

La potestad marital

ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL
Catedrático de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Sevilla

SUMARIO: I. *El artículo 57 del Código civil. Antecedentes históricos.*—II. *La capacidad de la mujer casada en las legislaciones modernas.*—III. *Los derechos del marido.*

I. El artículo 57 del Código civil. Antecedentes históricos

Según el artículo 57 del Código civil, “*el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido*”. Esta relación jurídica que impone, de una parte, el deber de obediencia, y de otra, el de protección, en cuanto implica sometimiento de la mujer al marido, no es otra cosa que la consecuencia del poder marital que nuestro Código consagra, siquiera dotado de un contenido ético y de una finalidad trascendente que, al limitarle a las exigencias del bien de la familia, proscribiera la posibilidad de cualquier abuso. El poder marital supone un conjunto de derechos propios del marido, a los cuales corresponde una posición subordinada de la mujer: “Los maridos, decían las *Partidas* (3, 2, 5), usen de los bienes de sus mujeres e se acorran con ellos cuando les sea menester: e otrosi que gobiernen ellos a ellas, e que les den aquello que les convenga según la riqueza y el poderío”.

La extensión de este poder ha variado con los tiempos, a medida que se ha ido reconociendo la capacidad jurídica y afirmando la independencia de su personalidad frente a los maridos. Nuestro Código civil se inspira en el napoleónico, cuya fórmula reproduce casi literalmente. Las legislaciones más modernas, en cambio, tienden a equiparar, en mayor o menor grado, en cuanto a derechos y obligaciones se refiere, a ambos cónyuges. Esta evolución se traduce, paralelamente, en dos órdenes de transformaciones que mutuamente se condicionan: la incapacidad de la mujer y la potestad del marido. En tanto que en

el derecho primitivo aquélla es la causa de extensión de ésta, en cuanto supone una debilidad física y psicológica de la mujer que exige un complemento, en las legislaciones modernas esa potestad se concibe como la forma necesaria para mantener la unidad doméstica, y la incapacidad es tan sólo la consecuencia que de esa unidad de dirección se deriva.

En el antiguo derecho romano, la mujer *sui juris* se hallaba sometida a una tutela análoga a la de los menores, *potestas* unilateral, organizada en favor del tutor, que se refería a la persona y bienes de la pupila, y que permitía al tutor legítimo realizar incluso una *in jure cessio*. Con el tiempo, estas facultades se restringen, no exigiéndose la *auctoritas tutoris* más que para la realización de determinados actos, como la enajenación de *res mancipi*, ciertos procesos, la formación de obligaciones, la *acceptilatio*, la adición de herencia, la manumisión de esclavos y la constitución de dote. Dada esta concepción, nada de extraño tiene que la potestad marital fuese reconocida con tanta amplitud: la *manus mariti*, ya lo hemos visto, es una de las formas en que se manifiesta el señorío doméstico sobre los miembros de la casa, correlativa a la patria potestad. La *uxor in manu*, o *mater familias*, por virtud de la *manus*, entra a formar parte de la "casa" jurídicamente —*filiaefamilias loco*—, así en lo personal como en lo patrimonial, y es considerada por el derecho como una hija respecto a su marido, o al padre de su marido, si éste fuere *alieni juris*. Al igual que el hijo, hállase sometida al poder disciplinario absoluto del *pater familias*, que, en determinados casos, puede darle muerte e incluso venderla en esclavitud.

• Sólo la tradición limita estos derechos absolutos del marido, obligándole, en casos graves, a escuchar el parecer de un tribunal familiar (*judicium propinquorum*). Pero, aun en estos casos, la suerte y la vida de la mujer quedan a merced de los poderes privados omnímodos del marido y sus parientes. La ulterior evolución del derecho, al mejorar la condición de los hijos de familia, suaviza también el rigor de la *manus marital*. La mujer, como los hijos, adquiere siempre para su marido, y su patrimonio, en su totalidad, pasa también a ser propiedad de éste por ministerio de la ley, y en virtud de la sucesión universal (*per universitatem*). En los matrimonios libres, o *sine manu*, transfórmase por completo tal concepción: no es que en ellos no exista poder marital, antes bien, este se configura como algo distinto esencialmente de la *patria potestas*. Consiste aquel poder—como dice Соум— en la prerrogativa que tiene el marido de exigir que sea respetada la comunidad conyugal de su vida: si un tercero, aunque sea su propio padre y en uso de su poder paterno, retiene a su mujer, dispone, para recobrarla, del *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*, y a este derecho se añade el de disponer en todos los asuntos referentes a la vida conyugal: elección de domicilio, educación de los hijos, etc.

El derecho germánico ofrece la misma contradicción que el romano: a una alta estimación social de la mujer, se une una serie de limita-

ciones a su capacidad de derecho, explicables sólo por la especial constitución de la familia entre los pueblos antiguos. La mujer se halla constantemente sometida al *Munt* de su padre, de su tutor o de su marido, aun en el caso de que haya ya llegado a la mayoría de edad. Puede decirse que es una eterna menor, jurídicamente una incapaz, en medio de un pueblo que, por regla general, vinculaba la capacidad de derecho a la capacidad para el manejo de las armas. Ello no obstante, el *Wergeld* que debía pagarse por la muerte de una mujer es, en muchas legislaciones germanas, superior al correspondiente a los hombres: así entre los alemanes y los bávaros, *quia femina cum armis se defendere nequiveri*, y entre los lombardos, *quod inhonestum est mulieribus facere*. A medida que el poder político se fortalece y los lazos que mantenían la unidad originaria de la *Sippe* se van quebrantando, la independencia de la mujer se afirma, y los últimos restos de la antigua tutela desaparecen. Desvinculada la capacidad militar de la procesal, se reconocen a la mujer derechos sobre la herencia y sobre los bienes inmuebles que antes le eran negados, y la función tutelar se limita a la cooperación, con fines de asesoramiento, en determinados actos procesales. No se llega nunca, sin embargo, a la idea de una equiparación jurídica de los sexos, y persisten siempre importantes limitaciones de capacidad femenina. Ello no obstante, en algunos lugares, como en Regensburg, se llega a reconocer la capacidad plena de la mujer comerciante. A pesar de ello, a partir del siglo XVI, se señala un retroceso en el camino de la capacitación emprendida, y brota por todas partes, en forma más o menos encubierta, la *cura sexus*.

En el derecho español encontramos no pocas muestras de esta limitación de la capacidad de la mujer, sobre todo en cuanto se refiere a la mujer casada. Así, decía el *Fuero de Molina*: "La mugier que fuere maridada non haya poder de empennar nin de vender sin mandamiento de su marido"; y el de *Fuentes*: "Toda muger que haya marido non puede facer fiadura ninguna, nin fiijo emparentado"; el de *Alcalá*: "Mulier maridada de Alcalá o de so termino que alguna cosa fiare ad alguno home o mandar fiar nol preste; e venga su marido e del una telada, e escase de la fiadura". Y, con más claridad, el *Fuero de Sepúlveda*: "Toda muger casada o manceba en cabello, o vibda que morare con padre o madre en su casa, non haya poder de adebda ninguna debda mas de fata un maravedi, nin de vender seyendo de seso. si non fuer con placenteria del pariente con qui morare: et quiquier que mas le manlevare, ol comprare lo suyo, a menos de como sobre dicho es pidalo el que lo comprare". Legislación que se hizo general en Castilla, como se deduce del *Fuero Viejo* (5, 1, 12). Por otra parte, ya Recesvinto (4, 5, 2) limitó sus facultades dispositivas de la dote, "Porque es cosa averiguada que las mujeres casadas, abusando del favor de las leyes, consumen sus dotes con personas extrañas, cómplices de sus torpezas y desordenes, establecemos que aunque por ley antigua gozasen de facultad de hacer de tales bienes lo que quisieren,

decretamos ahora y ponemos ley, que dichas mujeres, teniendo hijos, nietos o biznietos, solamente puedan disponer de la cuarta parte a favor de las Iglesias o de los extraños.”

Las *Partidas* se inspiran directamente en el derecho justinianeo, caracterizándose por su imprecisión, reconociéndola amplias facultades en relación a los parafernales, y la ley 12 del título XXIII, Partida 1.^a, le permitía hacer limosna de cosas que apartadamente tuviera como caudal propio, y aun de las que están en poder del marido como cosas de uso doméstico cuya administración, por costumbre, toca a la mujer. Las leyes 54 a la 59 de *Toro*, vinieron a dar forma clara a este problema, y constituyen—a través de la Ley de matrimonio civil de 1870—el antecedente directo de nuestro Código civil, que con toda amplitud consagra la institución de la *licencia marital*.

II. La capacidad de la mujer casada en las legislaciones modernas

Hasta 1870 predominó en Inglaterra el sistema rígido del *Common-law*, que consideraba al marido y a la mujer como una sola persona. Se desconocía la individualidad jurídica de la mujer: desprovista de todos los derechos y acciones, no podía contratar, ni estar en juicio, ni disponer de sus bienes por testamento. El marido era el administrador único. Esta incapacidad e inferioridad jurídica de la mujer se va atenuando ya a lo largo del siglo XIX, para desaparecer casi por completo en muchos países en el siglo XX.

En *Francia*, las leyes posteriores al *Code civil* y la jurisprudencia vinieron atenuando las condiciones de inferioridad de la mujer: la ley de 1884 estableció la igualdad de ambos sexos para la obtención del divorcio; las de 1885 y 1889 la reconocen el derecho de renunciar a su hipoteca legal en provecho de los adquirentes de su marido y de sus acreedores, pudiendo aportar al concurso de aquél sus propios créditos; las leyes de 1880, 1886 y 1889 dispensaban a la mujer de la autorización marital para las inversiones en las Cajas de Ahorros, de seguro de la vejez y de las sociedades de socorros mutuos; por la ley de 1893, la mujer casada separada *quoad thorum* recobra el pleno ejercicio de la capacidad civil. La ley de 1907 le concede la libre disposición de los productos de su trabajo y de su industria, reconociéndosela el derecho de ejercer libremente el comercio. Finalmente, la ley de 18 de febrero de 1938, al modificar el Código civil, establece que la mujer casada tiene el pleno ejercicio de su capacidad civil, y reemplaza, en los artículos 213 y 214, la autoridad marital, por el principio de preponderancia del marido como jefe de la familia, en la fijación de domicilio, el derecho de veto contra la elección de una profesión no mercantil por la mujer y los derechos que resulten del régimen matrimonial adoptado. En *Italia*, la incapacidad personal de la mujer casada—no la dependiente del régimen de bienes—fue abrogada por una

ley de 17 de julio de 1919, que, además, le autorizó para administrar y disponer libremente de sus bienes parafernales. Análogas disposiciones encontramos en *Bélgica* (ley de 20 de julio de 1932) y en *Rumania* (ley de 20 de abril de 1932).

