrada en vigor a todos los matrimonios existentes en España en tal fecha. Suponer que la incapacidad de la mujer casada, la licencia marital, la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y demás preceptos derogados tardarían una generación entera, treinta o cuarenta años, en dejar de producir efectos, hasta que todas las parejas matrimoniales actualmente existentes hayan desaparecido, es simplemente desconocer el designio del legislador, que es reconocer un profundo cambio en la sociedad española, cambio que no admite espera y cuyo reconocimiento jurídico sólo puede retrasarse en la medida en que lo exijan los estudios necesarios para su conocimiento.

La irretroactividad no puede ampararse en un pretendido «derecho adquirido» del marido a mantener en sujeción a su mujer. Esto sería contrario a la dignidad de aquélla, explícitamente reconocida por el preámbulo de la ley y el artículo 3.º del Fuero de los Españoles, al establecer que la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles. Sería absurdo que la mujer casada antes del 6 de mayo de 1975 fuera una incapaz vitalicia, mientras la que contrajera matrimonio con posterioridad tuviera plena capacidad de obrar.

¿Tiene aplicación la reforma en los regímenes de Derecho civil especial?

Por supuesto que lo tienen, por su propia naturaleza, los artículos referentes a la nacionalidad y los del Código de Comercio.

Los artículos 57 y 58 son igualmente de aplicación general a todos los regímenes de Derecho civil especial, como clara derivación de los

finés esenciales del matrimonio. También lo son dos preceptos cardinales de la reforma: el 62 y el 1.315, en cuanto amplían la capacidad de obrar de la mujer casada o de ambos esposos y están de acuerdo con el espíritu y la letra de la tradición foral.

El resto de los preceptos de la reforma son de aplicación inmediata en Vizcaya y Galicia, por carecer de reglamentación específica sus respectivas compilaciones.

Sin embargo, en las demás regiones el grueso de los preceptos no tiene aplicación, aunque habría que hacer un examen minucioso de cada uno de ellos, que no es el propósito de este apéndice.

Quiero centrarme, dejando aparte el estudio del tema de la nacionalidad de la mujer casada, para el que hay plumas más capacitadas que la mía que pueden enjuiciarlo con más justeza, en los problemas que han motivado el trabajo que estoy epilogando: la capacidad de la mujer casada y el régimen de bienes del matrimonio.

Resulta redundante que el artículo 56, no afectado por la reforma, siga afirmando que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, y que el 57 reformado disponga que el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos y actuarán siempre en interés de la familia. No aprecio diferencia sustancial entre «socorro» y «protección» y quizá uno de dichos deberes recíprocos debió haberse suprimido por innecesario.

La supresión del deber de obediencia de la mujer y de las referencias a la autoridad marital, dispersas en el articulado del Código (artículos 57, 225, 1.315), y el no calificar al legislador al marido como jefe de la familia dejan un vacío aparente, que obliga a colmarlo mediante el acuerdo de ambos cónyuges. El consenso de los mismos, sin prima ninguna a la posición del varón, determina el plan de vida conyugal y el de la familia. No es que la familia quede «acéfala», «sin jefe»: hay que desterrar esa semántica, enturbiadora de una realidad simple y elemental, de que el esposo y la esposa, de común acuerdo, deben resolver por sí mismos sus asuntos.

¿Qué ocurre en caso de desacuerdo? Deben intervenir los Tribunales, custodios de la legalidad en todas las esferas del obrar jurídico de los ciudadanos. Otra cosa sería el bloqueo de la vida familiar, la anarquía o la imposición de la voluntad del más fuerte: nada de ello puede haber sido querido por el legislador, aunque guarde silencio sobre este punto.

Silencio relativo: el artículo 57 obliga a ambos cónyuges por igual a actuar siempre en interés de la familia, lo que les obliga a dirimir sus contiendas pacíficamente, por el consenso de ambos, o ante el Juzgado, si alguno cree que tal unanimidad no existe. Tal remisión es explícita para la fijación del domicilio conyugal, en defecto de acuerdo, si no hay hijos

sujetos a la patria potestad. Pretender que en caso de discrepancia rige el sistema diárquico imperfecto, propugnado por ESPÍN—prevalencia en una primera fase de la voluntad del marido sin perjuicio del recurso judicial de la mujer—, no tiene base legal alguna.

Tal principio general tiene dolorosas excepciones, desde la perspectiva del feminismo. El marido, en defecto de acuerdo con la mujer, si es titular de la patria potestad, fija por sí solo el lugar de la residencia del matrimonio (art. 58) y sigue siendo el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario (art. 59).

De cualquier modo, el sistema jerárquico que imponía la autoridad marital ha basculado hacia el sistema del consenso de ambos cónyuges.

El mutuo respeto que se deben entre sí los cónyuges es claramente un precepto moral más que jurídico, que consagra en el plano familiar el respeto a la dignidad de la persona humana expresada por las leyes fundamentales. Creo es superfluo y bien hubiera podido prescindirse de él, aunque no siempre la expresión de buenas intenciones por el legislador carece de significado.

Es de sumo interés la imposición por el legislador del deber de actuar ambos cónyuges siempre en interés de la familia (art. 57). Tal pauta de comportamiento, estándar, de conducta de dos seres humanos plenamente libres y capaces de obrar, debe regular toda su actuación pública o privada, patrimonial o extrapatrimonial.

En casos extremos tal precepto permitirá a un cónyuge corregir la conducta del otro, pudiendo exigir daños y perjuicios cuando los actos del mismo los origine (art. 1.902) o aplicar la teoría del fraude a la ley o del abuso de Derecho (arts. 6.º, 4, y 7.º, 2, del Código civil, según Ley 3/1973, desarrollada por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo). Tal inciso legítima, en principio, el recurso a tales remedios extremos y cierra el sistema, que establece el artículo 1.413 del Código civil, respecto del marido que pone en peligro con su administración los bienes de la sociedad conyugal.

Creo que es de lamentar el criterio que se ha establecido en materia de fijación de residencia del matrimonio cuando no existe avenencia entre los esposos. Permitir que lo fije por sí solo el cónyuge titular de la patria potestad es, en la práctica, primar al marido y suponer que el interés familiar, principio supremo del actuar de ambos esposos, está mejor servido con su decisión que con la que proceda según la decisión del juzgador. Hubiera sido más justo que se aplicara, en defecto de acuerdo de los esposos, la decisión judicial como en el caso de que no haya hijos *in potestate*.

La intervención judicial, tanto en el caso de fijación del domicilio conyugal, como, en general, en defecto de consenso en el planeamiento

de la vida de la familia, pone de relieve la urgencia de organizar una jurisdicción y un procedimiento especializados en Derecho de familia en el seno de la jurisdicción civil común. El Juez no puede decidir «a fuero de albedrío» en temas tan delicados como son el entramado de los intereses y aspiraciones de los diversos miembros de la familia sin conocer a fondo la materia que se le somete a su consideración. Debe ponderar todos los datos de estructura y función de la familia en general y de esta concreta familia en particular, prevenir más que curar, hacer papeles poco acordes con el estereotipo cultural de juzgador clásico. Para ello debiera proveérsele de los medios adecuados, permitirle recibir toda clase de consejos e informes de asistentes sociales, técnicos en desarrollo comunitario o de dinámica de grupos, psicólogos y en ocasiones de psiquiatras, psicoanalistas, técnicos de todas las especialidades precisas...