Los Códigos de *Prusia* y de *Austria* no admitían la institución de la licencia marital. El Código alemán marca una cierta mejora de la situación jurídica de la mujer; pero, sin embargo, la preponderancia del marido se acusa en la mayor parte de las relaciones. Los derechos sobre la comunidad matrimonial de bienes son idénticos para ambos esposos, en tanto que uno de ellos no abuse de su derecho; si, sin embargo, las intenciones de los esposos son discordantes, corresponde al marido decidir, como también elegir la residencia. El abuso del derecho, por parte del marido, dispensa, sin embargo, de obediencia a la mujer. Esta tiene la competencia exclusiva en la dirección del hogar, el llamado "derecho o potestad de las llaves", en virtud del cual puede proveer a todas las cosas y representar a su marido en el dominio de los negocios domésticos. El marido debe, por su parte, garantizar las obligaciones contraídas por su mujer; tiene, sin embargo, la facultad de privarle o limitar la potestad de las llaves; pero si abusa de esta facultad, el Tribunal de Tutelas puede privarle de ella. La mujer debe ocuparse de los negocios domésticos y de los del marido, en tanto que una actividad de este género se halle consagrada por el uso, según las condiciones de vida de los esposos.

El Código civil de *Suiza* elimina la concepción tradicional de la mujer subordinada y, con ella, la obligación de obediencia al marido, estableciendo (art. 159) que los cónyuges se obligan a cooperar a la prosperidad de la unión y a proveer en común a las necesidades de la familia, debiéndose asistencia y fidelidad mutuas. El marido, sin embargo, es el jefe de la unión conyugal (art. 160), escoge el domicilio y cuida del sustento de la familia. La mujer toma el nombre y nacionalidad del marido, pudiendo ejercer una profesión u oficio con el consentimiento expreso o tácito del marido, pudiendo, en caso de negativa, recurrir a la autorización judicial, que procede igualmente, cuando uno de los cónyuges olvida sus deberes domésticos, o hay peligros graves para la salud o economía de los cónyuges, o el marido descuida sus deberes para con la mujer y los hijos. Ambos cónyuges ejercitan conjuntamente la potestad paterna, decidiendo la voluntad del padre en caso de desacuerdo.

En *Suecia* se reconoce a la mujer la plena capacidad personal, aunque el marido es considerado como su representante legal; tiene aquélla la facultad de realizar actos de disposición y de contraer obligaciones. Según la ley de 11 de junio de 1920, "los esposos se deben fidelidad y asistencia recíprocas, debiendo obrar de concierto en interés de la familia". En *Noruega*, la ley de 1888 concede a la mujer casada la misma capacidad que a la soltera: las obligaciones contraídas por ella en provecho de la familia son ejecutorias sobre los bienes comunes. Cada uno de los esposos administra sus bienes, a menos que,

por una convención o disposición especial, la administración haya sido atribuida a la autoridad tutelar o a otra autoridad. La mujer dispone exclusivamente de sus ganancias y economías. Análogos principios rigen en *Dinamarca* a partir de la de 1899.

En *Inglaterra*, cada vez la mujer adquiere una independencia más considerable. La ley de 1882 la permite contratar. Cuando sus bienes son constituidos en dote, esta es enajenable o inalienable, a su elección, y cuando se reserve la alienabilidad de su dote, puede obrar como si no estuviese casada; cuando la dote ha sido declarada inalienable, está obligada a confiarla a un fiduciario que la entregue las rentas. Las leyes de 1870 y 1882 hacen a la mujer propietaria de la dote, y de todo lo que gane o reciba por sucesión o donación. Estas disposiciones no pueden ser cambiadas más que por contrato especial entre esposos. Por la ley de 1878, cualquier Tribunal o Juez competente puede autorizar a la mujer para abandonar el domicilio conyugal en caso de violencia del marido, concediéndole una pensión, y, en ciertos casos, la guarda de los hijos. La ley de 1907 permite a la mujer casada la enajenación de sus bienes propios, sin la autorización del marido, y la de 1923 establece la igualdad de ambos sexos en los casos de divorcio, y en 1935 se le concede la misma capacidad contractual que si fuera soltera (*Married Women and Tortfeasers*). Los *Estados Unidos* de América, con excepción de algunos en que se manifiesta la influencia de la legislación latina, como *Luisiana, Texas, Carolina del Sur*, etc., se acusa, por lo general, la misma tendencia.

Esta tendencia liberadora de la mujer, que llega incluso a concederle la plenitud de los derechos políticos, y que es característica de todas las constituciones de la postguerra de 1914-1918, encuentra en la *Rusia Soviética* su más amplia consagración. El Código civil reconoce a la mujer el derecho a conservar su nombre de familia; el cambio de residencia del marido no crea para la mujer la obligación de seguirle, y no se admite ninguna comunidad de bienes. Cabe el divorcio por mutuo disenso o mera voluntad unilateral. No se establece ninguna diferencia entre la prole legítima y la nacida fuera del matrimonio, lo que supone una protección de la mujer seducida. La potestad paterna es común al padre y a la madre, resolviendo el Tribunal en caso de desacuerdo. La mujer no adquiere la nacionalidad de su marido. En *México*, el Código de 1928 reconoce la capacidad de la mujer para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite de la autorización del marido, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de bienes (art. 178).

III. Los derechos del marido

El Código civil español, como hemos visto, se inspira en el sistema tradicional, reconociendo al marido una autoridad que se traduce en una serie de derechos concretos y concretas limitaciones de la capacidad de la mujer casada, cuyo justo alcance trataremos de determinar por separado. Pero, previa y brevemente, hemos de tratar de señalar la naturaleza de esa potestad, y su influencia en la esfera de actuación jurídica de la mujer. Nos encontramos no con un mero derecho subjetivo, sino con una potestad familiar, exigida por la institución jurídico-moral que es la familia misma, y que determina un estado jurídico, que no es otro que el de marido y mujer. En este sentido se nos ofrece como fuente de derechos y obligaciones, inalterables por la autonomía privada, y orientadas a una finalidad trascendente, que excede del personal interés de los mismos cónyuges, que, aunque supone por parte de la mujer sometimiento o preeminencia por la del marido, no puede en ningún caso afectar en su ejercicio a la libertad personal de aquélla, y que, aunque puede traducirse en actos de transcendencia económica, en cuanto afecte al patrimonio común o personal de la mujer, no pueden integrarse, dado su sentido ético, dentro de la categoría de los derechos patrimoniales.

Consecuencia de ello es que el marido carezca, en nuestro derecho, de la facultad de corregir, aunque sea moderadamente, a su esposa, hasta el extremo de constituir una causa de divorcio “los malos tratamientos de obra” (art. 105, núm. 2.º), o de atentar a la libertad de su conciencia, impidiéndole, por ejemplo, practicar su religión, o imponiéndole una ideología determinada. Admítense, en cambio, por la ley las siguientes facultades, derivadas de esta potestad:

1.º *Fijación de domicilio*.—Según el artículo 58 del Código civil, “la mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán, con justa causa, eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero”. Es este derecho consecuencia del deber mutuo de cohabitación, y fundamento a su vez del párrafo primero del artículo 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establece que “el domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan”.

Entiéndase, sin embargo, que aquí es preciso distinguir dos aspectos de la cuestión absolutamente distintos, aunque íntimamente relacionados: de una parte, la obligación de convivencia, de carácter recíproco, que vincula tanto al marido como a la mujer, y que si supone para ésta el deber de seguir a su marido, implica para éste, a su vez, el de acoger a ésta; y de otra, el problema de determinar el domicilio legal de la mujer. Por lo que a la primera cuestión se refiere, tiene el Tribunal Supremo declarado, en sentencia de 7 de enero de 1933, que, dada la nota de reciprocidad característica de las relaciones familiares, infringe los deberes que le imponen los artículos 56 y 57 del Có-

digo civil, el marido que se niega a recoger a su mujer que estaba en un manicomio, durante los períodos en que se la dió de alta en su tratamiento y se la permitió la salida. Igualmente, el artículo 487 del Código penal vigente define y pena el delito de abandono de familia, que afecta tanto al marido como a la mujer:

Se ha discutido por la doctrina francesa, si se puede, en los casos de abandono por la mujer del domicilio conyugal, obtener *manu militari* el retorno de ésta junto a su marido, y aunque en un principio la jurisprudencia se mostró contraria a tal solución por estimarla atentatoria a la libertad individual, no faltan fallos más recientes, y a nuestro juicio más conformes con la verdadera naturaleza del matrimonio, que autorizan tal procedimiento, llegando alguno de ellos a reconocer a la mujer el derecho a hacerse abrir por la fuerza la casa de su marido. Sin embargo, aun considerando legítimas estas resoluciones, se puede dudar justificadamente de su eficacia práctica.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, al problema de la determinación del domicilio conyugal, aunque en principio, y según el citado artículo 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, sea el domicilio del marido el que determine el de la mujer, ello no supone, en modo alguno, una norma de derecho necesario, pudiendo, por lo tanto, ser modificada por la voluntad de los propios interesados, que en este caso, sin embargo, habrá de ser concorde. En este sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo que si la mujer hubiere residido habitualmente en otro lugar, con el consentimiento y autorización expresa o tácita del marido, tal domicilio ha de reconocerse por éste a todos los efectos legales (sentencias de 23 de octubre de 1899, 14 de octubre de 1905, 24 de enero de 1911, 27 de octubre de 1911, 22 de octubre de 1926 y 25 de octubre de 1927). No debe, sin embargo, confundirse la mera tolerancia del marido, aconsejada por razones de prudencia, con la autorización adecuada (sentencia de 5 de octubre de 1918).

2.º *Cambio de nacionalidad de la mujer.*—A tenor del artículo 22 del Código civil, “la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido. La española que casare con extranjero, podrá, disuelto el matrimonio, recobrar su nacionalidad española, llenando los requisitos del artículo anterior”. Justifícase tradicionalmente la atribución a la mujer de la nacionalidad de su marido, por la unidad moral y jurídica que la familia representa: “la mujer magüer sea de otra tierra—decían las *Partidas*—debe responder ante el juzgador que ha poderío sobre su marido”. Hoy día, sin embargo, las tendencias legislativas se muestran contrarias a esta solución: así, el artículo 23 de la Constitución española de 1931 establecía que la extranjera que casare con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción, regulada por las leyes, de acuerdo con los Tratados internacionales. Derogado tal precepto, y vigente el artículo 22 del Código civil nuevamente, sólo sufrirá esta excepción en el caso en que la ley del marido no atribuya su nacionalidad a la mujer.

3.º *Dirección personal de la mujer.*—Se deduce del artículo 57

del Código civil, que impone a la mujer un deber de *obediencia* al marido. Parece que, en virtud de este derecho, puede el marido controlar las visitas y amistades de su mujer, evitando, sin embargo, el ejercicio abusivo de esta facultad, que, llevada al extremo último, podría traducirse en un secuestro que ninguna ley autoriza. Asimismo, y dentro de ciertos límites racionales, se le reconoce el derecho de intervenir la correspondencia de la mujer, siempre que no haya un motivo fundado que autorice el secreto de la misma: por ejemplo, secreto profesional de la mujer, o pleito de ésta con su marido. Igualmente, sería abusivo e inadmisibles que hiciese uso de tal facultad para privar o proveerse de las pruebas necesarias en un litigio pendiente entre ellos.

La mujer no puede ejercer una profesión determinada sin autorización de su marido. Así, el artículo 6.º del Código de Comercio dispone que “la mujer casada mayor de veintidós años podrá ejercer el comercio con autorización de su marido, consignada en escritura pública, que se inscribirá en el Registro mercantil”; y el artículo 7.º, que “se presumirá igualmente autorizada para comerciar, la mujer casada que, con conocimiento de su marido, ejerciere el comercio”. Esta autorización se diferencia de la licencia marital ordinaria, que luego estudiaremos, en primer lugar, por su carácter general, y, en segundo, por ser eminentemente revocable: “El marido, dice el artículo 8.º del Código de Comercio, podrá revocar libremente la licencia concedida, tácita o expresamente, a su mujer para comerciar, consignando la revocación en escritura pública, de que también habrá de tomarse razón en el Registro mercantil, publicándose, además, en periódico oficial del pueblo, si los hubiere, o, en otro caso, en el de la provincia, y anunciándolo a sus corresponsales por medio de circulares. Esta revocación no podrá en ningún caso perjudicar derechos adquiridos antes de su publicación en el periódico oficial”. Los artículos 9.º, 10, 11 y 12 del propio Código completan esta doctrina.

4.º *Administración de la sociedad conyugal*.—Según el artículo 59 del Código civil, “el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384”. Concentra en sus manos los ingresos necesarios para la vida común y atiende con ellos a los gastos del matrimonio. Esta facultad le corresponde con independencia del régimen económico de la familia, y le es concretamente atribuida por el artículo 1.357, con relación a los bienes dotales, y por el 1.412, en orden a los gananciales. Cabe, sin embargo, al amparo del artículo 1.315, que el contrato de capitulaciones matrimoniales se estipule otra cosa. Sin embargo, dada la limitación contenida en el artículo 1.316, que declara la nulidad de todo “pacto depresivo de la autoridad que, respectivamente, corresponde en la familia a cada uno de los cónyuges”, cabe preguntarse si será posible privarle en absoluto de dicha administración. A este respecto, tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de diciembre de 1932 que es nulo, por mermar considerablemente o destruir el carácter de administrador legal que al marido atribuye este

artículo, e incurso también en la prohibición del artículo 1.320 sobre la alteración de las capitulaciones matrimoniales, lo pactado en escritura posterior al matrimonio, en que, después de acordar vivir separadamente los cónyuges, estableciase que el marido pasaría a su esposa determinada cantidad para alimentos, que ella haría efectiva mediante la administración de varias casas cuyas rentas percibiría (a cuyo efecto, el mismo día se le otorgó poder para tal administración), asegurándose el cumplimiento de la obligación de alimentos, con hipoteca sobre las propias casas.

Esta facultad de administración tradicional en nuestro derecho ("Los maridos usen de los bienes de sus mujeres e se acorran con ellos cuando les sea menester", P. 3, 2, 6; "El marido debe ser señor e poderoso de todo e de recibir los frutos de todo, comunalmente, para mantener e guardar el matrimonio", P. 4, 2, 7) tiene una limitación natural en el artículo 1.384, en cuanto dispone que "la mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiere entregado al marido ante notario, con la intención de que los administre", si bien no es dable confundir la administración de los bienes parafernales con la de sus productos, porque si aquélla corresponde a la mujer, la de éstos corresponde al marido, según el artículo 1.385, en relación con los 1.401 y 1.412; de donde se infiere la obligación de la mujer de entregar a su marido los frutos o productos de los bienes parafernales que administre, para que éste, a su vez, atienda con ellos al levantamiento de las cargas matrimoniales, mientras dentro del matrimonio conserve la integridad de sus derechos, que, por regla general, se mantiene aun cuando de hecho se hallen separados los cónyuges más o menos accidentalmente por asentimiento expreso o tácito (sentencia de 27 de octubre de 1909).

a) Nada obsta en contra de esta general doctrina que el artículo 62 de nuestro Código civil declare la validez de las compras ejecutadas por la mujer cuando "se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia". Luego añade dicho precepto que "las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso de tales objetos". La sentencia de 18 de junio de 1917 declara, en aplicación de este precepto, que establecido en la sentencia impugnada (condenatoria para el marido, en virtud de la demanda de la casa vendedora), como consecuencia de las pruebas aducidas y de tener por confesa a la mujer, como hecho cierto el de haberse consumado el contrato de compraventa entre aquélla, en concepto de compradora, y la casa demandante, en el de vendedora de los objetos que reseña (sombrosos, trajes, manguitos), la factura unida a la demanda, cuyo pago, con los intereses legales, se reclama; teniendo presente que estos efectos fueron adquiridos en distintas ocasiones, que, por sus condiciones, clases, precios y circunstancias, son los usuales y proporcionados al rango social, fortuna, costumbre y modo de vivir de la compradora, una vez que se trata de

prendas de vestir destinadas al uso personal de la demandada; y al tomar en cuenta todos estos datos y elementos de juicio para estimar las pretensiones de la demanda, el Tribunal juzgador, lejos de infringir el párrafo primero del artículo 62, se ajusta con fidelidad y aplica con acierto al caso actual dicho precepto, tanto más cuanto que, dada la separación de hecho en que viven los cónyuges, condena al marido en el concepto de representante legal de su mujer. La misma doctrina fué ya sentada por la sentencia de 24 de febrero de 1883. En cambio, la de 17 de octubre de 1916 declara nula la compra de unos pendientes cuando no se ha probado la autorización expresa o tácita del marido.

La doctrina se ha esforzado en determinar la verdadera naturaleza de la facultad que el artículo 62 del Código civil concede a la mujer, siendo la tesis más extendida la que ve aquí un *mandato tácito* del marido, derivado de la presunción de que éste la ha encomendado, en razón a su especial situación y condiciones dentro de la familia, el encargo de realizar los gastos precisos para atender a las necesidades cotidianas del hogar. Consecuencia de esta doctrina será: 1.º Que el marido puede revocar, cuando lo juzgue oportuno, el mandato doméstico de la mujer. 2.º Que el mandato deja de subsistir, como carente de fundamento, en el caso de separación de hecho. El Código alemán resuelve la cuestión en su párrafo 1.357: frente a su marido, la mujer tiene en la esfera de su acción doméstica, facultades de representación y de gestión; está obligada legalmente a ello, y puede reclamar de aquél las cantidades necesarias, sin perjuicio de rendirle después cuentas (*Schlüsselgewalt*). Puede, frente a los terceros, obrar en su propio nombre o en el de su marido: en el primer caso, el contratante sólo puede accionar contra la mujer; en el segundo, exclusivamente contra el marido; pero siempre a condición de que el negocio entre dentro de la competencia doméstica de la mujer. Si obra más allá de estos límites, debe probarse la autorización marital. El marido puede restringir en cualquier momento tal derecho de la mujer, que, en caso de abuso, tiene un recurso ante el Tribunal de tutelas. Frente a los terceros, la limitación o exclusión del derecho en cuestión no produce efecto más que mediante la inscripción en el Registro de regímenes matrimoniales. El Código civil suizo establece un sistema semejante: "La unión conyugal, dice el artículo 163, está representada, para las necesidades corrientes de la casa, por la mujer como por el marido. El marido está obligado por los actos de la mujer, en tanto que ésta no exceda de sus poderes de una manera reconocible por los terceros". Sin embargo, "el marido puede retirar todos o parte de los poderes de la mujer, cuando ésta abusa de su derecho de representar la unión conyugal, o es incapaz de ejercitarlos. Esta retirada de poderes de la mujer no es oponible a los terceros de buena fe, sino después de haber sido publicada por la autoridad competente" (art. 164).

No nos parece admisible ni adecuada la teoría del mandato tácito acogida por la jurisprudencia francesa: si admitimos, como luego ve-

remos, que la capacidad de la mujer es la regla en nuestro derecho, y la limitación lo excepcional, es indudable que aquélla, al actuar dentro de los límites que el artículo 62 le señala, realiza actos que le son perfectamente lícitos, utiliza un derecho que la ley excepcionalmente le reconoce. No debe, pues, admitirse que el marido puede, caprichosamente, privarle de esta facultad. Por otra parte, tal norma es impuesta por las exigencias de la seguridad del tráfico, en cuanto el matrimonio crea una relación de confianza, en la que lógicamente pueden creer los terceros, que de otra manera quedarían defraudados. Ello no obsta, naturalmente, y el bien familiar así lo exige, que el marido, mediante causa justificada, pueda restringir o negar a la mujer tal derecho; pero semejante medida nunca podrá ser eficaz frente a terceros de buena fe. Tales facultades, en cuanto expresa y públicamente no hayan sido revocadas, subsisten en el supuesto de separación de hecho: de una parte, porque tal situación carece en nuestro derecho de eficacia jurídica; y, de otra, porque esas facultades son exigidas por la vida ordinaria, y sería absurdo exigir a la mujer, para la contratación (imprescindible para la satisfacción de sus necesidades), una expresa y concreta autorización marital; en tales casos, más que en ningún otro. enojosa y dilatoria.

b) Nada tienen tampoco que ver con esa facultad las que expresa o tácitamente, con mayor o menor amplitud y generalidad, concede el marido a la mujer, bien en las capitulaciones matrimoniales, bien mediante una autorización posterior al matrimonio, para la realización de determinados actos o negocios. Claro está que la diferencia entre el primer supuesto, autorizado implícitamente por el artículo 59 del Código civil, y el segundo estriba en la revocabilidad o irrevocabilidad de las facultades concedidas a la mujer. El Tribunal Supremo tiene declarado que cuando la mujer obró con poder de su marido, puede ser demandada, citada y requerida de pago por la obligación que contrajo, usando del poder, sin que sea necesario, cual en otro caso lo sería, la intervención del marido (sentencias de 21 y 27 de junio de 1894); que el poder conferido por el marido a su mujer presupone la licencia de aquél, necesaria para cumplir el mandato (sentencia de 30 de diciembre de 1905), y que puede el marido conceder, licencia general a la mujer para que pueda celebrar contratos en beneficio de la sociedad conyugal (sentencia de 13 de mayo de 1916).

c) Si el marido "fuere menor de dieciocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, de su madre, y, a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la existencia de dichas personas" (art. 59, párrafo segundo). Urge, para la clara comprensión de este precepto, advertir que, aunque otra cosa pudiera desprenderse de su letra, por imperativo del artículo 315 ("El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el artículo 59"), es no sólo aplicable al marido, sino incluso a la mujer, suponiendo, por otra parte, una restricción de las facultades concedidas por el artículo 317

del Código civil al emancipado mayor de dieciocho años. En cuanto a la forma de completar la capacidad de estos menores, tenemos que, según la resolución de la Dirección General de los Registros, de 27 de septiembre de 1921, no puede completar la capacidad de los menores emancipados la madre que haya perdido la patria potestad al contraer segundas nupcias, pues la exigencia del consentimiento paterno en los actos del emancipado es una derivación natural de la patria potestad, que si bien se acaba como poder civil por el matrimonio del menor, subsiste como función de asistencia.