Hoy por hoy, mientras no se reforme el sistema orgánico y procedimental vigente, las diligencias para mejor proveer de la Ley de Enjuiciamiento Civil le abren un ancho cauce al respecto.

El artículo 59, en su nueva redacción, claramente permite cualesquiera pactos capitulares contrarios a la administración de los bienes de la sociedad conyugal por el varón, así como cualquier tipo de coadministración y codisposición, administración o disposición solidaria de ambos cónyuges o bien la determinación circunstanciada de las respectivas áreas de competencia. No existe predominio alguno del varón: la estipulación capitular es soberana y no puede considerarse depresiva a la autoridad de los cónyuges en la familia, por haberse suprimido el correspondiente inciso del antiguo artículo 1.315 en su nueva redacción.

Quizá pueda entenderse contrario a la propia esencia del régimen matrimonial de bienes encomendar la administración de los bienes gananciales a un tercero. Sin embargo, habría que ponderar las circunstancias que rodean a tal pacto capitular y, por tanto, sería precipitado concluir sin más tal nulidad (v. gr., matrimonio contraído, si tal caso puede darse, por un deficiente mental u oligofrénico, cuyo coeficiente no llegue, sin embargo, al límite de incapacidad, con otro cónyuge que presuntamente no ofrece garantías de correcta administración de los bienes conyugales).

El legislador se ha limitado a retocar el antiguo artículo 59, eliminando la antigua mención al artículo 1.384.

En defecto de pacto, la atribución al marido con carácter exclusivo de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, unida a su posibilidad de obligarlos por sí solo (art. 1.416) y promover su enajenación (art. 1.413), congelan la posición de la mujer respecto de los gananciales en una posición de inferioridad, denunciada, entre otros, por doña MARÍA TELO NÚÑEZ, presidente de la Asociación Española de Mujeres Juristas, por medio de innumerables intervenciones en los medios de ma-

sas y en varias conferencias pronunciadas en los últimos meses. La mujer no sólo no puede obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento del marido (art. 1.416), sino que ni siquiera tiene la administración de los bienes reservados, adquiridos con su trabajo personal, que la ilustre Abogada ha propugnado. La supresión de tal privilegio del varón es un imperativo de justicia a que deben plegarse los esfuerzos de cuantos juristas deseen promover la condición de la mujer.

No es de esta opinión don JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE en su artículo «El nuevo Derecho español sobre la mujer casada», *Ya* de 4 de junio de 1975, página 5: «A nuestro juicio, hay tres razones que justifican que sea el marido quien administre los bienes comunes. La primera es que, por regla general, es el marido quien con el producto de su trabajo mantiene la familia de manera exclusiva o de modo principal. La segunda es que el marido suele estar más preparado para la gestión económica, y la tercera es que en toda sociedad debe haber un administrador.» No cabe recurso a la autoridad judicial en caso de empate en el régimen diárquico—dice este profesor—, porque tal intervención más bien ahonda las discordias que las resuelve. «La plena igualdad jurídica, a la que aspira el feminismo, sólo cabe en el régimen de separación de bienes y no en el de gananciales.»

Creo que la argumentación de este ilustre mercantilista—nada especialista, por cierto, en materia de Derecho civil, menos en Derecho de familia, y escasamente abierto, por su pertenencia generacional, a las corrientes de cambio que agitan a la sociedad española—se rebate por sí sola y por cuanto he expuesto a lo largo del trabajo que estoy epilogando. Los antifeministas larvados no han añadido un solo argumento científico a los que rebatió STUART MILL hace ya un siglo: su ideología es invariable, impermeable al cambio social e ideológico. Por supuesto, la Historia no les dará la razón y en breves años espero ver redactar por tercera vez este artículo, y los que con él concuerdan, en un sentido más favorable a la mujer.

El artículo 60 amplía la capacidad de los casados emancipados por matrimonio. En efecto, el cónyuge menor de dieciocho años a quien corresponda la administración de los bienes comunes, sólo precisará el consentimiento del otro cónyuge. Anteriormente el Código imponía al marido de tal edad el consentimiento de su padre, madre o tutor. Es lógico que la mujer mayor de edad, sin intervención de tales allegados del marido, complete su capacidad de obrar limitada. Lo que no parece tan lógico es que pierda el control de la administración de los bienes gananciales cuando el marido acceda a la mayoría de edad o incluso sólo a los dieciocho años, en que únicamente precisará el complemento de capaci-

dad que establece el artículo 61 para los actos concretos que dicho precepto prevé.

Tampoco parece lógico que el padre, madre o tutor del marido completen su capacidad limitada cuando se trate de la administración de sus bienes privativos. La distinción entre bienes comunes y bienes privativos, a efectos de precisar el consentimiento del otro cónyuge o de dichos allegados del menor de dieciocho años, parece obedecer a una presunción de troncalidad en el segundo caso, que excluye la intervención del cónyuge. Se presume que los bienes privativos del menor de dieciocho años le provienen de herencia o procedencia familiar, como si no hubiera podido donárselos por razón del matrimonio el otro cónyuge. Si no se ha pactado la exclusión de tales parientes o allegados en la donación antenupcial, la mujer verá intervenir en la administración de bienes que provienen de ella a dichas personas. Y no es claro que la exclusión de tal administración pueda pactarse, por ser materia que afecta a la capacidad de las personas y, por tanto, inderogable por la voluntad privada.

Creo por ello que la regla del consentimiento del cónyuge mayor de edad hubiera sido suficiente para regular ambos supuestos. Como garantía para la familia del esposo menor de dieciocho años hubiera bastado la intervención de dichos allegados para los actos previstos en el artículo 61, ciertamente los más graves y de mayor trascendencia.

El artículo 62 sienta el capital principio de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges. Pese a tan capital afirmación, debe seguirse distinguiendo entre capacidad de obrar y legitimación directa de los cónyuges. La capacidad de obrar era y sigue siendo plena para ambos: el matrimonio restringía la legitimación de la mujer para actuar sobre los bienes comunes y para disponer y litigar respecto de sus parafernales. Tal limitación de la legitimación de la mujer ha sido eliminada en parte: la mujer ha adquirido plena legitimación para actuar respecto de sus bienes parafernales, cuya administración no hubiere entregado al marido—estadísticamente, la inmensa mayoría de los bienes privativos de la mujer—. Sin embargo, la legitimación respecto de los gananciales apenas ha sufrido modificaciones, fuera de las situaciones anómalas del matrimonio o del pacto capitular, ciertamente muy facilitado con la reforma.