A falta de padre y madre, a tenor del propio precepto, debe intervenir el tutor, habiendo declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 1902 que "la intervención obligada del tutor, en defecto del padre o de la madre, cuando el menor de edad casado intenta tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes raíces, es absolutamente idéntico a la de éstos (el padre o la madre), toda vez que la ley no distingue ni exige que el tutor, a su vez, impetre para ello del consejo de familia la correspondiente autorización, como la requiere expresamente para casos distintos, y no sería conforme, no ya con la letra, sino con el espíritu de la ley, extender las funciones del consejo de familia a otros actos que a aquellos que taxativamente estén señalados en la misma, pretendiendo aplicar la restricción del número 9.º del artículo 269, establecida exclusivamente para el tutor, cuando la tutela funciona en toda su integridad, cuando el tutor absorbe totalmente la personalidad del menor, cuando se trata de actos propiamente suyos, a un estado de derecho fundamentalmente distinto, creado por el matrimonio del menor, para el que rigen las disposiciones especiales que el legislador ha conceptuado suficientes al objeto de garantizar los intereses del menor en su nuevo estado, cual lo revelan los preceptos de los artículos 1.352, 1.359 y 1.361, encaminados a igual fin, siendo de tanta mayor fuerza estas consideraciones, cuanto que el consejo de familia interviene sólo aquellos actos del tutor expresamente determinados". El tutor del que habla el artículo 59, dice Manresa, es un tutor especial, un verdadero defensor de los intereses del menor, pero no administra ni ha de prestar fianza.

d) "En ningún caso, continúa el párrafo primero del artículo 59 del Código civil, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior (padres o tutor), tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces". Comparado este precepto con el contenido en el 317, vemos que la norma es idéntica, con la sola diferencia de que este último precepto establece que "tampoco podrá comparecer en juicio sin licencia de dichas personas". Si además tenemos en cuenta que el párrafo segundo del artículo 59 impone idéntica limitación a los casados menores de dieciocho años, podemos, dada la especialidad del precepto contenido en el párrafo tercero, y el principio general que rige en materia de capacidad, que hace presumir ésta a falta de limitación expresa, podríamos concluir lógicamente que el marido mayor

de dieciocho años y menor de edad *puede comparecer en juicio por sí solo* sin asistencia de sus padre o tutor. En tal sentido se pronuncian las sentencias de 8 de junio de 1904 y de 19 de junio de 1906, y según la de 14 de mayo de 1929, la capacidad de los casados mayores de dieciocho años no tiene más restricciones que las señaladas en este párrafo tercero, no siéndole aplicable la incapacidad para administrar y comparecer en juicio que impone a los menores de dicha edad el párrafo segundo del propio artículo 59.

Se ha discutido, como arriba indicábamos, la aplicabilidad de la norma del artículo 59 a la mujer: la resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de diciembre de 1896 se pronuncia por la tesis negativa, y con ella las de 21 de diciembre de 1896, 20 de diciembre de 1899 y 24 de enero de 1901. Sin embargo, con posterioridad, en las resoluciones de 5 y 8 de julio de 1907 y 13 de marzo de 1914 mantuvo la tesis contraria, aceptando la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, de 8 de junio de 1904 y 19 de junio de 1906, y declarando que el matrimonio, lo mismo del varón que de la mujer, produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el expresado artículo 59, de lo cual lógicamente se deduce que la mujer casada menor de edad necesita también obtener el consentimiento de dichas personas, por el orden en que subsidiariamente se indican, para gravar o enajenar los bienes raíces de su propiedad, puesto que ésta es una de las limitaciones que dicho artículo contiene. Sin embargo, cuando interviene el padre, como parte interesada en el contrato, con conocimiento de la menor edad de su hijo, ha de estimarse cumplido tal requisito (sentencia de 3 de marzo de 1911).

Por otra parte, a tenor del número 3.º del artículo 50, en los matrimonios celebrados en contra de las prohibiciones del 45, "si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entretanto sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes".

e) Rígen, por imperio de la ley, normas especiales en orden a la administración de los bienes, en el mismo supuesto de infracción del artículo 45. "Se entenderá contraído el matrimonio, dice el artículo 45. En tales casos, "se entenderá contraído el matrimonio, dice el número 1.º del citado artículo 50, con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas matrimoniales".

Asimismo, según el artículo 1.436, en caso de ausencia del marido o de divorcio por culpa de éste, la mujer recibirá la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido, y cuando el juez se la conceda, de acuerdo con el artículo 184 del Código civil, en caso de ausencia de los del ma-

rido. Si la separación se hubiere acordado a instancia de la mujer por interdicción del marido, la corresponde igualmente la administración de los bienes del matrimonio, y, según el artículo 1.441, además de en los casos anteriores, cuando sea tutora de su marido, con arreglo al artículo 220. “Los Tribunales, añade el último párrafo del precepto citado, conferirán también la administración a la mujer, con las limitaciones que estimen conveniente, si el marido estuviese prófugo, o declarado rebelde en causa criminal, o si hallándose absolutamente impedido para la administración, se hubiere proveído sobre ella”.

5.º *Representación y licencia maritales*.—Según el párrafo 1.º del artículo 60 del Código civil, “El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador”. Y el artículo 61, dispone: “Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley”.

Responden estos preceptos, no al principio romano *defendi uxores a viros, non viros ab uxore, aequum est* (D, 47, 10, 2), sino a la idea de la unidad familiar impuesta por el matrimonio, y acogen el sistema consagrado en nuestra legislación, como ya con anterioridad indicamos, por las *Leyes de Toro*: “La mujer durante el matrimonio, decía la Ley 55, como no puede hacer contrato alguno, así mismo no se puede apartar ni se desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quitto a nadie de él; ni puede hacer cuasi contrato, ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo, sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí o por su procurador, mandamos que non vala lo que hiciere”; y la Ley 57 establecía que: “El Juez, con conocimiento de causa legítima y necesaria, compela al marido a que de licencia a su mujer para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, que el Juez se la pueda dar.” Igualmente se negaba a la mujer la facultad de aceptar o repudiar la herencia testada o intestada (Ley 54).

Representación y licencia marital son aquí manifestaciones diversas de una misma idea: la protección del bien común de la sociedad conyugal. 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. Por lo demás, ni aun en los casos en que tal intervención es exigida por la ley, se asigna a la mujer una actividad meramente pasiva, sino que su consentimiento se mues-

tra siempre necesario, no bastando por sí solo 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. Podemos, refiriéndonos a conceptos clásicos, afirmar que la licencia marital equivale a la *auctoritatis interpositio* del derecho romano, y la representación legal, a la *gestio*; ello muestra que la similitud de la licencia es mayor con la concepción antigua de la tutela (protección de intereses diversos de los del menor) que con la moderna (protección de la persona y bienes del pupilo), y ello corrobora, indirectamente, las afirmaciones que más arriba dejamos establecidas.

a) Esto visto, cabe preguntarse hasta qué punto es cierta la afirmación contenida en el artículo 60 del Código civil, de que *el marido es el representante de su mujer*, y en qué medida puede verse aquí una aplicación concreta de la general doctrina de la representación legal. Sánchez Román entiende que la consideración de *representante legal* de la mujer viene incorporada a la de *marido*, cualesquiera que sean las condiciones de edad que en él concurren, siquiera por ser menor haya éste de necesitar, a su vez, ser representado por su padre, madre o tutor; en cuyos casos, dichos padre o madre o tutor, le representan y suplen su defecto de capacidad en el derecho de representación legal que de su mujer le corresponde, y en su concepto personal, constituyéndose de esta suerte una especie de representación legal de otra que también lo es. El Código, añade, no distingue, al hacer esta declaración, entre la representación judicial y la extrajudicial; y aunque en lo demás de su texto refiere dicho principio a aplicaciones de carácter judicial, es lo cierto que ha de entenderse tal representación legal de la mujer por el marido, lo mismo para los actos judiciales que para los extrajudiciales. Tal es también la opinión de Valverde.

El problema dista, sin embargo, mucho de ser claro; a diferencia de lo que ocurre con las demás formas de representación legal establecidas por el Código civil, no es aquí posible substituir la voluntad de la mujer por la de su marido, constituyendo a éste en órgano autónomo de gestión de los intereses de aquélla. Si la ley reconoce capacidad para realizar determinados actos por sí sola, y exige para otros su expreso consentimiento, aunque complementado por la marital licencia, es claro que ni en uno ni en otro caso será suficiente la voluntad del marido para vincularla jurídicamente contra la suya propia. ¿Quiere esto decir que los actos realizados por el marido como representante legal, sin la voluntad de la mujer, precisan la ratificación expresa o tácita de ésta para alcanzar la plenitud de su eficacia judicial? En realidad, ningún precepto autoriza al marido para actuar contra o sin la voluntad de la mujer, y ello sería contrario a los principios generales de derecho que orientan esta materia en nuestra legislación tradicional y vigente. Ciertamente el marido es el jefe y administrador de la sociedad conyugal, y, como tal, lo mismo con arreglo a la legislación antigua que a lo prescrito en el artículo 60 del Código civil, es el representante de su mujer para comparecer en juicio, salvo los casos en

que ésta puede hacerlo por sí, sin la marital licencia (SS. de 25 de septiembre de 1871, 3 de abril de 1876, 7 de noviembre de 1884, 20 de junio y 16 de julio de 1894, 5 de octubre de 1901 y 12 de abril de 1907); pero cuando se trata de derechos o de bienes propios de la mujer, que no tengan la condición de dotales, es absolutamente preciso el consentimiento de ésta; el marido, dice la S. de 5 de julio de 1904, no puede ejercitar acciones de ninguna clase respecto de bienes parafernales sin intervención ni consentimiento de su mujer, doctrina y precepto consiguientemente aplicable, cualquiera que sea la época del matrimonio; porque si bien la regla general es que el marido es el representante legal de su mujer en juicio, así como ésta no puede comparecer sin licencia de aquél, semejante regla fundamental se halla subordinada a las condiciones especiales que rigen la materia de los bienes parafernales. Puede, sin embargo, el marido ejercitar acciones sobre bienes parafernales de la mujer, y, por lo tanto, reclamar créditos de aquella clase, como representante legal de su cónyuge, debiendo estimarse cumplido el artículo 1.383 cuando la interesada firma la demanda en prueba de conformidad; en otro caso cabría excepcionar una falta de acción, no simplemente de personalidad (SS. de 23 de noviembre de 1894 y 15 de marzo de 1934).