El artículo 63 es claramente un precepto superfluo: una cosa tan obvia no precisaba previsión expresa del legislador, por ser una consecuencia directa de los principios generales de la representación. Y lamentablemente, tal serie de repeticiones continúa incansablemente en la reforma. El legislador ha adoptado una directriz de política legislativa equivocada por demás: las reformas del Código no deben producir huecos en el articulado del Cuerpo legal. Y ello le obliga a insertar preceptos

innecesarios, como un mal orador cuando le sobra tiempo debe divagar y repetir conceptos.

Es correcta la redacción del artículo 64, consecuente con la idea de paridad de sexos que tímidamente expresa la reforma, aunque con importantes excepciones.

El artículo 65 establece un principio cardinal que permite de alguna manera paliar la inferioridad jurídica en que sigue la mujer casada. Suprimida la licencia marital era preciso establecer un diverso sistema para aquellos actos en que la actuación de uno de los cónyuges precisa el complemento de voluntad del otro. Ello ha originado la sustitución de la licencia marital por el consentimiento, indiscriminadamente, del marido y de la mujer (arts. 60, 995, 1.361, 1.413 y 1.416 del Código civil, y 6.º del Código de Comercio).

Tal criterio legislativo debe extenderse a aquellos casos en que la estipulación capitular exija el consentimiento del otro esposo para la administración o disposición de los bienes propios o comunes, siempre que la misma no establezca expresamente que tal falta de consentimiento no lleva aparejada la nulidad *in radice* o absoluta.

El artículo sanciona con la anulabilidad la falta de consentimiento, pero no la nulidad *in radice*. Con ello sigue la doctrina jurisprudencial del antiguo artículo 65 y del 1.413 en su redacción de 1958. Por tanto, hemos de recurrir a las reglas de la nulidad de los contratos que establecen los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, que claramente son supuestos de anulabilidad, con la excepción de los artículos 1.305 y 1.306.

Sin embargo, no es claro que se apliquen todos los preceptos de dicho capítulo, v. gr., en tema de legitimación para ejercitar la acción: sólo el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o sus herederos podrán ejercitarla. No los obligados subsidiariamente (v. gr., fiadores, avalistas, codeudores solidarios), pese a la dicción del artículo 1.302.

Es importante la nueva redacción del artículo 1.301, regla 4.ª, que establece una nueva forma de convalidación tácita del acto anulable: el cómputo del plazo de la caducidad de la acción para anular el acto realizado sin consentimiento del otro cónyuge, se inicia desde el día de la disolución de la sociedad conyugal, del matrimonio o del aquel en que el cónyuge afectado hubiera tenido conocimiento suficiente del acto o contrato.

Es claro que si a vista, ciencia y paciencia del otro cónyuge, pero sin consentimiento expreso del mismo, uno de ellos realiza actos para los que tal consentimiento es necesario, en el plazo de cuatro años a partir de tal conocimiento inducido, verá desvanecerse la posibilidad de impugnar el acto. El sistema es progresivo y coherente con la plena capacidad de obrar de ambos cónyuges, que pueden adoptar una posición con-

modesto local de negocio o cualquier útil preciso para la explotación de una actividad familiar (adquisición de un vehículo, máquinas o herramientas de una artesanía). Si la mujer puede ejercer el comercio en nombre propio (art. 6.º del Código de Comercio), podrá adquirir los útiles precisos al efecto.

Mucho más fácil será la labor del Notario si ha sido el marido quien firmó el contrato de adquisición—privado—, y al Notario le consta la legitimidad de la firma de aquél en el contrato, y la mujer se limita a ejecutar la voluntad del marido ausente. Cuando la totalidad del precio de la compraventa queda aplazado y la mujer asume el compromiso personal de satisfacerlo con sus bienes propios, o cuando simultáneamente se otorgue por tercero un préstamo a la mujer en nombre propio para financiar la adquisición del inmueble, parece claro que la adquisición del inmueble es válida y eficaz y se inscribirá a nombre de la mujer privativamente (art. 95, 1.ª, del Reglamento Hipotecario). Otra cosa sería tanto como negar la validez del aplazamiento del precio o de la asunción de un préstamo por la mujer, so pretexto que será muy difícil la prueba de la procedencia del dinero con que ésta pagará los plazos o el préstamo. Ello sería exagerar el alcance del artículo 1.407 del Código civil, que no puede prejuzgar acerca de los actos futuros de la mujer, y minimizar—casi anular—el alcance de su plena capacidad de obrar.

Cuando la mujer se encontrara en casos de extrema urgencia, en que de no adquirir el bien en cuestión el interés familiar pudiera verse afectado en gran manera, podrá alegar el artículo 1.893, 2 (gestión para evitar un perjuicio inminente y manifiesto), o pedir judicialmente la administración de los bienes de la sociedad conyugal, a tenor del último párrafo del nuevo artículo 1.441 del Código civil (abandono de familia o absoluto impedimento para la administración).

El artículo 66, ya estudiado en los párrafos que preceden, extiende la vieja potestad doméstica de la mujer casada al marido. Aquí estimo que el legislador no ha cometido una inútil redundancia. Extender tal potestad al varón, que ya es administrador de la sociedad legal de ganancias y puede, como es lógico, rigiendo este sistema legal, realizar tales actos, significa: a) Que tal potestad del marido es inderogable, aunque se le haya excluido de la administración de tal sociedad. b) Que rige en todos los regímenes matrimoniales de bienes, incluso de separación absoluta, y carencia absoluta de bienes o incapacidad para el trabajo del marido.

El precepto forma el rudimento de un régimen matrimonial básico o primario, que el legislador estima debe ser inderogable para el recto funcionamiento de todas las familias y seguridad de los terceros que con-

tratan con cualquiera de los cónyuges, sea el que fuera el régimen matrimonial de bienes, pactado o legal.

Aun en régimen de separación de bienes o de administración exclusiva de los gananciales por la mujer, los actos del marido obligarán a la sociedad legal o a la mujer. Los terceros podrán dirigirse contra el cónyuge que estimen oportuno para obtener el pago de tales servicios o suministros, sin distinguir masas de bienes o regímenes matrimoniales ni guardar el orden de los artículos 62 (antiguo), 1.362 y 1.385, 2, del Código civil, reglas que establecen el orden de liquidación de la sociedad conyugal disuelta y no afectan a terceros.

Las capitulaciones matrimoniales podrán, desde luego, tener en cuenta «las circunstancias y posición de la familia» y ampliar el margen de acción de los esposos, pero no restringirlo, al menos en lo que evidentemente choque con el uso del lugar. Creo que el uso del lugar hace que en gran parte de las familias de clase media española sea imprescindible el manejo de las llamadas «tarjetas de crédito», cuyas modalidades y utilidad no es del caso exponer. Para el funcionamiento económico del hogar se hacen casi imprescindibles, y los pagos que originen los consumos o servicios financiados con las mismas deben afectar indistintamente los bienes de cualquiera de los esposos o los de la sociedad de gananciales.