Por otra parte, el Tribunal Supremo tiene declarado que un marido puede defender los intereses sociales sin necesidad de recabar para ello de su mujer el consentimiento mencionado en el artículo 1.383; mucho menos siendo demandado, porque de toda suerte, la cuestión del pleito (retracto de fincas lindantes con otras de la propiedad de la mujer del demandado) afecta a los intereses comunes de la sociedad, y no específicamente a los bienes parafernales de la mujer, que conserva íntegro su derecho sobre ellos, haciendo, por tanto, innecesaria la intervención personal de ésta en el pleito (S. de 1.º de diciembre de 1902). Asimismo declara que como los productos o rentas de los bienes parafernales tienen el carácter de gananciales según el artículo 1.385, y el marido es el administrador de éstos, hay que reconocer que tiene personalidad y acción por sí solo para impugnar los actos y contratos que su esposa celebre respecto a los parafernales, si tales convenios pueden disminuir los productos, aunque aquellos actos los lleven a cabo aparentemente con autorización judicial, pues si bien fué concedida para vender o gravar, a fin de liberar ciertos gravámenes, si después el marido facultó a la mujer para obtener las cantidades necesarias a tal fin, constituyendo una hipoteca, desapareció tal finalidad de la autorización judicial, que era encaminada a aquel fin ya logrado, y, por lo tanto, no pudo luego, amparándose en dicha autorización, enajenar, aparte que esa enajenación se califica de simulada (S. de 21 de enero de 1928). En la misma dirección tenemos las SS. de 16 de mayo de 1905 y 12 de abril de 1907, según las cuales puede el marido comparecer, sin consentimiento de la mujer, en un juicio de desahucio, aunque se trate de bienes parafernales.

En el campo de la actuación extrajudicial, establecen las SS. de 20

de octubre de 1908 y 24 de febrero de 1926 que si el marido celebró un contrato de arrendamiento de bienes de su mujer autorizado por ella, aunque inexactamente se hubiere dicho que los bienes eran del primero, no hay nulidad de contrato, porque, atendido el carácter de representante legal de la mujer que tiene el marido dentro de la sociedad conyugal, y aun el de administrador que le corresponde generalmente, y la misma circunstancia de hallarse establecidas en beneficio de la mujer las disposiciones que rigen el sistema de bienes parafernales, no se impone la necesidad de que en actos de mera administración tenga el marido que alegar y acreditar el concepto con que lo hace, ya lo haga por su propio derecho, ya por razón del de su mujer, porque supuesta dicha representación legal, no se precisa que la ostente especialmente para la validez de los contratos que celebre, debiendo entenderse facultado, en uno y otro concepto, para realizar tales actos de administración, sin perjuicio de las garantías y precauciones que quien contrata con el marido pueda exigir, y sin perjuicio también de las consecuencias legales que se produzcan si llega a demostrarse que aquél se extralimitó contratando sin conocimiento ni anuencia de la mujer; que el artículo 1.723 corrobora la doctrina al distinguir entre los actos de administración y los de enajenación, siendo arbitraria la hipótesis de que por tratarse de bienes parafernales era precisa la intervención de la mujer, pues no es lógico deducirlo de los artículos 4.º, 1.280, número 2.º; 1.381 a 1.384 y 1.548, y, especialmente, del 1.383, pues todos ellos nos conducen a la conclusión inversa, o sea, que nada obsta a que el marido ejercite actos de administración sobre parafernales, contando con la anuencia de la mujer; que las disposiciones del mandato entre extraños no son aplicables a las relaciones entre el marido y la mujer, que se encuentran especialmente reguladas, y, por consiguiente, el haber obrado el primero de acuerdo con la última es exactamente lo mismo que si ésta hubiese realizado directamente el arrendamiento, resultando cumplida la exigencia de los artículos 1.548 y 1.383, si aparece probado que la mujer quiso y consintió un arrendamiento superior a seis años.

La representación en juicio de la mujer por el marido no alcanza hasta rendir válidamente confesión por hechos que a la misma afecten (S. de 20 de enero de 1912), así como tampoco puede el marido aceptar herencias de la mujer sin que ésta le hubiere autorizado expresamente en virtud de poderes especiales (S. de 22 de junio de 1923). Sin embargo, la S. de 29 de noviembre de 1927 declara que no puede estimarse la excepción alegada por los demandados de ser ineficaz el allanamiento prestado a la nulidad de las particiones en el acto de conciliación por los maridos de las interesadas en unas particiones, pues al hacerlo no desconoció el carácter de parafernales de los bienes que les correspondían en la herencia, limitándose a admitir, con todos sus efectos legales, la representación que a los maridos otorgan los artículos 60 del Código civil y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando las mujeres han de comparecer en juicio, sin distinción de la clase de

los bienes discutidos, y mucho más, constando, como en autos consta, que las citaciones para el acto de conciliación se hicieron personalmente a los interesados, hecho que engendra la presunción de que la comparecencia tuvo lugar con su consentimiento, que es lo más que puede exigirse tratándose de bienes parafernales, dando al artículo 1.383 una interpretación extensiva indebida, ya que el mismo sólo tiene aplicación cuando del ejercicio de acciones se trate, pero no en los demás casos en que la comparecencia debe hacerse. Finalmente, la S. de 26 de enero de 1916 llega a establecer que la licencia para comparecer en juicio que el marido otorga a la mujer, a tenor de lo que prescribe el artículo 60 del Código civil, no es obstáculo para que éste, en uso de la representación que dicho precepto le concede, comparezca en cualquier estado del juicio para representarla, desde cuyo momento queda implícitamente revocada, doctrina que está de acuerdo con las declaraciones que esta Sala tiene consignadas en diferentes fallos, y, muy especialmente, en el de 2 de diciembre de 1915; y no habiéndolo así entendido el Tribunal sentenciador, que negó al recurrente el derecho a ser parte en concepto de marido y representante legal de su esposa en el juicio que ésta venía instando sobre nulidad del contrato de préstamo, ha infringido el citado artículo 60.

Del examen de estas sentencias y de otras muchas que pudieran citarse, se deduce que el Tribunal Supremo carece de una doctrina clara y terminante acerca de esta materia, y que sólo las circunstancias especiales de hecho determinan las soluciones, por fuerza contradictorias, en cada caso concreto. Confúndense conceptos que, aunque tengan la misma raíz, interesa mantener distintos: una cosa es que la mujer no pueda realizar determinados actos sin la licencia marital y otra muy distinta que el marido pueda sustituir la voluntad de la mujer por la suya propia. El marido representa a la mujer por imperativo del artículo 60, que, según afirma la sentencia de 2 de diciembre de 1915, es de orden público, no pudiendo aquél, general e irrevocablemente, renunciar a la representación legal de la mujer en determinada clase de bienes, pues sería depresivo para la autoridad que le corresponde en la familia, por lo que la ley, previsoramente, expresa que únicamente puede dar la licencia, que es esencialmente revocable, siendo uno de los modos de revocación del poder la comparecencia por sí mismo y como representante legal de aquélla, conforme al artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y al artículo 1.735 del Código civil. Pero entendemos nosotros que el ejercicio de tal representación legal debe ajustarse al cumplimiento de los requisitos que de otros preceptos de la ley se deducen como necesarios: de la misma manera que el artículo 262 del Código civil confiere al tutor la representación del pupilo, pero el artículo 269 condiciona la eficacia jurídica de su actuación; en determinados casos, a la autorización del Consejo de familia, estimamos que el marido precisará del consentimiento de la mujer para poder vincular a ésta, ya que, en otro caso, la antinomia legal sería patente. Lo que ocurre es que tal consentimiento no se precisa que sea

expreso, y que los actos sin el mismo verificados podrán ser posteriormente ratificados, no siendo, por lo tanto, radicalmente nulos, sino tan sólo anulables, pudiendo sólo impugnarlos, según el artículo 1.302 del Código civil, la propia mujer o quien de ella traiga causa, sin perjuicio, naturalmente, de la acción de resarcimiento que a los interesados pueda corresponder en contra del marido.

b) Precisamente esta vinculación de la representación marital a otros preceptos sustantivos, hace que su contenido se halle supeditado a la solución de dos problemas previos: extensión de la incapacidad de la mujer y naturaleza y alcance de la licencia del marido, que expon-dremos con la separación debida:

a) *Capacidad de la mujer casada.*—Hemos, con anterioridad, señalado la tendencia general de la legislación moderna a reconocer la capacidad plena de la mujer, suprimiendo o reduciendo los casos en que la venia marital es exigida. Aunque nuestro Código civil, siguiendo la tradición jurídica patria, mantiene la institución de la licencia del marido con gran amplitud, no resuelve con claridad el problema de si la incapacidad de la mujer casada es la regla general o la excepción. Como observa Castán, el artículo 1.263, en su núm. 3.º, parece considerarla como simple excepción, pues al señalar las personas que no pueden contratar, se refiere “a las mujeres casadas, en los casos señalados por la Ley”, y, en tal sentido, la resolución de 31 de mayo de 1895 declara que es “indudable que en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, la regla general hoy en vigor es la de que hay que reputarlos válidos, regla que no tiene más excepciones que las expresadas en la ley”. Pero los artículos 60 y 61, al establecer con fórmula tan comprensiva que el marido es el representante de su mujer, y que ésta no puede adquirir, enajenar ni obligarse, parecen llevarnos a la conclusión contraria.

Aunque los artículos 60 y 61 del Código civil, por el lugar en que se hallan colocados, y los amplios términos en que aparecen concebidos, pudieran abonar la segunda solución, la más autorizada doctrina (Castán, De Buen, De Diego y Bonet, entre otros autores) estima que en materia de capacidad la interpretación debe ser favorable al incapacitado, y restrictiva, por lo tanto, en sus aplicaciones concretas, la norma que determine la incapacidad, siempre que a ello no se oponga un texto legal expreso, que aquí no se da. Por otra parte, si la jurisprudencia hipotecaria estima, tesis, por lo demás, discutible, como luego veremos, que en este caso no se puede hablar de verdadera incapacidad, sino simplemente de prohibiciones, nada autoriza a extender estas más allá de donde lleguen las palabras expresadas de la ley. Sin necesidad de admitir esta última construcción, tenemos que los citados artículos 60 y 61 no determinan que la mujer precise siempre, salvo disposición legal en contrario, la licencia marital, sino que se limita a exigir ésta para que aquélla pueda “comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador” (art. 60, párrafo 1.º), y para “adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes u obligarse” (art. 61). ¿Para

¿qué esta enumeración si la voluntad del legislador hubiese sido extender la incapacidad a otros supuestos, cuando hubiera sido mucho más fácil establecer una regla general y formular después las posibles excepciones? No hay, por otra parte, contradicción alguna, como luego veremos, entre el artículo 61 y el 1.263, núm. 3.º, ya que los términos contratar y obligarse no son sinónimos ni mucho menos. Concluimos, pues, que la mujer puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito, interpretación de acuerdo, por lo demás, con la conciencia jurídica actual y las nuevas tendencias legislativas.

Aparte de las limitaciones expresamente contenidas en los artículos 60 y 61 del Código civil, en otros lugares de dicho Cuerpo legal se establecen con carácter más concreto, entre otras, las siguientes: comparecer en juicio para litigar sobre bienes parafernales (art. 1.387), aceptar el mandato (art. 1.716, párrafo 2.º), hacer donaciones por contrato (art. 624), aceptar donaciones condicionales u onerosas (art. 626), hacer pago en obligaciones de dar (art. 1.160), legitimar hijos por concesión del Jefe del Estado (art. 125, núm. 4.º), enajenar, gravar o hipotecar los bienes parafernales (art. 1.387); obligar los bienes de la sociedad de gananciales (art. 1.416), aceptar o repudiar herencias (artículo 995), pedir la partición de bienes (art. 1.053), ser albacea, a no estar legítimamente separada (art. 893, párrafo 2.º); ejercer el comercio (arts. 6 al 10 del Código de comercio), celebrar contratos de trabajo, “salvo el caso de separación de hecho o de derecho” (art. 11, apartado d) de la Ley de Contrato de Trabajo).

Después de lo dicho, cabe afirmar que la mujer puede, sin necesidad de autorización de su marido, realizar válidamente todos aquellos actos en que ley no impone taxativamente tal exigencia. Ello no obstante, con notoria redundancia, señala el Código, en diversos lugares, casos concretos en que tal licencia no es precisa. Así tenemos, entre otros, los siguientes: defenderse en juicio criminal, o demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere recibido la habilitación conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 60, párrafo 2.º); comprar las cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia (art. 62), responder de las obligaciones delictuales y de las nacidas de hecho de otro o de la ley, ejercer los derechos que en los bienes del matrimonio se le otorguen por las capitulaciones (art. 1.315), exigir la constitución de la hipoteca e inscripción de bienes que impone al marido el Código civil, por razón de la dote estimada (art. 1.352); administrar los bienes parafernales que no hubiere entregado al marido con la intención de que los administre (arts. 1.384 y 1.390), dar en arrendamiento fincas rústicas que tengan carácter parafernales (art. 3.º, ap. c) de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935), solicitar a su nombre libretas de renta vitalicia en el Instituto Nacional de Previsión (art. 27 de la Ley de 27 de febrero de 1908), hacer imposiciones en la Caja Postal de Ahorros, y disponer del capital e intereses sin la asis-

tencia de sus maridos, salvo oposición notificada judicialmente (Reglamento de 13 de enero de 1916, arts. 17 y 40); hacer operaciones en la Caja de Ahorros Popular (art. 36 del Estatuto de 14 de marzo de 1933), ejercer los derechos o cumplir los deberes que le corresponden respecto a los legítimos hijos o naturales que hubiere tenido de otro, y respecto de los bienes de los mismos (art. 63, núm. 2.º); reconocer hijos naturales (arg. arts. 192, 63, núm. 2.º, y 125, núm. 4.º del C. c.), constituir dote a las hijas que se casen (art. 1.343), otorgar testamento desde que cumpla los catorce años (art. 63, núm. 1.º, y 663, núm. 1.º).

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la representación legal de la mujer por el marido deriva del mismo fundamento que la licencia marital, habremos de concluir forzosamente que a los casos en que esta no es necesaria no podrá extenderse aquélla, ya que, en otro supuesto, se daría la posibilidad de una doble y contradictoria actuación de la mujer y el marido, que ninguna razón puede justificar. Ello no obsta para que aun en estos supuestos pueda la mujer conferir poder a su marido, pero esta representación nada tendrá que ver con la que el artículo 60 le concede, sino que será exclusivamente regida por las normas reguladoras del mandato, y el marido actuará entonces tan sólo como representante voluntario y no legal.

b) *La licencia marital*.—En los supuestos en que la ley la exige expresamente, se hace necesaria, en una u otra forma, la *intervención* del marido para que el acto tenga la plenitud de sus efectos jurídicos. El Código emplea a este respecto, casi indistintamente, las palabras licencia, autorización, consentimiento, poder y representación, adoleciendo de gran vaguedad e imprecisión en esta importantísima materia. Sánchez Román, tratando de introducir cierto rigor científico en ella, estima que esta acción *complementaria* del marido puede revestir diversas formas: 1.º Cuando la licencia constituye una especie de venia y delegación de facultades que el marido hace en la mujer para determinados actos o con cierto carácter general, a fin de integrar, por uno u otro medio la capacidad de aquélla, completándola en lo que tiene de defectuosa por consecuencia del estado civil de casada. 2.º Concurriendo el marido a completar simultáneamente a la celebración del acto la capacidad civil de la mujer, en cuyo caso, y para los efectos del derecho, constituyen una sola persona otorgante o contrayente. 3.º Concurriendo sólo el marido, en los casos en que asume verdaderamente la representación de la mujer. 4.º Cuando por confirmación, en virtud de ratificación ulterior, expresa o tácita, del marido, éste otorga una firmeza civil que originariamente no tenía el acto celebrado por la mujer, sin la licencia, el concurso o representación del marido. “He aquí, concluye, tres ideas en cuanto a la forma, puestas al servicio de un mismo fin: la licencia, el poder y la ratificación del marido para la validez de los actos en que la mujer tiene, por razón de su estado de casada, *defecto de capacidad declarado por las leyes*.”

Querer, sin embargo, de estas distinciones meramente formales deducir consecuencias concretas y materiales, nos parece excesivo; pu-

diéramos reducir nuestro pensamiento a los siguientes términos: el marido puede representar a la mujer, sin necesidad de que ésta intervenga personalmente en el acto, con el consentimiento expreso o tácito de ésta; en otro caso, aquél será *anulable*; la mujer puede actuar en su propio nombre con autorización anterior o simultánea del marido, siendo el acto, a falta de ésta, igualmente *anulable*; la ratificación o confirmación del acto anulable prestada a posteriori, por la mujer en el primer caso, por el marido en el segundo, subsana todo defecto y dota de plena eficacia al acto inicialmente anulable, ya se haya prestado expresamente, ya de un modo tácito. Lo que en modo alguno cabe es confundir, como hace la doctrina, el poder representativo con la autorización prestada a priori por el marido, deduciendo de aquí, como hace Sánchez Román, que “la diferencia más visible entre la licencia y el poder consiste en que éste no sólo ha de ser expreso y escrito, sino consignado en documento público mediante la forma notarial, mientras que la licencia, ni en el derecho anterior al Código ni en éste, hay precepto alguno que ordene se preste en una forma determinada”.

La licencia del marido, indispensable para que la mujer casada pueda obligarse—decía la sentencia de 25 de septiembre de 1861—se ha establecido por la ley a favor de aquel para evitarle los perjuicios y daños que de otro modo se le irrogarían, no bastando para que dicha licencia produzca efectos legales el que se suponga o presuma, sino que es necesario que conste sin género de duda. Y en repetidos fallos, igualmente anteriores al Código civil, se establecía que la licencia marital, indispensable para la validez de los contratos celebrados por la mujer casada, no es necesario que sea expresa, y lo mismo puede prestarse en escritura o documento que manifestarse en actos, siempre que de ellos se deduzca, sin género alguno de duda, que el marido consintió y aprobó la obligación contraída por la mujer (SS. de 10 de octubre de 1861, 9 de octubre de 1868 y 22 de junio de 1880). Y en el mismo sentido, la S. de 8 de abril de 1882, declaró que si el contrato celebrado por una mujer casada, en cuya virtud ésta se encargó de un despacho de pan y harina, fué ratificado tácitamente por el marido con el hecho de haberla sustituido algunas veces en su encargo, procede condenar a la consorte a la liquidación de cuentas y al pago de la cantidad que por saldo resulte contra ellos. Con posterioridad, la S. de 4 de abril de 1911, declaró, *a sensu contrario*, la misma doctrina, estableciendo que no acreditado por el demandante que el marido hubiese autorizado de ninguna manera a su mujer para realizar el préstamo de que se trataba (celebrado por correspondencia con la doncella de la esposa), ni demostrado tampoco que este contrato, nulo en principio, apareciese manifiestamente convalidado por actos de trascendencia jurídica, reveladores de la conformidad del marido con la obligación que sin anuencia suya se permitió contraer su mujer, se llega inexcusablemente a la conclusión de que el Tribunal sentenciador no ha debido declarar legítimo el préstamo, ni responsable, por lo tanto, de su cumplimiento al marido, pues es axiomático que en los contratos celebra-

dos, subsistente la sociedad conyugal, por mujer casada, es tan esencial el consentimiento y la intervención del marido como que de esa solemnidad contractual depende la validez de los mismos. En el mismo sentido, la S. de 13 de mayo de 1916.

La licencia marital, cualquiera que sea el momento en que se preste (autorización, consentimiento o ratificación), no precisa, pues, requisito formal alguno, pudiendo inferirse de la *concludentia facti*, y no exige, conforme declara la sentencia de 4 de abril de 1900, solicitud previa. Es, por otra parte, revocable en cualquier momento, eminentemente personal y, por tanto, no susceptible de delegación. En este sentido, la resolución de 24 de enero de 1898 declaró que, otorgado por un marido, al hermano de éste, poder para que dé licencia marital a la esposa de aquél, siempre que la necesite y crea que proceda, en toda clase de asuntos civiles, criminales, judiciales y extrajudiciales, sin excepción de ninguna clase, no es inscribible la escritura de venta que la esposa hace de finca de su propiedad, con la licencia marital que el mandatario del esposo concede; porque las facultades del marido no pueden ser válidamente conferidas a ningún apoderado, ya que proceden del superior precepto del legislador, que por razones de interés social y de gobierno y régimen de la familia se las concede expresamente al marido y son personalísimas de éste, y, en su virtud, intransmisibles, sin que, por otra parte, haya ley ni precepto alguno que autorice su transmisión o delegación, y el contrato de mandato en que se transmiten o delegan tales facultades no produce efecto alguno, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.275 del referido Código, porque se opone a las leyes, a la moral, y tiene, en su consecuencia, causa ilícita, toda vez que el interponer un tercero entre el marido y la mujer, y obligar a ésta a recurrir a aquél y solicitar su venia, como si fuera su propio marido, sin que la ley le imponga dicha obligación, es desconocer la naturaleza del matrimonio y los respetos y consideraciones que los cónyuges se deben entre sí.

Ocurre, sin embargo, que si bien la autorización concedida por el marido suele ser concreta para un acto determinado, o clase de actos determinados, nuestro derecho tradicional admitía la posibilidad de una autorización general, extensiva a todas las posibles actuaciones jurídicas de la mujer, conferida a la misma. Así, la 56 de las *Leyes de Toro*, decía: "Mandamos que el marido pueda dar licencia general a su mujer para contratar y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia; y si el marido se la diere, valga todo lo que la mujer hiciere por virtud de la dicha licencia." No han faltado, sin embargo, autores, como Mucius Scaevola, que después de la publicación del Código niegan la posibilidad de estas autorizaciones generales, por estimar que podría ser este un medio de variar en términos sustanciales el contenido de las capitulaciones matrimoniales o del régimen legal. Tal objeción carece en absoluto de fundamento, ya que sólo sería posible si tal autorización no fuese revocable en cualquier momento por el marido, consecuencia que ni nuestro derecho histórico

ni el vigente permiten inducir. Así, la S. de 6 de marzo de 1929 declara que, dado el contexto del artículo 60, la mujer casada que tiene poder amplio de su marido como apoderada de éste y, además, concedida la licencia marital que dicho precepto exige con facultad de conferir poderes a procuradores cuando fuere necesario, puede ser citada sin la intervención de aquél para el juicio en que ha sido demandada por hechos propios; y estando de este modo completa la personalidad de aquélla, al ser citada personalmente con entrega de la copia de la demanda, era innecesaria la del esposo, a quien ella puede representar, como lo ha hecho, con el mismo poder para la casación, y no hay términos para dar vida legal al defecto procesal a que se refiere el número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en que se apoya el recurso de que se trata. La S. de 13 de octubre de 1911 determinó, por otra parte, que el poder general para pleitos otorgado por el marido a favor de un Procurador, es suficiente para que éste pueda representar a la mujer de aquél, sin necesidad de que en el mandato se exprese que lo otorga el referido marido en concepto de representante legal de su mujer, porque este carácter lo tiene, según este artículo, por ministerio de la ley, y el poder general comprende todos los negocios del mandante, según el artículo 1.712, entre los cuales es lógico incluir aquellos que al marido corresponden de derecho sin necesidad de amplificaciones impropias de un documento público, cuando consta en éste con claridad, su sentido y alcance.

Apúntase, aunque sin clara conciencia, en estos fallos, una distinción que escapa ordinariamente a la doctrina, y que en la S. de 22 de mayo de 1915 se formula con menor imprecisión: En puridad—dice esta sentencia—la licencia marital es para completar la capacidad de la mujer, cuando obra esta con relación a sus bienes privativos, porque entonces es ella la que contrata y se obliga; pero cuando se trata de bienes gananciales, para obligar al marido por actos que sobre los mismos realice la mujer, lo interesante es que aquel resulte interviniendo en ellos con su aquiescencia y conformidad, bien se manifieste en forma de consentimiento, de licencia, poder o autorización, pues indistintamente las emplea el Código para exteriorizar el concurso de la voluntad marital. En realidad, lo que aquí se quiere decir es que una cosa es que el marido confiera poder a su mujer para que esta le represente y otorgue en su nombre actos que él solo tiene el derecho de realizar y otra que autorice a la mujer, en términos más o menos generales, para que ésta, en nombre propio y no como representante suya, pueda actuar jurídicamente en negocios que le son privativos, pero en que la licencia marital es necesaria. Solo impropriamente puede decirse que la *autorización* del marido es un *poder* conferido por el marido a la mujer, ya que este supone una idea de representación que no se da en este caso. Claro está que el marido puede apoderar a la mujer para que le represente, para que actúe en su caso cuando ello sea preciso; claro está también que de los términos en que este poder aparece redactado puede inferirse que además de su propia represen-

tación ha querido aquél concederla una autorización o licencia más o menos amplia para los actos propios de la mujer en que aquella sea necesaria. Pero siempre se tratará de dos cosas distintas, aunque se contengan en un solo instrumento, deduciéndose de aquí que aunque el poder exija el cumplimiento de determinados requisitos y solemnidades, la autorización, cualesquiera que sea la forma en que se preste, producirá la plenitud de sus efectos jurídicos. El Tribunal Supremo admite esta distinción, implícitamente, pues tiene declarado que al otorgarse un poder por el marido a favor de su mujer, se presupone la licencia necesaria de aquél para cumplir el mandato (S. de 30 de diciembre de 1905).

c') *La autorización judicial.*—Esta incapacidad de la mujer casada puede, además, en determinados casos, ser suplida mediante habilitación judicial. Ello se hace necesario, no sólo en determinadas situaciones anómalas del matrimonio, en que no sería posible conseguir la autorización o licencia marital, sino, además, como subsidiaria de esta, cuando exista oposición de intereses o abuso de su derecho por parte del marido. Aplicaciones de la autorización judicial, como condición precisa y única para subsanar el defecto de capacidad de la mujer, se dan no sólo en los casos de separación judicial, con relación a los bienes cuya administración le haya correspondido, sino incluso cuando, aun no mediando tal forma de separación, la administración le haya sido entregada por ser el marido loco, pródigo, incurso en interdicción civil, ausente en ignorado paradero, prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o impedido absolutamente para la administración (Vid. ar.s. 183, 185, 220, 225, 1.436 y 1.441 del C. c.). Así, dispone el artículo 1.444 que “La mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido.” Análoga norma se establece en el propio precepto cuando se trata de valores públicos o créditos de Empresas y Compañías mercantiles. En todo caso, “la licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia o necesidad de la enajenación”. Cabe, sin embargo, en caso de declaración de ausencia, que esa licencia sea concedida a la mujer por el Juzgado con carácter general (Vid. arts. 2.036 y 2.041 reformados de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Fuera de estos casos, y aun existiendo un estado normal de las relaciones matrimoniales, el Código admite la autorización judicial como *subsidiaria* de la licencia marital injustamente negada, en los casos siguientes: para comparecer en juicio (art. 60, párrafo 2.º del Código civil en relación con el 1.995 de la L. de E. c.), para aceptar o repudiar herencias (art. 995 del C. c.), para pedir la partición de bienes (art. 1.053 del C. c.), para enajenar, gravar o hipotecar los bienes parafernales (art. 1.387), para comparecer en juicio al efecto de litigar sobre bienes parafernales (art. 1.387). El criterio legal del Código en este punto, dice Sánchez Román, es el de establecer una regla ge-

neral, que pide para toda esta clase de actos la licencia marital, y una serie de excepciones que son las que expresamente la ley establece en ciertos casos y con determinadas limitaciones, pero no otra regla general expresiva de que sea suplida la licencia marital por la judicial, porque con tal criterio se alteraría el texto y pensamiento del artículo 61, estableciendo dos reglas generales, una principal y otra subsidiaria. Tal es también la opinión de De Diego y Valverde, en contra de la mantenida por Burón, Escosura y Mucius Scaevola. De Buen opina, en términos generales, "que en aquellas cuestiones que no son de interés patrimonial, ni se juega el prestigio social de la familia, del que el marido aparece como árbitro, y en las que una prohibición del marido aparece como un notorio abuso o una falta de asistencia, como un defecto lamentable, el Juez podrá suplir el defecto de autorización marital. La aplicación analógica de los artículos que tratan de la autorización o habilitación judicial y la consideración de que el poder del marido no debe aparecer nunca como una autoridad despótica, sino como un poder de protección, son los argumentos que autorizan tal punto de vista."

Esta opinión, que parece ser también la de Castán, se compagina mal con el sistema de nuestro Código civil, que precisamente se refiere a la habilitación judicial siempre en casos de *interés patrimonial y no personal*. ¿Cómo en virtud de la analogía puede mantenerse tal criterio? Por otra parte, en nuestra legislación tradicional se admitía la habilitación judicial como supletoria *para todos los casos* en que la licencia marital era necesaria, la 57 de las *Leyes de Toro* establecía que "El Juez, con conocimiento de causa legítima y necesaria, compela al marido que dé licencia a la mujer para todo aquello que ella no podía hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar." Ninguna razón intrínseca aconseja limitar, después de la publicación del Código, la autorización judicial a los casos expresamente previstos en su articulado, o sólo a los que con ellos guarden alguna analogía, ya que si el legislador lo hubiese entendido así lo hubiera expresamente dicho.

Cosa completamente distinta es que el Juez, ante la marital negativa, deba proceder con extraordinaria cautela, ponderando debidamente los motivos que pudieron determinarla. El Tribunal Supremo tiene establecido que la habilitación de la mujer casada para comparecer en juicio por negativa del marido a representarla no debe concederse en términos generales para todos los negocios que pueda tener la primera, sino para el especial en que concurra aquella circunstancia, cuando tal habilitación, como previene el artículo 2.001 de la Ley de Enjuiciamiento civil, si el marido se manifiesta dispuesto a representar a su mujer o concederle autorización en cada caso (S. de 12 de enero de 1900). En principio, el marido no queda obligado ni por su autorización ni por la judicial: *quí auctor est se non obligat*. Si el marido impugna la habilitación judicial, ésta, según el párrafo 2.º del artículo

lo 2.000 de la Ley de Enjuiciamiento civil, surtirá todos sus efectos mientras no recaiga sentencia firme (S. de 11 de enero de 1908).

d') *Sanción de los actos realizados por la mujer sin licencia del marido*.—Según dispone el artículo 62 del Código civil, “son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos”, si bien aclara el artículo 65 que “solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente”. De este carácter relativo de la nulidad—la mujer no puede, en modo alguno, impugnar el acto, y la otra parte contratante, únicamente apoyándose en el error, cuando este exista—se deducen, ante todo, dos consecuencias concretas: que el acto inicialmente viciado podrá ser confirmado *a posteriori*, mediante una ratificación expresa o tácita del marido, y que el plazo de prescripción será el de cuatro años que el artículo 1.301 del Código civil concede, que empezará a contarse, por una incongruencia difícilmente explicable del párrafo 5.º del propio precepto, “desde el día de la disolución del matrimonio”. Claro está que siempre y cuando el marido no haya tenido conocimiento de ello, pues en otro caso, su inactividad puede interpretarse como tácita ratificación de lo hecho por la mujer.

Con anterioridad a la publicación del Código, el Tribunal Supremo tenía ya reconocido el carácter de relativo de esta nulidad (SS. de 14 de noviembre de 1862, 27 de junio de 1866 y 30 de enero de 1872), y con posterioridad a su vigencia, que dicha nulidad no pueden pedirla los extraños (S. de 1 de mayo de 1907), ni la mujer, aunque ostente al solicitarla distinta personalidad jurídica (S. de 1 de mayo de 1906), si bien el artículo 65 no prohíbe que la misma mujer ejercite la acción de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, si medió intimidación, porque entonces no se está en el supuesto de falta de licencia o autorización marital (S. de 7 de mayo de 1920). La S. de 24 de mayo de 1928 establece con gran claridad la doctrina: sea cualquiera la doctrina sobre la facultad con efectos retroactivos que tenga el marido, como jefe de la familia dentro del matrimonio y representante de su mujer, para ratificar los contratos de enajenación de bienes de la misma que esta haya celebrado sin su licencia o consentimiento; los que por contrariar a lo dispuesto en el artículo 61 del Código civil declara nulos el 62 del mismo, es indiscutible, como verdadera y pura norma jurídica, que tal nulidad, cuando ha de fundarse en la sola falta de intervención de aquél para completar la capacidad de su esposa, no es absoluta, ni puede derivarse de las disposiciones generales de los artículos 1.261 y 1.262, porque cuando la ley establece excepciones a estos, la regla aplicable es la específica, ya complete, ya modifique la genérica, consecuencia por la que no puede prescindirse en este caso del contenido del artículo 65 del indicado Cuerpo legal, mediante el que solamente el marido o sus herederos podrán reclamar la nulidad que en su beneficio sanciona dicho artículo 62, y a ello en nada se oponen tampoco los artículos 1.300 y 1.310 del Código civil. Es tam-

bién doctrina admitida, derivada de tal precepto, que esos contratos, cuando no se ha demostrado que en ellos concurra otro vicio más que el rituario de la falta de intervención del representante de la esposa para completar la capacidad que la ley no reconoce a ésta, producen sus efectos jurídicos sin originar nulidad plena *ipso facto*, sino que ella está subordinada al ejercicio de la acción, que no compete a ninguna persona extraña a las que nominativamente señala el repetido artículo 65, y por ello, sean cualesquiera los derechos del recurrente comprador que promovió demanda de nulidad de la escritura de venta de un derecho de foro (otorgada por la mujer casada estando el marido ausente) para impugnar por otros motivos distintos del expresado el contrato otorgado por escritura pública por una mujer casada, por el que ésta vendió el derecho real objeto del litigio, desde el momento en que de la sentencia recurrida no aparecen otros vicios de invalidación ni hechos de que deducirlos, hay que estimarla como legítimo título traslativo del dominio a favor del comprador, que le adquirió ya con conocimiento de la falta de la licencia marital y con el riesgo, por tanto, consiguiente a la actividad del esposo o sus herederos, únicos que podían combatirla por ese limitado defecto y antes de la adjudicación que se hizo al actor y recurrente por auto judicial.

La falta de la licencia o habilitación para comparecer en juicio, determina una falta de personalidad de la mujer, que puede ser alegada como excepción (art. 533, núms. 2.º y 4.º de la ley de Enjuiciamiento civil) o generar una nulidad de actuaciones (art. 745 de la ley de Enjuiciamiento civil). Si a pesar del defecto llegare a recaer sentencia, podrá, por el marido o sus herederos, pedir la nulidad de la misma, no ya por los trámites de los incidentes, que no caben una vez terminado el juicio, sino mediante el declarativo que corresponda.

La Dirección General de los Registros tenía declarado que la falta de licencia marital constituía un defecto que impedía la inscripción (resoluciones de 28 de octubre de 1863, 4 de junio de 1879, 13 de junio de 1879 y 23 de mayo de 1892), pero en la resolución de 22 de agosto de 1894 cambia de criterio, y fundándose en que, según el artículo 65 del Código civil, "solamente el marido o sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente, y que el Tribunal Supremo tenía declarado en sus sentencias de 27 de junio de 1866 y 30 de enero de 1872 que, no pidiendo el marido la nulidad, el contrato celebrado sin su licencia surte todos sus efectos legales, la Dirección estima que el acto en cuestión no es necesariamente nulo, sino anulable o rescindible, y declara inscribible la escritura del recurso (la mujer compraba una finca sin licencia marital).

Con posterioridad a esta resolución, el criterio varía nuevamente y la Dirección declara que no estaban redactadas con arreglo a las formalidades y prescripciones legales dos escrituras, una de compra y otra de venta, otorgadas por mujeres casadas sin licencia marital, motivo de las resoluciones de 29 de marzo de 1901 y de 21 de abril de

1908, aunque fundándose para hacer esta declaración, contraria a la de 22 de agosto de 1894, en el hecho de haber interpuesto el recurso los notarios autorizantes y no las partes interesadas, "considerando que, si bien el artículo 65 del Código civil dispone que solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente, y el artículo 1.301 que dicha acción sólo durará cuatro años y que este tiempo empezará a contarse desde el día de la disolución del matrimonio, esto no obsta para que resulte siempre cierto que la escritura de que se trata ha sido otorgada con infracción del artículo 61 del mismo cuerpo legal que prescribe que la mujer casada no podrá enajenar sus bienes sin licencia o poder de su marido, y para que, en consecuencia, no pueda declararse, como pretende el notario recurrente, que se halle redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, puesto que dicha infracción es patente y manifiesta". Sin embargo, las resoluciones de 23 de noviembre de 1892, 29 de marzo de 1907, 25 de agosto de 1911 y 19 de julio de 1922 declaran inscribibles escrituras carentes de tal requisito.

Insistiendo en el primer sentido negativo, el artículo 243 del Reglamento Notarial de 7 de noviembre de 1921 dispuso que "los notarios se abstendrán de autorizar contratos de mujeres casadas cuando no comparezcan asistidas de sus maridos o no acrediten con documentos fehacientes que obtuvieron anteriormente la licencia de aquéllos, en los casos en que la licencia fuese necesaria". Vigente la Constitución republicana, la resolución de 15 de diciembre de 1933 declaró, sin embargo, inscribible una escritura de compra por mujer casada sin licencia marital: "Considerando que, como insinúa la Orden de este Ministerio de 4 de octubre último, en el período legislativo, en que nos encontramos, la aplicación de las leyes civiles debe hacerse con un criterio favorable al desarrollo de los nuevos principios constitucionales, y si bien parece necesario para ello que haya una base legal, ya que prestigiosos comentaristas de la Constitución no estiman que los principios que ésta establece constituyan reglas ejecutivas por sí solas, creyendo sea menester un desarrollo complementario que puede darlas verdadera efectividad, es lo cierto que para la inscripción que se pretende, el asentimiento tácito del marido, con el cual alega la recurrente, viene rigiendo su vida y la de su familia, no puede, desde luego, sustituir la autorización o licencia indispensable a la mujer para adquirir y obligarse según los principios de nuestra legislación civil; pero lo mismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la de este Centro directivo, tienen repetidísimamente declarado, en relación con los artículos del Código civil citados, que la falta de licencia del marido en los actos y contratos llevados a cabo por la mujer casada no supone en modo alguno la nulidad, sino su posible anulación, ya que solamente aquél o sus herederos, nunca los extraños, podrán reclamarla en los plazos y condiciones establecidos por la ley; y que, en consecuencia, no pudiendo calificarse el defecto ni de insubsanable

ni de subsanable, no autoriza al registrador a suspender ni a denegar, sino que debe inscribir, si bien cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital, a fin de prevenir a terceros de que hay pendiente una acción de nulidad.”

En el Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935 desapareció el artículo 243 del anterior, y se estableció la nueva norma del artículo 169, que, con el mismo número, ha pasado sin alteración al hoy vigente de 2 de junio de 1944: “Las mujeres casadas—establece dicho artículo—podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que, con arreglo al derecho civil común o foral, pueden realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o de dominio. Tampoco precisarán la autorización del marido, cuando se trate de poderes otorgados a su favor, o para entablar acciones contra el mismo. En los demás casos el notario, como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. En todo caso, cuando se precisare la licencia marital, podrá otorgarse el documento, siempre que con ella estuviesen conformes los interesados, subordinándole a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo si el marido o sus herederos no lo impugnaran”.

6.º *Contratación entre cónyuges.*—La unidad de personas que el matrimonio produce y la necesidad de la marital licencia impuesta por la legislación, hizo que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros, de acuerdo con la doctrina, negasen la validez de los contratos entre cónyuges, por ver en ellos una inadmisibles forma de autocontratación (vid. sentencias de 23 de octubre de 1857 y 11 de enero de 1859). El Código civil, sin embargo, aunque no niegue expresamente tal principio, parece admitir la posibilidad de tales contratos, ya que sólo en casos concretos los prohíbe, y taxativamente autoriza a los cónyuges para celebrar el contrato de compraventa si viven bajo el régimen de separación de bienes (art. 1.458).

La sentencia de 21 de enero de 1900 declaró que, ni por precepto determinado de la ley, ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que en el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando éste su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y teniendo en cuenta las prohibiciones concretas, establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que los que entren sí realicen, mientras no afecten al régimen de la sociedad ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses o tiendan a eludir alguna ley prohibitiva, son perfectamente válidos,

tanto más cuanto que facilitan el funcionamiento de la sociedad expresada.

En el mismo sentido, la resolución de 31 de mayo de 1895 declaró inscribible la escritura de hipoteca constituida por la mujer en garantía del cargo de depositario conferido a su marido, porque, dado el número 3.º del artículo 1.263 del Código civil, es indudable que en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, la regla general hoy en vigor es la de que hay que reputarlos válidos, regla que no tiene más excepciones que las expresadas por la ley, y después del artículo 1.976 del repetido cuerpo legal, en cuanto concierne al derecho civil común, no es lícito invocar ley alguna contenida en nuestros antiguos cuerpos legales, infiriéndose de ahí que las excepciones a que alude el número 3.º del citado artículo deben estar consignadas precisamente en el mismo Código, sin lo cual carecen de fuerza ante la regla general mencionada, y por esta razón, al resolver el presente recurso, hay que descartar en absoluto de todo precepto legal que arranque de nuestro derecho civil, histórico o tradicional, invocando tan sólo disposiciones terminantes y categóricas del Código vigente, y ninguna de ellas prohíbe a la mujer el contrato de que se trata, y tampoco a la que está casada el salir fiadora de su marido, prohibición que no faltara de haber estado en la mente del legislador establecerla, por lo mismo que fué secular en nuestro derecho, y ante la carencia de artículo o precepto del Código que haya estatuido la incapacidad que establecieran el Senado Consulto *Velezano*, la Auténtica "*si qua mulier*", diversos fueros municipales y la famosa ley 61 de *Toro*, hay que concluir lógicamente que, puesto que no nos hallamos en un caso de excepción, rige el principio del artículo 1.263, y, a su tenor, puede la mujer casada prestar consentimiento a un contrato de fianza, aun en favor de su propio marido, y el suponer pasó inadvertida al legislador esta cuestión fuera irrespetuoso y, además, absurdo, por tratarse de un problema jurídico ocasionado a tan arduas controversias entre nuestros antiguos tratadistas, que tantas veces fué planteado ante los Tribunales de justicia, por lo cual es lo más racional y prudente estimar que el contrato de fianza otorgado por la mujer casada pasó, después del Código, a figurar en la regla general del artículo 1.263, sin duda por estimar sus autores que es el que mejor que ningún otro refleja la fisonomía moral del matrimonio y responde a la absoluta y omnimoda confianza que entre los cónyuges debe reinar, y no amengua la solidez del razonamiento que precede el sutil argumento que en la combinación de los artículos 1.458 y 1.839 del Código basa el registrador calificador, por la sencilla razón de que el primero de esos artículos no prohíbe a la mujer vender a tercero bienes de su marido, ni que se le adjudiquen en pago de una deuda que contra él tenga, y a una u otra cosa es a lo que se reduce en definitiva la subrogación legal establecida por el último artículo.

Sin perjuicio de esa regla general, permisiva de los contratos entre cónyuges, el Código establece una serie de prohibiciones concretas.

pudiéndose, con Castán, señalar las siguientes: otorgar capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio (art. 1.315); alterar, después de celebrado el matrimonio, las capitulaciones otorgadas antes (art. 1.320); otorgarse donaciones, a excepción de los regalos módicos hechos en ocasión de regocijo de la familia (art. 1.334); recibir cosa alguna un cónyuge del otro por donación o testamento, si el matrimonio tuvo lugar con infracción del artículo 45 (art. 50, regla 2.ª); constituir dote el marido en favor de la mujer después de celebrado el matrimonio (art. 1.338); transigir el marido y la mujer sobre los bienes y derechos dotales, a no ser en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos u obligarlos (art. 1.811); renunciar a la sociedad de gananciales, a no ser en el caso de separación judicial (art. 1.394); venderse bienes recíprocamente, excepto cuando se hubiera pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos (art. 1.458); celebrar permutas, puesto que se rigen éstas por las disposiciones concernientes a la venta (artículo 1.541); contraer sociedad universal, por ser personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (artículo 1.677); celebrar contrato de transacción, puesto que, según el Tribunal Supremo, la transacción exige, por su analogía con la venta, los mismos requisitos de capacidad en los otorgantes, y le alcanza, por consiguiente, la prohibición de celebrar la impuesta a los cónyuges (sentencia de 12 de diciembre de 1899); constituir el marido hipoteca en seguridad de la dote confesada después del primer año de matrimonio, conforme a la resolución de 6 de abril de 1894.