La redacción del artículo 68 ha mejorado considerablemente. La regla 3.^a permite al Juez conceder al cónyuge que no ejerce la patria potestad no sólo visitar y comunicar con los hijos encomendados al otro, sino «tenerlos en su compañía», en régimen de visita temporal; salva la patria potestad del otro cónyuge. La recta práctica de las separaciones personas civilizadas ya había introducido tal estancia temporal, indispensable para el mantenimiento de los sentimientos paterno filiales entre el cónyuge no titular de la patria potestad y sus hijos. En esa materia, las mores familiares se han adelantado al legislador.

La regla 4.^a sanciona para las separaciones provisionales la plena capacidad de obrar de ambos cónyuges y la caducidad de los poderes que uno otorgue a otro. El Juez puede conferir a la mujer—ya no excepcionalmente, sino con plena normalidad—la administración de los bienes gananciales o parte de ellos, no sólo «alguno» de éstos, como en la antigua redacción del precepto, por Ley de 24 de abril de 1958.

La redacción del artículo 224 es superflua, pues parece claro que los derechos y deberes dimanantes del matrimonio (arts. 56 y 57 del Código civil) no pueden verse afectados por una declaración judicial de carácter exclusivamente patrimonial.

El artículo 225 pretende ampliar la capacidad de la mujer respecto de los bienes de la familia—gananciales, de los hijos comunes y los que administra en virtud de las capitulaciones matrimoniales.

El artículo 237, al redactar de nuevo las causas de incapacidad para la tutela y protutela, introduce correcciones y amplía causas que no obedecen al propósito declarado del legislador de mejorar la condición jurídica de la mujer casada.

Sin embargo, es correcta la supresión de la incapacidad para tales cargos tutelares cuando no obtuviera la licencia marital, ahora abolida.

También es coherente con tal supresión de incapacidad basada en el sexo la eliminación de la excusa para la tutela y protutela por la sola condición femenina. Y no es incorrecta la excusa que se establece cuando el presunto tutor o protutor tiene cinco o más hijos—se ha suprimido el inciso «legítimo» de la anterior redacción—. Aun cuando no sea propósito de esta reforma hacer referencia a la filiación extramatrimonial, no es inadecuado que le haga surtir este modesto efecto respecto del progenitor que tiene a cargo una familia numerosa, aunque no matrimonial.

No precisa comentario alguno la supresión de la incapacidad de la mujer para ser albacea.

El artículo 995 intenta conciliar la plena capacidad de la mujer para aceptar la herencia, acto a título gratuito que puede realizar con plena eficacia, y la carencia de legitimación para obligar los bienes de la sociedad de gananciales.

La nueva redacción mejora la antigua y elimina sus dudas y ambigüedades, apuntadas por la doctrina. Cuando cualquiera de los esposos no consienta la aceptación de la herencia deferida al otro, no responderán los bienes gananciales de las deudas hereditarias.

Creo que no es preciso que dicho consentimiento se preste caso por caso cuando se abra la sucesión a la que está llamado uno de los cónyuges, sino que es posible se conceda en general para todas las sucesiones—o algunas de ellas—a las que sean llamados los esposos.

Tal consentimiento no está sujeto al régimen del artículo 65. La aceptación de la herencia sin el consentimiento del otro cónyuge es un acto plenamente válido y eficaz y no puede ser impugnado por éste. El defecto de tal requisito únicamente provoca que las deudas hereditarias no puedan hacerse efectivas con cargo a los bienes gananciales, pero para conseguir esta inoponibilidad no hace falta impugnar el acto de aceptación.

No merecen especial mención las supresiones de la licencia del artículo 1.053 (partición de bienes) y de la incapacidad de la mujer casada para prestar consentimiento contractual (art. 1.263, 3.º, del Código civil).

El artículo 1.315 merece una mención especial por su trascendental significado. El legislador es diáfano respecto de la *ratio* que motivó la permisión de las capitulaciones postnupciales: su reconocimiento en las zonas del Derecho foral y que el consentimiento de los cónyuges no

queda influido de modo necesario por la intimidad que genera la convivencia en perjuicio de la mujer. El mejor conocimiento de los mecanismos de la formación de la voluntad humana y, en definitiva, el ascenso cultural y laboral de la mujer permiten confiar que no se viciará sistemáticamente su voluntad en su perjuicio. La manera de conseguir que una persona supere sus inhibiciones consiste en otorgarle un margen de libertad y responsabilidad, lo que cuerdamente ha hecho la reforma.

La innovación obliga a dar vivamente las gracias a los autores que, como DE LA CÁMARA, han luchado denodadamente para ampliar las posibilidades de admisibilidad de pactos con motivo de la separación de hecho de los cónyuges, y ante la parquedad de los resultados obtenidos postularon la oportuna reforma legislativa.

La posibilidad de las capitulaciones y modificaciones de capitulaciones postnupciales abre perspectivas de gran flexibilidad para el régimen económico matrimonial. Para los matrimonios en armonía o en aquellos en que la desavenencia no ha alcanzado caracteres demasiado graves, el remedio es saludable y beneficioso. Para los casos límite de situaciones patológicas del matrimonio, el remedio capitular puede ser traumático, pero evita abandonos de familia, procesos de separación para la obtención de alimentos y liquidación de la sociedad conyugal y otros muchos inconvenientes. La paz de las familias ha quedado más asegurada que antes con esta reforma legislativa.

Cualquier régimen paccionado será bueno o una combinación o mixtura de las estudiadas por la doctrina y las legislaciones acertada, en la medida en que se pliegue estrechamente, como el traje al cuerpo, a las necesidades concretas de esta familia individualizada, que podrá dictarse su *lex privata* patrimonial en cualquier tiempo y cuantas veces juzgue conveniente.

Sin embargo, observo una clara antinomia en la redacción de este precepto y su relación con el artículo 1.433 del Código civil. Dada la regla de la retroactividad en grado mínimo de la reforma legal—aplicación inmediata a los matrimonios actualmente existentes y no sólo a los que se contraigan en lo futuro—se deduce que muchos cónyuges separados de hecho pretenderán liquidar desde ahora, mediante las capitulaciones matrimoniales, la sociedad legal de gananciales. ¿Es admisible que la voluntad de los esposos, expresada en tales capitulaciones, dé lugar a la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad legal de gananciales?

El artículo 1.417 del Código civil no ha sido retocado y sigue suponiendo que tal sociedad sólo se extingue por disolución o nulidad del matrimonio o por las causas del artículo 1.433. Lo grave es que este último precepto sí ha sufrido reelaboración para conceder a ambos cónyuges—no sólo al inocente—el derecho de pedir la separación de bienes

en los casos de separación personal, cuando el cónyuge del demandante hubiere sido declarado ausente o condenado a una pena que lleve aneja la interdicción civil.

La interpretación estricta de ambos preceptos—las causas de disolución de la sociedad legal de gananciales siguen siendo las del artículo 1.433 y las de disolución del matrimonio con carácter taxativo—llevaría a la conclusión de que las capitulaciones matrimoniales no permiten liquidar dicha sociedad y sí sólo pactar para el futuro (v. gr., el régimen de separación de bienes).

Ello haría coexistir en el mismo matrimonio dos regímenes patrimoniales: el de gananciales, para los bienes actuales del matrimonio que pacta separación hasta el día de la misma, sin posibilidad de liquidarlo hasta que se incida en alguna de las causas del artículo 1.433, y el de separación, para los bienes futuros. Habría que reglamentar las relaciones entre ambos regímenes: cabría relaciones de subrogación real, préstamos de masa a masa, reintegros de dichos préstamos, etc., pero jamás su reducción al de separación, meta obvia de ambos cónyuges que han pretendido capitular a partir de la reforma.

Creo que no es éste el propósito del legislador, aunque no cabe duda que la redacción de los preceptos que estoy examinando no puede ser más descuidada.

Por lo pronto, difícilmente puede considerarse como un régimen matrimonial de bienes la masa de gananciales privada de sus posibilidades de incremento, al eliminarse las fuentes de gananciales del artículo 1.401 y concordantes del Código civil. Tampoco podría regir en su plenitud el artículo 1.407 del Código civil ni presumirse que los bienes que no se probara eran privativos tenían la condición de gananciales: ¿qué razón habría para privilegiar sobre un sistema económico otro anterior a él en el tiempo? Y sin el funcionamiento omnímodo del artículo 1.407 queda en entredicho la pureza de líneas de la sociedad legal de gananciales. La masa de bienes alejada de su fuente de ganancias no podría tener vocación de futuro, que es esencial en la *lex privata* de la familia que constituye su régimen económico. Sólo podría conservarse estáticamente y, a lo sumo, no perder sustancia mediante los mecanismos de subrogación real o de reintegro de los préstamos de masa a masa; sufriría la implacable erosión monetaria y los riesgos que prácticas de la contratación viciosas, tales como el fraude fiscal, imponen al que quiere reinvertir su patrimonio o está obligado a hacerlo. No podría considerarse otra cosa que un patrimonio separado de los privativos de ambos cónyuges.

Creo por ello que la antinomia apuntada, aunque debiera ser aclarada en la próxima reforma legislativa del Código civil, debe ser salvada

mediante la interpretación lógica y sistemática de los preceptos concordantes. El artículo 1.432 no ha sufrido variación, pero permite interpretar al 1.433. Son tres las causas de separación de bienes, dice el precepto: la convencional, en capitulaciones matrimoniales; la judicial, cuando el Juez decreta la separación, y la legal, cuando los cónyuges al contraer matrimonio contravienen lo preceptuado en el artículo 50 del mismo Cuerpo legal. Y aun cuando el artículo 1.417 no se remita al 1.432, sino al 1.433, al hacer alusión a las causas de separación, lo cierto es que si el pacto capitular es causa de separación y la reforma lo admite con posterioridad a la celebración del matrimonio, el mismo debe ser causa de disolución —y consiguiente liquidación— de la sociedad de gananciales.

Otra interpretación daría lugar a los grandes inconvenientes prácticos y antinomias que he apuntado, que estimo no han sido queridos por el legislador, quien de buena fe ha creído que el asunto estaba zanjado con la omnimoda libertad de capitular después del matrimonio el régimen que se estime conveniente para él.

El inciso del artículo 1.316 («contrario a los fines del matrimonio»), como límite a la libertad de capitulaciones matrimoniales ante y postnupciales, es confuso. Si con ello se quiere aludir a los deberes recíprocos de los cónyuges, reconocidos en los artículos 56 y 57 del Código civil—que son de preceptiva lectura por el Juez encargado de autorizar el matrimonio civil (art. 100 del Código civil)—, resulta superfluo, pues nadie ha pretendido jamás que tales deberes no fueran de imperativa observancia en todos los matrimonios. Por tanto, el supuesto ya estaba regulado al prohibir el artículo 1.316 que se pactara aquello que fuera contrario a las leyes.

Si se quiere aludir con tal inciso a los fines matrimoniales, en el sentido técnico preciso del canon 1.013 del C. I. C.—la procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario—, se incurre en un grave error: *a)* O se obliga a los cónyuges casados civilmente a adoptar una ética matrimonial católica contraria a su conciencia (v. gr., en materia de la procreación de los hijos, lo que es absolutamente contrario al principio de libertad religiosa establecido por el Concilio Vaticano II y en la vigente ley que regula el ejercicio del correspondiente derecho civil). *b)* O se sanciona con la nulidad los pactos contrarios a tales fines canónicos que entre sí estipulen los contrayentes que adoptan la forma católica. Ello significa gravar a los católicos y desgravar a los acatólicos, lo que es contrario a los iguales efectos civiles que diferentes formas matrimoniales deben llevar aparejadas para cualesquiera ciudadanos, creyentes o no creyentes, contrario a la igualdad de los españoles ante la ley (art. 3.º del Fuero de los Españoles).

El legislador ha cometido un grave error si pretendió sacralizar una materia que anteriormente no era sagrada, en tiempos de cambio que más bien tienden a la secularización, reconocida, además, por la propia Iglesia.

Por todo ello creo que la única interpretación plausible es estimar reiterativo el inciso y sostener que tales pactos contrarios a la ética católica no son nulos en la estipulación capitular, con tal que no contravengan el *mínimum ético* que imponen los artículos 56 y 57 del Código civil.

Tampoco es contrario a las leyes el pacto capitular que derogue el artículo 1.407 y exija se pruebe por los medios ordinarios el carácter ganancial de cualquier bien matrimonial, sin presunción alguna al respecto. Todo el complicado sistema de prueba que han elaborado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre este precepto puede ser derogado mediante la oportuna estipulación capitular.

El artículo 1.320, al establecer la libertad de modificar el régimen económico matrimonial, convencional o legal en todo momento, permite que los cónyuges modifiquen cuantas veces quieran su sistema matrimonial de bienes, adaptándolo a sus necesidades e intereses peculiares.

El artículo 1.321, al exigir para las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones el otorgamiento de escritura pública, claramente tiene carácter imperativo: «necesariamente», dice. Se trata de un caso de forma necesaria o *ad solemnitatem*, cuya infracción acarrea la nulidad *in toto* de las estipulaciones capitulares.

Merece alabanza la redacción del artículo 1.322, en cuanto establece la publicidad de las capitulaciones matrimoniales por medio del Registro Civil (anotación o mención, al margen de la inscripción del matrimonio, de las capitulaciones y su modificación); Registro de la Propiedad (en cuanto contenga referencia a inmuebles), y al margen de la escritura matriz de la primitiva capitulación matrimonial, cuando se trate de modificación de las mismas.

Creo que es superflua la redacción del último párrafo de dicho artículo. Es claro que la modificación del régimen matrimonial de bienes no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros, pues ya lo establece el artículo 6, párrafo 2.º, del Código en su redacción de 1974 (la exclusión voluntaria de la ley y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no perjudiquen a terceros).

La nueva versión del artículo 1.361 es desafortunadísima. Ante la necesaria supresión de la licencia marital que establecía el viejo precepto cabían dos soluciones: a) Permitir que la mujer enajenara por sí el bien dotal, con obligación de reinvertir el precio en bienes que asumirían, por

tal motivo, la categoría de dotales inestimados. *b)* O entregar dicho importe del precio o la contraprestación al marido para que por sí hiciera tal reinversión. Tales obligaciones serían puramente personales: el marido podría exigir en cualquier momento la entrega del precio o la efectividad de la reinversión y, en todo caso, tendría derecho a deducir de la masa dotal a liquidar en su día los frutos civiles del precio o precios y contraprestaciones que no le hubieran sido entregados.

Sin embargo, el legislador ha preferido conservar la intervención del marido en el acto de la enajenación. La conversión de la licencia en consentimiento es un claro paso atrás en el proceso de equiparación de la mujer al varón, así como una limitación importante en la legitimación de la mujer casada respecto de sus bienes dotales. Además supone una clara reforma, no confesada ni pretendida por el legislador, según él mismo expresa en el preámbulo, de los regímenes matrimoniales de bienes. Por ello creo que cualquiera de las fórmulas que arriba he enunciado, ofrecidas en forma alternativa a la mujer, tienen mejores razones para convertirse en la redacción definitiva del precepto, en el supuesto de que el legislador siga regulando el régimen dotal en una futura reforma.

La crítica de los artículos 1.383, 1.387 y 1.388 no puede ser otra sino la apuntada, por desgracia, en estas páginas con más frecuencia de lo que fuera de desear: son absolutamente superfluos. Si el artículo 62, esclarecido por el preámbulo de la ley, establece la plena capacidad de obrar de la mujer casada, y si es diáfano que tal plena capacidad se refiere, por lo menos, a sus bienes privativos, huelga repetir lo que es evidente. Sin embargo, el artículo 1.383 repite por segunda vez —antes lo hizo por vez primera el artículo 63— lo que era obvio: el marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales si no es como apoderado de su mujer. Al suprimirse la antigua representación de la mujer por el marido (art. 60) sobraban los artículos 63 y 1.383.

El artículo 1.389 introduce subrepticamente una reforma en los regímenes matrimoniales de bienes. Sea cual fuere el juicio que merezca la nueva regulación de los parafernales de administración entregada al marido, es evidente que era más urgente regular *ex novo* la sociedad de gananciales ampliando el ámbito de legitimación de la mujer casada respecto de los mismos. El legislador ha colado un mosquito que encontró al paso y tragado el camello. La reforma era innecesaria, pues, estadísticamente hablando, casi ninguna mujer entrega a su esposo los bienes en administración bajo forma solemne, capitular.

Con estas salvedades no parece incorrecta la regulación de dichos parafernales. Peor era, desde el punto de vista de la óptica liberacionista

de la mujer, la remisión a las reglas de los bienes dotales inestimados como figura en el anteproyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*. Tal régimen dotal, desusado y arcaico, no era el más apto para regular las relaciones entre el marido y la mujer en este punto concreto.

La reforma respecto de dicha clase de parafernales remite a las reglas pactadas en las capitulaciones matrimoniales y, en su defecto, a las del mandato (arts. 1.389 y 1.391). Por supuesto, que el último de los preceptos es reiterativo, pues bastaba el primero.

Creo que no podrá pactarse en capitulaciones que la mujer puede recabar en cualquier caso, a su voluntad, la administración de los parafernales entregados, como lo admite el artículo 1.732, 1.º (revocación del mandato). La exigencia de que dicha administración haya sido entregada en capitulaciones matrimoniales, acto bilateral e irrevocable, salvo modificación libremente pactada, confiere a la misma cierta consistencia, incompatible con la revocación *ad nutum* de la mujer.

Sin embargo, podrá pactarse la revocación del mandato conferido al marido, no *ad nutum* de la mujer, sino para casos concretos especificados en las capitulaciones (separación de hecho de los esposos e inexistencia de cargas matrimoniales, mala gestión por negligencia inexcusable o abuso de confianza del marido). Tampoco podrá el marido renunciar libremente a la administración, sino por causas concretamente especificadas en las mismas capitulaciones.

Para salvar las inevitables rigideces del régimen capitular, en la práctica las esposas no entregarán la administración formalmente en capitulaciones matrimoniales, sino que se limitarán a conferir un mandato, como acto unilateral y revocable, al esposo. Sin embargo, aun en tal supuesto, no regirá en toda su pureza el mandato ordinario del Código civil, pues el íntimo vínculo existente entre marido y mujer modalizará algunas de sus reglas (v. gr., presunción vehementísima de que el mandato es gratuito, aun cuando el marido sea profesional de la especie de gestión que comprende el mandato, contra la regla del párrafo 2.º del artículo 1.711; consiguiente aplicación de la regla del artículo 1.726; presunción de que el marido debe anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, sobre todo si la mujer carece de medios y el esposo es únicamente quien trabaja en el matrimonio, contra la regla del artículo 1.728, 1, del Código civil).

El artículo 1.390 del Código civil contiene una regla lógica, pues es claro que si el marido no percibe, y no tiene por qué percibir, el precio de la enajenación de los bienes parafernales, tampoco tiene por qué constituir hipoteca en su garantía.

Este tipo de parafernales entregados al marido con posterioridad al

matrimonio, ¿se regirán por las reglas de las capitulaciones matrimoniales o por las del mandato?

Creo que si el marido llega a constituir la hipoteca legal en garantía del precio que ha recibido, se equipara el supuesto a los parafernales cuya administración se ha entregado durante el matrimonio en capitulaciones. Si el marido no llega a constituir hipoteca deben aplicarse las reglas del mandato puro y simple, con las variaciones indicadas, y la mujer podrá revocar en todo momento tal mandato y exigirle rendición de cuentas.

La reflexión que se deduce de la fragmentaria regulación de los bienes parafernales en la reforma es que hubiera sido preferible regular *ex novo*, con unas pocas reglas verdaderamente sustanciales, los bienes privativos de ambos esposos, varón y mujer, y suprimir el innecesario privilegio que sigue contenido en el artículo 1.385, 2, del Código civil en su inalterada redacción.

El artículo 1.434, párrafo 1.º, parece brindar un argumento suplementario a los partidarios de la no disolución de la sociedad de gananciales por mero pacto capitular: acordada la separación de bienes *por cualquiera de las causas previstas en el artículo anterior*, dice dicho precepto legal, y ello parece excluir a contrario el pacto capitular, que no está previsto en el artículo 1.433, como causa de separación de bienes.

Sin embargo, sigue diciendo el precepto, cuando se den tales supuestos *quedará disuelta la sociedad legal de gananciales y se hará su liquidación conforme a lo establecido por este Código*. La liquidación deberá realizarse en tales supuestos conforme establece el Código, o sea, sin poder separarse de las normas imperativas que el mismo establece. Pero no impide que tal liquidación se lleve a efecto sin sujeción a precepto alguno contenido en el Código cuando la separación haya tenido lugar por capitulación postnupcial. Creo que la fuerza del primer inciso queda explicada coherentemente con el último.

Los artículos 1.435 y 1.436 deberían haber sido reunidos en uno solo, o quizá mejor, el 1.435 es totalmente superfluo, pues el 1.436 establece cuál es el criterio del levantamiento de las cargas del matrimonio, así como cuáles son las cargas que deben comprenderse dentro de las matrimoniales.

El legislador no regula, y debiera haberlo hecho, el supuesto, estadísticamente más frecuente, de que los cónyuges carezcan de bienes suficientes y sí posean rentas de trabajo, ni cuando posean no sólo bienes, sino también rentas.

El artículo 1.438 es innecesario. Valga el comentario hecho al 1.322, último párrafo.

Merece, por el contrario, alabanzas el artículo 1.439, pues clarifica

el supuesto de hecho a que se aplicaba la regulación de la reconciliación entre los esposos. La seguridad de los terceros exige que la alteración del régimen de separación de bienes que supone la reconciliación, deba ser pactada en capitulaciones matrimoniales; en otro caso, subsiste la separación de bienes judicial. Una será la reconciliación psicológica, la reconstrucción de la unidad de vida de los cónyuges, y otra, la reconciliación jurídica, las consecuencias jurídico-patrimoniales de la anterior.

La redacción del artículo 1.441 introduce cambios, no siempre afortunados, respecto de la regulación anterior. No tengo nada que objetar a que la administración de los bienes del matrimonio se transfiera por ministerio de la ley a la mujer en los dos primeros números de dicho precepto (cuando sea tutora del marido o cuando se haya pedido la declaración de ausencia del marido y en tanto se acuerde la separación de bienes). Sí, en cambio, en el número 3.º: cuando el marido haya sido declarado prófugo por la autoridad militar o rebelde en causa criminal. No creo que sea el Código civil la sede apropiada para establecer penas civiles, ni el Derecho de familia para privar de derechos dimanantes de la posición de los cónyuges en la familia por causas de Derecho público, como son la declaración de prófugo o de rebelde en causa criminal. Tales declaraciones son temporales e interinas, pues pueden ser revocadas por la misma autoridad que las dictó o la superior si se justifica la causa de la rebeldía o el error sufrido al declarar prófugo a un alistado—errores de alistamiento u otros—. Pero, además, el interés de la familia no se ve servido por tal transferencia de administración a la mujer, y mucho menos por la caducidad de los poderes para administrar que haya podido otorgar el marido y que quedarán automáticamente sin efecto al transferirse la administración a la mujer.

Era mucho más liberal la antigua regulación del Código: en tales casos, los Tribunales *podrían* conferir la administración a la mujer, *con las limitaciones que juzgaran oportunas*. Nadie mejor que el juzgador para apreciar, caso por caso, el interés familiar necesitado de protección en tales supuestos, y conferir a la mujer una administración más o menos limitada, según sus necesidades.

Merece, por el contrario, alabanza la redacción del artículo 1.444, por haber eliminado la famosa polémica acerca de su interpretación y ampliado notablemente las facultades de la mujer, parigualándola con el varón cuando éste tiene la administración de los bienes conyugales, y exigiendo, consiguientemente, la autorización judicial, que previene el artículo 1.413, para los actos de disposición que el mismo precepto exige.

No creo haya sido acertada la supresión del inciso «el marido respecto a los bienes de su mujer», en la redacción del artículo 1.548. Porque aunque el artículo 1.363 sigue exigiendo el consentimiento de la mujer

para dar en arriendo por más de seis años los bienes inmuebles de la dote inestimada, no se prevé—lo hacía el inciso suprimido—limitación alguna a las facultades del marido administrador de los bienes parafernales entregados. Normalmente, las capitulaciones matrimoniales contendrán normas limitativas de las facultades del marido y, en su defecto, el marido no tendrá las facultades de un mandato expreso, si ello no se le ha atribuido específicamente, y, por tanto, no podrá realizar actos de riguroso dominio (art. 1.713 del Código civil). Pero nada se hubiera perdido con haber conservado el inciso derogado y especificado «el marido respecto a los bienes parafernales cuya administración le hubiera entregado la mujer», dejando de ese modo libre de tal limitación los parafernales ordinarios respecto de los cuales la mujer conserva la plena administración y disposición.

La reforma ha afectado los preceptos que regulan la actividad de la mujer comerciante. La supresión de la incapacidad de la mujer casada para ejercer el comercio sin licencia del marido es consecuencia lógica del capital principio del artículo 62 del Código civil. Aquí el legislador no tiene más remedio que romper su silencio en materia de regímenes matrimoniales de bienes: la mujer que quiera independencia en la gestión de bienes reservados, adquiridos por su esfuerzo o trabajo, viene a decir el legislador, no tiene más que ejercer el comercio, en la seguridad que afectará los bienes de la sociedad de gananciales en mayor o menor medida. Como siempre, la legislación mercantil ha sido avanzada, introductora en su ámbito específico de competencia de principios progresivos, que necesariamente llegarán a ser principios generales del Derecho privado.

Por supuesto, lo que es brillante para el legislador mercantil, no pasa de ser una victoria sin alas, pues la actividad comercial no es sino una pequeña fracción de las actividades que puede desarrollar la mujer casada en el seno de una economía avanzada «de servicios», como es la española de 1975. La necesaria reforma de los regímenes matrimoniales de bienes, en el sentido tantas veces indicado en el trabajo que antecede a este apéndice, es una consecuencia del «quiero y no puedo» del legislador, del privilegio de la mujer comerciante frente a la profesional u obrera para constituir un patrimonio en el que poder actuar con libertad.

Como acertadamente afirma GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE en el artículo citado (pág. 8 del *Ya* de 29-V-1975), «lo que caracteriza al nuevo régimen es que tiene carácter recíproco, en el sentido de que tampoco puede el marido obligar los bienes comunes sin el consentimiento de la mujer si quiere ejercer el comercio. El consentimiento prestado por un cónyuge a favor del cónyuge comerciante puede ser revocado libremente».

La mujer, pues, queda a la vez beneficiada por cuanto puede ejercer

el comercio, protegida frente a la actividad mercantil del marido cuando éste pretende obligar indiscriminadamente todos los bienes de la sociedad legal de gananciales. La iniciativa de aquél para poder realizar actos de administración fuera de su estricta condición de comerciante obliga a examinar los actos que puedan confundirse con los característicos de su profesión principal. ¿Cómo distinguir la actividad del marido, profesional de la promoción inmobiliaria, que construye edificios, urbanizaciones, etc., para ser vendidos por pisos o parcelas y que, por tanto, compra inmuebles para promover la construcción de tales edificios o urbanizaciones—actividad que para desarrollar sus plenos efectos respecto de los bienes gananciales precisa tal consentimiento, expreso o presunto, pero revocable, de su esposa—, de su actividad como especulador ocasional (v. gr., comprando un local de negocios, un piso o un solar no para construir, sino para constituir un patrimonio de especulación, al margen de su actividad principal)? En tales casos, la interpretación más favorable a los intereses de la mujer consiste en exigir tal consentimiento para tales actos mercantiles aislados, pues de otro modo fácilmente se vulneraría la prohibición legal.

El empleo de la forma social del ejercicio del comercio tampoco debe ser un medio para burlar el necesario consentimiento de la mujer para obligar *in toto* la sociedad legal de gananciales. ¿Responde el total patrimonio ganancial de la obligación de aportación a la sociedad anónima de los dividendos pasivos comprometidos en la suscripción por el marido? Creo que cuando el marido asume *de facto* el control de la sociedad anónima, por ser abrumadoramente socio mayoritario de la misma «el velo de la sociedad anónima» debe ser descorrido en beneficio de la mujer, y en la práctica el supuesto debe reconducirse al del ejercicio del comercio bajo la forma de comerciante individual.

Acertadamente distingue la reforma el consentimiento preciso para obligar los restantes bienes de la sociedad de gananciales—que puede ser expreso o presunto—del preciso para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante—que ha de ser necesariamente expreso.

Aunque el supuesto se debe asimilar al del mandato representativo o apoderamiento, no debe admitirse, porque lo veda el Código, la forma del mandato tácito (art. 1.710 del Código civil): su forma deberá ser expresa por exigencias del rigor de la materia mercantil. Ni siquiera debe admitirse, por el mismo motivo, el mandato verbal, o mejor dicho, el conferido de palabra: debe constar por escrito.

Cuando la forma de obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante es simplemente constituirlos en garantía de la obligación asumida por éste, se deberá observar en cada caso la forma de dicha garantía—afianzamiento, aval, garantía cambiaria.

Un punto importante, en que puede fracasar la reforma, tan progresiva en materia mercantil, consiste en examinar las relaciones de la mujer casada con la Banca. Por supuesto, que si es comerciante en nombre propio podrá realizar todos los actos que la legislación y la práctica bancaria le permitan. Pero la mujer casada, no comerciante, por la propia dinámica de la vida moderna, precisa para gestionar ordenadamente su patrimonio tener constantes relaciones con la Banca, ya sea mediante el simple depósito de sus capitales pendientes de colocación en cuenta corriente, libreta de ahorro o quizá imposición a plazo fijo, o mediante la apertura de un crédito en cuenta corriente o la prestación a un tercero de garantía cambiaria o de aval.

Creo que puede hacer todo ello, y en la medida que tales operaciones generen un crédito del Banco en contra de ella obligará sus propios bienes, no los de la sociedad de gananciales, por la lógica del sistema. Otra cosa sería minimizar el alcance del capital (art. 62 del Código civil). ¿Cómo no podría la mujer hacer actos tan simples como son depositar sus ahorros en el Banco o incluso prestarlos a plazo al mismo? ¿Quién va a poder controlar la ingente masa de operaciones de tal tipo que realice la mujer y exigir para tan simples actos la prueba de la procedencia del dinero como privativo o el consentimiento del marido? La lógica y el sentido común imponen la solución afirmativa, y en esta forma empieza a orientarse la práctica bancaria.

Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto de las obligaciones que asume la mujer—préstamo, aval, garantía cambiaria—. Exigir la intervención del marido supone, dada la abolición de la licencia marital, precisar su consentimiento. Y si el marido consiente tales actos obliga a la sociedad legal de gananciales, lo cual es contrario a su intención: deberá hacer contradecларaciones en el texto del consentimiento—sin mi responsabilidad personal ni de mis gananciales, habrá que decir—. En la práctica, cuando la garantía personal de la mujer sea suficiente, el Banco concederá el crédito o admitirá el aval o la firma cambiaria: no así en caso contrario. Esto es, en el fondo, una confusión de un problema de capacidad con otro de garantía. Pero si la práctica se orienta en este sentido es porque en ningún caso temerá perder el dinero prestado ni rechazada la garantía por defecto de consentimiento del marido.

Otro punto importante en la práctica será la compraventa de valores mobiliarios que cotizan en Bolsa por la mujer. Es posible que el problema radique en el mayor o menor rigor que impongan los Bancos para el depósito de dichos valores a nombre de la mujer. Quizá la correcta doctrina sería exigir el consentimiento del marido para tal depósito a nombre de la mujer o la prueba de la procedencia privativa de los mismos valo-

res (v. gr., presentación de la hijuela hereditaria en que se le adjudican los mismos). Pero creo que constituido el depósito, todos los valores afectos al mismo se enajenarán en Bolsa sin exigir más pruebas del carácter privativo. Las órdenes de compra que la mujer dé con cargo a las cuentas corrientes abiertas exclusivamente a su nombre también surtirán efecto, sin que ni el Banco ni los agentes intermediarios califiquen la procedencia del dinero y la legitimación de la mujer para realizar actos que presuntamente afectan a la sociedad legal de gananciales. E intervenida la operación por el agente intermediario, la operación, sea de compra o de venta, queda cubierta bajo el manto de la irreivindicabilidad de los títulos afectados (art. 545, 3, del Código de Comercio); por tanto, el problema de la ganancialidad o no de los valores, de sus precios, de los dividendos «en papel», ampliaciones de capital procedentes de bienes privativos de la mujer, etc., afectan al marido y a la mujer, que deben discutirlo sin afectar para nada a los terceros que han contratado bajo la fe del agente.

Pretender otra cosa sería complicar el tráfico bolsístico, ya de por sí muy complicado y poco ágil—al menos, para entregar los resguardos o pólizas de los títulos nuevamente adquiridos—, hasta extremos imposibles de controlar.

No obstante todo lo expuesto, temo que pueda aplicarse a la reforma que estoy epilogando, lo que afirmó Díez PICAZO respecto de la de 24 de abril de 1958 (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ediciones Ariel, 1973, pág. 108). Dicha reforma... «intentó liberar de incapacidades y limitaciones la condición jurídica de la mujer. Es verdad que la situación mejoró algo, pero, sin duda, bastante poco, fundamentalmente porque las estructuras mentales, económicas y sociales del país en 1958—probablemente no muy distintas de las actuales—no permitieron otra cosa».

Tengo que discrepar de esa apreciación de tan ilustre civilista y buen amigo. Las condiciones socioeconómicas y mentales del país real de 1975 son profundamente diversas de las del país oficial en 1958. El cuadro de valores autoritario-nacional-católico, que regía incontestablemente al país en 1958, ha sido desde hace años puesto en tela de juicio, «contestado», sobre todo, por las generaciones más jóvenes. Tal cambio social e ideológico—al menos, el primero—ha sido reconocido por el preámbulo de la reforma de esta ley.

Otra cuestión es que la reforma quiera ser más semántica que real, encubridora más que desveladora, de la situación de inferioridad de la mujer.

Pero el cambio social seguirá su incontenible camino, aun a despecho

de la coactividad del Derecho, que continuará creando infelicidad y siendo un instrumento de represión más que de bienestar de los ciudadanos.

No, no estamos en la España de 1958; pero, desgraciadamente, tampoco en la Europa de 1975. Esto último no porque el país real no lo desee y no intente instrumentar el cambio preciso, sino porque las estructuras desfasadas del poder impiden que tal cambio se articule en leyes liberadoras.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario