

Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)¹

M.ª DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

JUDITH SOLÉ RESINA

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

Este estudio analiza la capacidad y el poder sobre su patrimonio que se reconocen a la mujer casada. Se investiga, a través de los textos legales, la situación jurídica de la mujer casada, sobre la que han pesado importantes limitaciones, desde el siglo XVIII, pasando por la codificación española, las dos Repúblicas, el siglo XX, la dictadura para acabar en la situación actual. Las normas estudiadas que se tienen en cuenta son la legislación castellana y catalana. Pese a que se ha alcanzado la igualdad formal aún no existe igualdad completa en el ámbito patrimonial.

PALABRAS CLAVE

Capacidad, mujer casada, patrimonio, derechos patrimoniales, igualdad.

¹ Este estudio forma parte de los trabajos que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación *La Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación*. DER2010-17949. También, se inscribe en los trabajos del Grup del dret civil català (UB-UAB), 2009 SGR 221. Una síntesis del contenido se expuso en la Ponencia «Situación patrimonial de la mujer (poderes y capacidad) en la legislación española y catalana» en las *XIII Jornades d'Història del treball Les dones en el món dels negocis i en la gestió financera i del patrimoni immobiliari* (9 de maig de 2013, UB).

ABSTRACT

This study analyzes the capacity and power over their heritage which is recognized to married women. Are investigated, through the legal texts, the status of married women, about under which that have weighed important limitations, since the XVIII century, through the Spanish codification, the two Republics, the twentieth century, the dictatorship and the current situation. The legislations which are studied are Spanish law and the law Catalan. Despite the fact that has been achieved formal equality does not yet exist complete equality in the field patrimonial.

KEYWORDS

Capacity, married woman, property, rights, equality.

SUMARIO²: 1. *Introducción: los presupuestos.* 1.1 La norma siempre va por detrás. 1.2 Los modelos legales.—2. *Contexto.* 2.1 Determinación de la materia. 2.2 Fijación de la normativa.—3. *Los Decretos de Nueva Planta (SIGLO XVIII).* 3.1 Derecho castellano. 3.2 Derecho catalán.—4. *La codificación decimonónica.* 4.1 Avatares y principios. 4.2 La Primera Republica (1869). 4.3 El Código civil de 1889.—5. *Siglo xx.* 5.1 La Segunda Republica (1931). 5.2 La Compilación de derecho civil de Cataluña (1960). 5.3 Las leyes de modificación del Código Civil. 5.3.1 Ley de 24 de abril de 1958. 5.3.2 Ley 56/1961 de 22 de julio. 5.3.3 Ley 14/1975 de 2 de mayo. 5.3.4 El título preliminar del Código civil. 5.3.5 De Castro *versus* Lacruz Berdejo.—6. *De la Constitución de 1978 a la actualidad.* 6.1 La consecución de la igualdad formal. 6.1.1 Instrumentos internacionales. 6.1.2 La Constitución española de 1978. 6.1.3 La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. 6.1.4 La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. 6.1.5 La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. 6.1.6 La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, de nombres y apellidos y orden de los mismos. 6.1.7 La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 6.1.8 La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. 6.1.9 La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 6.1.10 Las reformas más significativas del ordenamiento jurídico catalán que inciden en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o madre. 6.2 La mujer comerciante. 6.3 Igualdad formal y desigualdad material. 6.3.1 Pactos en previsión de una ruptura matrimonial. 6.3.2 El valor del trabajo para el

² M.^a del Carmen GETE-ALONSO es autora de los epígrafes 1 a 5 (inclusive). Judith SOLÉ RESINA, es autora del epígrafe 6. La referencia completa de las obras citadas se hace al final, en el apartado Bibliografía.

hogar y del trabajo para el otro cónyuge en los regímenes matrimoniales. 6.3.3 El ejercicio de las responsabilidades parentales tras la crisis matrimonial. 6.3.4 La atribución o distribución del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial y el cumplimiento de las obligaciones por razón de la vivienda. 6.3.5 La más novedosa doctrina jurisprudencial con relación al derecho de daños morales en materia de derecho de familia.

1. INTRODUCCIÓN: LOS PRESUPUESTOS

Antes de entrar en el desarrollo de la materia: el patrimonio de la mujer, en concreto, el poder y la capacidad que se le ha reconocido a lo largo de la historia, en especial desde el siglo XVIII, llamado de las luces y de la razón, hasta los primeros años del presente siglo XXI, adjetivado como el siglo de la información y la digitalización, es obligado explicar determinados puntos de partida que tienen en cuenta las normas a la hora de reconocer poderes, derechos y deberes.

Presupuestos que se ciñen a los hechos y a las situaciones previas³ a la regla jurídica, que ésta toma de la realidad social para dotarles de una determinada regulación. Uno de estos tiene que ver con la manera en que se produce el Derecho como ciencia social; otro, más técnico jurídico, deriva de cómo se opera a la hora de decidir el contenido. Ambos, en todo caso, han confluído y confluyen en el quehacer jurídico a lo largo de la historia en general y de la historia del derecho, en particular.

1.1 LA NORMA SIEMPRE VA POR DETRÁS

Conviene recordar que el Derecho siempre es un *posterius*, es decir, que como Ciencia social actúa sobre una realidad ya desarrollada e, incluso, ya consolidada, más o menos, en un momento temporal determinado. El Derecho interviene como respuesta al hecho social que se ha producido antes o a la situación preexistente. El objeto de regulación, que se vuelca en la norma (genéricamente en las leyes), son los concretos intereses y asuntos para los que la sociedad reclama una determinada respuesta (*ubi societas ibi ius*). La regla jurídica, es decir los mandatos, derechos y deberes contenidos en las normas, fruto de los órganos a los que se atribuye potestad para crearlas e imponerlas, en la mayoría de los casos coincide con lo que existe (preexiste) en la sociedad, tanto en lo que se refie-

³ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua (23.ª ed), el significado del verbo presuponer (del que deriva presupuesto) es requerir o considerar algo como condición previa.

re al hecho, situación o conducta en sí (convivencia de dos personas, el nacimiento de una persona, el acuerdo entre las partes) como en la regla jurídica adoptada (que se considere la unión, que exista jurídicamente la persona, que obligue el acuerdo).

Sin embargo, la coincidencia entre lo previo que se regula y la norma, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, puede presentar un cierto desajuste porque la regla adoptada sea una regla matizada. A su vez, si se pasa a la aplicación de la norma, a lo largo del transcurso del tiempo, en contacto con la evolución del día a día de la sociedad, pueden presentarse desajustes entre la regulación llamémosle oficial y la manera en que se aplica a la resolución del conflicto. Es aquí donde tiene cabida la técnica jurídica, lo que de artificial, magia en cierto sentido, tienen los conceptos jurídicos.

Realidad social, donde se incluyen sus valores, principios y, en definitiva la cultura⁴, y regla jurídica (los mandatos, prohibiciones y concesiones) no siempre coinciden. No es infrecuente, ni debe llamar la atención que exista un desfase, en el transcurso del tiempo, entre lo que está regulado y lo que se ejercita de hecho por las personas, entre aquello y su aplicación. La realidad siempre va, y así debe ser, por delante de la norma.

Puede suceder, en particular en momentos en los que la actividad legislativa no es ágil⁵, que la ley presente una regulación que, sin estar derogada (porque para ello es necesario una norma expresa o contraria que la deje sin efecto), en la práctica ordinaria no se cumpla; que, en el devenir de la realidad se desarrolle una conducta respecto de la que se origine una percepción diferente sino contraria a la regla (ley) vigente. En definitiva, no es infrecuente que se instaure en la sociedad a través del día a día una situación alegal⁶

⁴ Entendida la cultura como el conjunto de modos de vida, costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, predicada de un grupo social en un lugar geográfico determinado.

⁵ Sobre todo se puede hablar de la falta de agilidad, dentro del periodo histórico que abarca este estudio, en relación con la creación legislativa de los siglos XVIII y XIX, donde aún no estaban consolidadas las nuevas organizaciones de las naciones. En la actualidad, en el siglo XXI, asentada la democracia y la manera de actuar de los órganos encargados de elaborar y aprobar las leyes (los parlamentos) no obstante ser más rápida la respuesta normativa a una cuestión o asunto, también existe un tiempo en ajuste al reclamo social, desde que se evidencia hasta que se decide si debe o no regularse (por factores varios, entre ellos, ideológicos y por supuesto, los intereses políticos de los partidos, tanto de los que gobiernan como de los que participan).

⁶ La *a-legalidad* debe diferenciarse de la *ilegalidad*. Mientras ésta implica un juicio negativo, ilegal es lo contrario a la ley, en concreto, lo que se opone a una norma prohibitiva o imperativa que se infringe, la *a-legalidad* no comporta ninguna valoración ni en un sentido ni en otro, es lo que está fuera de la ley, que no está previsto en la misma ni para prohibirlo ni para admitirlo. La situación de *a-legalidad*, generalmente se produce respecto de conductas o situaciones que son nuevas, en la sociedad, bien totalmente, porque responden a los avances de la técnica y aún no existe una respuesta normativa (piénsese en los primeros trasplantes de órganos, o en las técnicas de reproducción asistida) bien porque son situaciones viejas con nuevas percepciones, es decir el cambio de las ideas, de los

para la que, después de su reiteración y de los conflictos que se suscitan, se reclama una intervención legal determinada.

La evolución de la sociedad, *rectius*, de las percepciones y valoraciones de las conductas humanas, de los principios por los que actúa, de las situaciones y poderes que se reconocen y otorgan a las personas, no siempre va unida y corre paralela a la de la norma jurídica vigente que contiene la regla. La atribución de un derecho por la ley, generalmente obedece a que ese poder (que es el derecho) preexistía antes y se admitía como tal (el valor cultura de la sociedad), pero no es garantía de que el derecho (poder) se reconozca cómo y con la misma amplitud con que lo reclama la sociedad. De la misma manera que la negativa a admitir algo, o el veto a una conducta o al ejercicio de un derecho que está en la ley puede aparecer desmentida o aminorada en la realidad práctica, que no sólo es que no la aplique sino que, incluso puede instaurar una manera de hacer contraria.

De ahí, como se decía inicialmente, la importancia del dato de la posteridad del Derecho, de que la regulación no acostumbra a adelantarse a los valores o principios de una determinada sociedad y cultura, siempre con referencia a un período (época) temporal concreto.

Así que para tener una visión más real de los poderes que se reconocen a la mujer en el ámbito patrimonial las reglas jurídicas que las recogen se han de interpretar en cada momento, en el contexto social, cultural y político, porque, en cualquier estudio sobre la posición de la mujer el ejercicio de la interdisciplinariedad es imprescindible para comprender adecuadamente la situación global⁷. No podemos dejarnos llevar del espejismo del reconocimiento o atribución legal de un derecho del que pueda desprenderse una cierta igualdad a favor de la mujer, como tampoco el silencio normativo significa que no exista un determinado poder o forma de hacer admitido por un amplio sector de la sociedad y que actúa *de facto*. La situación de hecho, *rectius* la puesta en práctica de un poder de hecho que se reitera no sólo es signo del desarrollo, de la evolución de las ideas y valores sino también dato a tener en cuenta para la regulación.

En este trabajo presentamos una síntesis de la evolución de las normas de derecho privado en las que se delimita el poder jurídico y la capacidad que se han reconocido a las mujeres sobre su patrimonio, con una acotación normativa clara. En el panorama jurídico

valores y los juicios (como la configuración de la adopción de una persona, o del matrimonio, por ejemplo).

⁷ Sobre esto, ORTEGA LÓPEZ, *op. cit.* «Una reflexión», pp. 161 y ss.

que discurre desde el siglo XVIII hasta el presente, nos ceñimos preferentemente a la legislación española, *rectius*, la castellana⁸ y la catalana (sin perjuicio de que para la legislación vigente se considere la normativa de otras Comunidades Autónomas).

Conviene recordar que una de las peculiaridades del sistema jurídico español, a lo largo de la historia general y de la del derecho en particular, es la pluralidad de ordenamientos jurídicos civiles que coexisten en situación de igualdad (art. 149.1.8.^a CE). Una pluralidad de normas que no es una innovación de la actual norma constitucional, sino una constante a lo largo de la historia. En efecto, ésta hunde su raíz en la concurrencia temporal de distintos reinos en la geografía peninsular que la Constitución de 1978 hace suya, a través de la organización del estado, con el reconocimiento de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE) y el reparto de competencias entre las Comunidades Autónomas y aquél (arts. 148, 149 y 150 CE).

Además del dato de la posteridad del Derecho se ha de hacer hincapié en *el principio de legalidad* (art. 9.3 CE) común a los sistemas jurídicos continentales de los países que pertenecen al ámbito del *Civil Law*, donde se incluyen los derechos español (castellano) y catalán. Interesa destacar que en estos sistemas las leyes (normas) se elaboran y aprueban por el poder legislativo y, en su caso, por el ejecutivo (el gobierno). Los tribunales y los jueces tienen encomendada la función de cumplir y hacer cumplir la norma (art. 117.3 CE) e interpretarla, carecen de potestad legislativa y la sentencia es ley únicamente para el caso concreto. El denominado precedente jurisprudencial no tiene, en sí, valor normativo ni obliga a los demás tribunales, aunque cuando la doctrina judicial proviene del Tribunal supremo pueda tener más relevancia a la hora de juzgar otro asunto similar (que es lo que recibe el nombre de jurisprudencia). En todo caso es importante saber que, ni una determinada interpretación judicial de la norma en la que se matice ésta, ni el desuso afecta a su vigencia.

Este principio de legalidad provoca, y así ha ocurrido en algunos períodos de nuestra historia⁹, un conflicto entre la norma establecida –que obedece a un determinado contenido ideológico– entre lo que está vigente, y lo que se percibe en la sociedad, que si no se ha corregido, puede llegar a matizarse por algunos tribunales a la hora de aplicarla; pero siempre con el valor y carácter particular, debido a la carencia de fuerza normativa de la doctrina judicial. La jurisprudencia, con todo, es una fuente de doctrina importante

⁸ Más adelante se explica, en el apartado 3.1.

⁹ Sobre todo en la época de los cuarenta años de la dictadura franquista (1936 a 1975).

en la medida que puede impulsar una reforma legal y es índice de que la norma vigente no se ajusta a la necesidad de la sociedad.

1.2 LOS MODELOS LEGALES

Otra cuestión acerca de la que debe llamarse la atención, sobre todo si se efectúa el análisis histórico de una materia jurídica, es el carácter llamémosle parcial, hasta cierto punto, que puede predicarse de las reglas que se plasman en las normas escritas.

La tónica general de las normas de derecho privado (las que interesan en el presente estudio), que son las que regulan las relaciones entre las personas y los poderes (derechos) y deberes (obligaciones) que les afectan, tanto en la dimensión individual (la persona) como social (incardinación en los grupos, situación), salvo en épocas más recientes, fundamentalmente a partir de la segunda mitad del siglo xx¹⁰, es que se efectúan a partir de un *modelo standard* que es el que forma parte del supuesto de hecho de la norma¹¹. Modelo respecto del que se predica la regulación.

Acudir o tomar un modelo no es algo nuevo sino que es una constante a lo largo de la historia del derecho, aunque se acusa más a partir del siglo xvii y de la tecnificación de la ciencia jurídica, de mano de las construcciones generales de la doctrina de los iusnaturalistas racionalistas (Grocio, Puffendorf).

Tampoco debe olvidarse en este punto que lo común en todos los ordenamientos jurídicos que forman parte del sistema del *Civil Law* es el origen romano-germánico de los modelos y de la regulación. Expresado de otra manera, que la raíz de la que parten las normas, incluso las vigentes, proviene de las reglas del derecho romano y de aquellas de los pueblos germanos que se adoptaron por los diversos reinos españoles, a lo que se agregan las normas canónicas. Influencias que persisten en la regulación, en muchas ocasiones, hasta la actualidad o época muy reciente¹².

A la hora de regular para cada situación, hecho o conducta que se considera en la norma se toma un patrón a partir de la realidad, de lo que existe en la sociedad, que se erige en la base y en función

¹⁰ A raíz de la finalización de las Guerras europeas; fundamentalmente de la Segunda Guerra Mundial. *Vid.*, con referencia a la familia, la explicación de VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit. La disciplina constitucional*, en el Capítulo IV, pp. 161 y ss.

¹¹ La estructura de la norma jurídica es: supuesto de hecho (la realidad a la que se regula) y la consecuencia jurídica (el mandato o la regla que se impone).

¹² Como puede ser, por ejemplo, la prohibición de que la mujer pudiera otorgar fianza a favor de su marido que, proveniente del derecho romano (senadoconsulto Veleyano y la auténtica *Si qua muller*) se mantuvo, en el derecho castellano hasta los albores del Código civil (1889) y en el derecho catalán hasta el texto refundido de la Compilación de 1984.

de él se prevé la regla: la persona, la familia, el poder sobre las cosas, o la fuerza del pacto. En la norma, en la ley, ese supuesto de hecho de la realidad existe y, según el momento histórico y, también, la técnica jurídica, se identifica más o menos (depende de la abstracción en que se presente) con la variedad y matices que existen en la sociedad, pero no siempre tiene porqué ser así. Es el desfase jurídico, uno más, que se puede detectar y que ha de apreciarse a la hora de valorar el alcance real de la regulación. Por poner un ejemplo relativo al asunto que nos entretiene, la implantación del régimen liberal a partir del siglo XVIII, que supuso el reconocimiento del individuo, de los derechos de las personas y la proclamación de la igualdad no llevó a que se adoptara un modelo jurídico de persona y de familia acorde con las declaraciones generales, sino, a contrario, implicó una configuración sesgada pues tomó como referencia a una determinada clase social nueva: la burguesía; se pretendía recoger, lo que ya existía pero también aquello a lo que se aspiraba. La base romano –canónica– germana¹³ más la nueva organización social, económica y política. La ideología patriarcal heredada de las épocas anteriores no se superó sino que, a contrario, junto a los planteamientos filosóficos, religiosos y con el apoyo de la ciencia médica, se mantuvo a la hora de delimitar la situación legal de la mujer y el modelo a adoptar¹⁴.

A ello, a partir del siglo XIX, en el ámbito europeo se agrega la técnica jurídica de codificar las normas, ante la necesidad de fortalecer el nacionalismo de cada pueblo iniciado desde la caída del *Ancien Régime* (1789) y reforzado por la elaboración de textos fundamentales (las constituciones). La codificación se caracteriza, además de por la sistematización y ordenación de las reglas en un solo cuerpo legal según la materia¹⁵, por la generalización y porque se actúa sobre los modelos y los principios que introduce el nuevo sistema liberal. Una abstracción de la persona, de la mujer, de la familia a partir del estándar que las fuerzas políticas incluyen en los textos constitucionales y en las declaraciones de derechos de las personas. De donde, como se venía diciendo, la probable parcialidad y desfase de las normas jurídicas respecto de las relaciones sociales y la actuación (y apreciación) de las personas¹⁶.

¹³ Que, en nuestro país está representada por el *Liber Iudiciorum* (el *Fuero Juzgo*), además de las costumbres y otras normas propias.

¹⁴ ÁLAMO MARTELL, *op. cit.*, «La licencia marital», p. 361.

¹⁵ La civil en el Código civil, la penal en el Código penal, la mercantil en el Código de comercio..., etc.

¹⁶ Desde la actualidad VALPUESTA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 253) explica cómo «(...) la *democracia burguesa* que había inaugurado la transformación política que surgió tras los acontecimientos revolucionarios franceses, había demostrado /después de la segunda guerra mundial/ su ineficacia para garantizar las cotas

De hecho, se ha de esperar a épocas más próximas temporalmente, al momento en que se empiezan a desarrollar con mayor realidad y efectividad los derechos de las personas, lo que se produce a partir de la segunda mitad del siglo XX, para que el modelo legal sea más amplio, abarque, ahora sí y realmente, a toda la sociedad y a todos sus miembros (mujeres y clases) no a un sector concreto y sesgado.

Las normas jurídicas vigentes, también parten de un modelo, pero, en ellas el desfase del que se ha hablado, en cierto modo se corrige; la depurada técnica y los principios que inspiran la regulación, facilitan y procuran, cada vez más, el acercamiento a la realidad. Pero ello no quita, porque es inevitable, que el legislador siempre tenga en mente un modelo, que es el que nos permite explicar lo que hay. Sin perjuicio, por supuesto, de todas las matizaciones que se hayan de introducir, y de las críticas pertinentes¹⁷.

2. CONTEXTO

Adentrándonos en el tema, el patrimonio y la actuación económica de la mujer, los poderes de administración y gestión que jurídicamente se le atribuían y la capacidad que se le reconocía, aun son necesarias ulteriores precisiones. Una relativa a la determinación de la materia, otra a la normativa.

2.1 DETERMINACIÓN DE LA MATERIA

Para explicar adecuadamente el poder de la mujer sobre su patrimonio conviene, primero, identificar jurídicamente éste en la

de participación social que requiere este sistema de gobierno, entre otras razones, por el elitismo de una clase social, la burguesa, que había monopolizado en su favor los réditos del cambio, acaparando el poder político y social».

¹⁷ Destaca VALPUESTA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, Tratado, capítulo 10) que, en la actualidad, del siglo XXI, «(...) cuando se hace referencia a las mujeres nos referimos a ellas en plural con el fin de reflejar su propia diversidad. Y en efecto, hace ya tiempo que se superó una visión unitaria e uniforme de la mujer, que la presentaba como un sujeto que representaba a modelos de iguales e invariables de acuerdo a imágenes muy esencialistas –María, Eva, u otras que la literatura, la cultura o la imaginación popular ha ido creando–, que se han transmitido hasta formar parte del imaginario colectivo. Unas imágenes, desde luego, muy diferentes de la de los hombres, pero, sobre todo, que reflejan una visión atemporal y a-histórica de las mismas (Como dice Celia AMORÓS: ni iguales ni idénticas). Por el contrario, éstas, al margen de la experiencia compartida en una sociedad estructuralmente machista, que le ha dado unos rasgos comunes, representan una gran variedad de tipos y modelos, consecuencia de circunstancias diferentes como pueden ser la clase social, la etnia, la religión, la cultura, pero también su condición de madre, de responsable de hogar, de maltratada, de trabajadora...; de ahí, que se hable de mujeres para reflejar la multiplicidad de situaciones en las que pueden estar inmersas, incluso en la cultura occidental, pues son muchos los cambios que se han operado en su comportamiento y situación».

época a la que nos referimos, en particular en los siglos XVIII y XIX. El análisis sería erróneo si operáramos con los conceptos y valores actuales, pese a que éstos deriven de lo anterior, sean una evolución de aquéllos.

En el período que nos ocupa se ha de distinguir la mujer soltera de la mujer casada, pues el poder de ésta en el ámbito patrimonial está vinculado a la capacidad de obrar que se le reconoce¹⁸. Mientras que la mujer soltera, mayor de edad, a partir de la época indicada, casi se equipara al hombre, no sucede lo mismo para la mujer casada. De otra parte, es importante recordar que la persona menor de edad, sea hombre o mujer, está sometida a la potestad del *pater familias* y por lo que hace a los patrimonios de los que es titular, según la calificación de éstos ha de actuar con la intervención de la autoridad paterna¹⁹.

La capacidad de obrar de la mujer casada, contrariamente, debido al modelo de matrimonio y de familia del que partían las normas, desde la época que nos entretiene, se configura con criterios de importante limitación. El poder hegemónico del marido en la organización y dirección de los intereses personales y económicos del matrimonio y de la familia creada en base a él comportó, hasta los años 70 del siglo XX, una posición jurídica de la mujer inferior, de sometimiento personal y patrimonial y un recorte, más o menos acusado en los poderes de administración y gestión de los bienes, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante.

De otra parte, el destino «natural» (modelo) de la mujer a formar una familia derivada de una unión matrimonial, que se empezó a imponer lleva a tener en consideración no sólo lo que, en términos actuales es el patrimonio personal de ésta sino, obligadamente, los bienes que forman parte de la economía matrimonial respecto de los que bien ella puede ser propietaria o bien puede haber cedido su administración al marido, o éste ser el único administrador, o reconocérsele (a ella) facultades de administración limitadas.

Así que cuando nos referimos a la mujer, prácticamente hasta 1980, una de las constantes, es que su patrimonio personal y el patrimonio del régimen económico matrimonial (familiar) están interreleccionados, tanto por la autoridad del marido en el matrimonio, como por la especial configuración de determinados bienes de la mujer (los que integran la dote) que forman parte y se configuran

¹⁸ Se entiende la capacidad de obrar como la aptitud para realizar actos jurídicos eficazmente, por sí, sin necesidad de contar con la intervención de otras personas. Los actos jurídicos realizados por personas que tienen capacidad de obrar, si reúnen los requisitos que se exigen en cada caso, son inamovibles.

¹⁹ Acerca de la situación patrimonial del menor de edad y de su capacidad remito a GETE-ALONSO y CALERA, *op. cit.*, *La nueva normativa*, pp. 22 a 24

para la sustentación de las cargas matrimoniales. El modelo normativo, en cierto modo alejado de la realidad social al menos en el momento inicial, es el de la mujer burguesa situada en la incipiente clase media que no tiene una ocupación profesional propia, y por lo tanto que carece de ingresos económicos excepto los derivados de sus bienes de los que conserve la administración. Una mujer a la que se relega al ámbito doméstico (el trabajo en el hogar)²⁰ en el que desarrolla su actividad y que, en algunos casos, según la composición de su patrimonio o el familiar (los bienes del esposo o los adquiridos durante el matrimonio), participa en la explotación de los negocios o empresas del marido o las familiares que hubiera heredado²¹.

En consecuencia, patrimonio personal de la mujer, como conjunto de bienes y derechos propios, particulares o privativos suyos (que se conoce, en el período temporal que nos ocupa bajo el nombre de bienes parafernales)²²; pero también, el patrimonio familiar: los bienes de la mujer que integran el régimen económico matrimonial, bienes ya de ella (privativos) ya aportados en dote (patrimonio dotal) ya comunes (de ambos cónyuges). Los bienes dotales forman parte del régimen del matrimonio pues se configuran como la aportación de la mujer al mantenimiento de las cargas familiares.

Las facultades de gestión y administración de la mujer sobre dichos bienes, además, dependen y han dependido, desde el derecho romano, del modelo de régimen económico matrimonial que rige en un ordenamiento determinado; no es lo mismo un régimen comunitario, más o menos amplio (de comunidad absoluta o de comunidad relativa) que los regímenes de separación, en los que juega una importante función el patrimonio dotal. El contraste se observa, sobre todo, en los ordenamientos que tomamos como referencia, entre el régimen comunitario del Código civil español (gananciales) y el del Código civil de Cataluña (separación de bienes).

Finalmente, a partir del momento en que en el ordenamiento se admite la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges por el

²⁰ Que es invisible, en el sentido de que no se valora económicamente ni, tampoco se tiene en consideración, como en cambio sí sucede en la actualidad, por la norma jurídica.

²¹ SOLÀ PARERA, *op. cit.*, «Las mujeres como productoras», p. 250 explica, con referencia a los siglos XVIII y XIX que «Algunas ejercieron de matriarcas, sobre todo cuando eran propietarias del negocio vía herencia o habían aportado una dote elevada a su matrimonio. Fueran usufructuarias o propietarias, solteras, casadas o viudas, ninguna vendió el negocio y a mediados del siglo XIX —cuando el discurso de la domesticidad empezó a tener mayor predicación— tampoco se desprendieron del taller (...).

²² Literalmente el término parafernales, que proviene del griego, significa bienes que están fuera de la dote, es decir que no se integran en ella y, por lo tanto, tienen un régimen diferenciado. En el Codex V, 14,8, se lee que, «(...) his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt...»; en Digesto 23,3,9§ 2,;» (...) si res denturin ea quae Graeci (praeter dotem illata) dicunt...»

divorcio, las consecuencias económicas que se derivan, sobre todo en los casos en que existe descendencia común, influyen en el patrimonio de la mujer, al menos por lo que respecta a sus fuentes de ingresos y a los poderes que se le reconocen.

Patrimonio personal –patrimonios en el régimen económico matrimonial– consecuencias económicas de la disolución por divorcio: las materias delimitadas.

2.2 FIJACIÓN DE LA NORMATIVA

¿A partir de qué momento se toma en consideración la normativa sobre los derechos de las mujeres en relación al patrimonio? Quizá, la pregunta formulada pueda sonar retórica pues, como resulta del mismo título de este trabajo, está claramente señalado el momento: desde la implantación del régimen liberal-constitucional. Pese a ser cierto, los caracteres y las peculiaridades de la Ciencia jurídica, de los sistemas jurídicos y del nuestro en particular, imponen precisiones importantes.

El punto de arranque, como no podía dejar de ser, se sitúa en la caída del *Ancien Régim*, en el cambio que se inicia en Europa a partir de la Revolución francesa (1789) y en general en la nueva organización, valores y principios derivados de ella. Pero por lo que se refiere a Cataluña y a España, para entender adecuadamente la situación de las normativas delimitadas debemos situarnos unos años antes, cuando aún estaba vigente la monarquía absoluta.

En concreto, nos hemos de remontar a los *Decretos de Nueva Planta* dictados a raíz de la victoria de Felipe V como castigo a los territorios que le habían sido rebeldes en la guerra de la sucesión (1707 para Aragón y Valencia –1711 para Aragón– 1715 de Mallorca y 1716 para Cataluña). Decretos que, como es sobradamente conocido, supusieron la imposición del poder soberano y absoluto del monarca, la abolición de los órganos de gobierno y de la potestad legislativa de cada uno de los reinos y la extensión de las normas castellanas a los demás, salvo en aquellos territorios (como Cataluña) a los que se permitió mantener su derecho civil propio (si bien, sin posibilidad de desarrollo legislativo).

La consecuencia más importante que se sigue de la realidad normativa de los Decretos de Nueva Planta es, de una parte que, excepto en los territorios que conservaron sus normas, en el resto regían las reglas del derecho castellano. De ahí la confusión que, a veces, parece que se produce entre el derecho español y el derecho castellano. No es ésta la situación de Cataluña que mantuvo su derecho civil propio, si bien mermado dado que no podía modifi-

carlo al haber perdido la potestad de legislar. De otra, que esta precariedad provocó que, al ser los jueces en su mayor parte de procedencia no catalana, se tendió a ignorar, cuando no a intentar aplicar el derecho castellano a relaciones regidas por derecho propio; situación que llevaba a la necesidad de probarlo y defenderlo.

En el derecho privado, la confrontación y la permanente necesidad de establecer los límites de separación entre uno (el derecho castellano, contenido en el Código civil español) y otro (el derecho catalán, recogido en el Código civil de Cataluña) desde ese momento y, prácticamente hasta hoy en día, se convertirá en una constante. Lo que se ha manifestado particularmente, en la normativa relativa a la posición de la mujer respecto de su patrimonio y en general en su situación y consideración en las normas jurídicas.

A fin de que la exposición sea más clara, se distinguirá atendiendo a los períodos históricos desde la perspectiva jurídica, que no coinciden exactamente con las divisiones históricas habituales en otras disciplinas. Los apartados en los que dividimos el trabajo son cuatro: 1.º El siglo XVIII, partiendo de los Decretos de Nueva Planta; 2.º La codificación decimonónica, donde se incluyen sus avatares y la Primera Republica; 3.º La primera parte del siglo XX: la Segunda Republica, las Compilaciones y las leyes de modificación del Código Civil; 4.º De la Constitución española de 1978 a la actualidad.

3. DE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA (S. XVIII)

En lo que se refiere a nuestros ordenamientos civiles (el castellano y catalán), como se ha dicho, con carácter previo a la influencia, en su caso, que tuvieron los nuevos valores provenientes de los principios revolucionarios y la instauración de las nuevas maneras de organización derivada de aquéllos, se ha de considerar la situación producida a raíz de los Decretos de Nueva Planta.

El *Decreto de Nueva Planta de la Real Audiencia de Cataluña*, expedido en Madrid el 16 de enero de 1716 (recogido en la Ley 1.ª título 9, del libro V de la Novísima Recopilación de España), después de proceder a la unificación indicada, dispuso en el capítulo 42: «En todo lo demás que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este decreto, *mando se observen las constituciones que antes había en Cataluña; entendiéndose que son de nuevo establecidas por este decreto y que tienen la misma fuerza y vigor que lo individual mandado en él*».

Señalaba, comentándolo Brocà²³ que «En consecuencia, quedaron nuevamente sancionadas las disposiciones civiles particulares de Cataluña, vigentes al formarse la última compilación en 1704: Usajes, Constituciones, Capítulos y Actos de Cortes, Costumbres generales y particulares, Pragmáticas, Privilegios, Concordias, Sentencias y Bula, y quedó en vigor la Constitución del año 1599 determinativa del Derecho que debía observarse en Cataluña, con inclusión del supletorio». Conforme a la Constitución de 1599, en la que quedaron fijadas de manera definitiva²⁴ las fuentes del derecho de Cataluña²⁵ el derecho al que se había de acudir supletoriamente, es decir cuando la norma no regulaba una determinada cuestión, era el derecho romano y el derecho canónico. Dato éste muy relevante pues implicaba que no se pudieran aplicar, en Cataluña, las reglas contenidas en la legislación castellana, pese a los diversos intentos que, durante los siglos XVIII y XIX y una parte del siglo XX se produjeron en este sentido. Las normas relativas al patrimonio de la mujer eran las del derecho romano, matizadas por las disposiciones propias respecto de los bienes dotales (básicamente contenidas en los *Usatges* y en algunos privilegios). En todo caso, el régimen económico del matrimonio de Cataluña era el de separación de bienes, con dote, llamado régimen dotal; régimen que se mantiene hasta el siglo XX (Compilación de derecho civil especial de Cataluña de 1960), momento a partir del cual, el desuso de la aportación de dote, en la práctica lo convierte en un régimen de separación absoluta.

En lo que afecta al derecho castellano, las reglas, vigentes en el siglo XVIII, sobre los bienes de la mujer casada son las de las *Leyes de Toro* (1505)²⁶ que se integraron en la Novísima Recopi-

²³ BROCÀ, *op. cit.* *Historia del Derecho de Cataluña*, p. 425.

²⁴ Así se indica por PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *op. cit.*, *Fundamentos*, I (2.^a ed.), pp. 36 y 37.

²⁵ Es el capítulo 40 de las Cortes de Monzón (Felipe II de Cataluña-III de Castilla), en el que se lee «*Axi be statuum, y ordenam ab loatio y approbatio de la present Cort, que los Doctors del Real Consell hajan de decidir, y votar les causes ques portaran en la Real Audientia conforme, y segons la dispositio dels Usatges, Constitucions, y Capítols de Cort, y altres Drets del present Principat, y Comtats de Rosselló, y Cerdanya, y en los casos que dits Usatges, Constitucions, y altres Drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret canonic, y aquells faltant del Civil, y Doctrines dels Doctors, y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada y conforme a les regles del dret comú, y que aportan los doctors sobre materia d'equitat*».

²⁶ Las Leyes de Toro se dictaron ante las contradicciones que existían en la práctica judicial a la hora de aplicar los textos que había, en especial las Partidas, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y los que provenían de los Fueros municipales (LASSO GAITE, *op. cit.*, *Crónica*, Vol. I, pp. 38). En gran parte, son leyes nuevas que se discutieron en las Cortes de Toro de 1505. De ahí que, aunque recogieron principios anteriores no siempre lo hicieran. Es lo que sucede, como se verá, respecto de la situación de la mujer en donde se adopta un criterio de restricción de la libertad de la mujer casada para disponer de sus bienes.

lación (1804). El derecho de Castilla, como es sabido, además de las leyes citadas, se contenía en diversos textos normativos publicados durante el reinado de Alfonso X el Sabio, en especial el Código de las Siete Partidas (1254-1261)²⁷ donde se hacía trasunto del Digesto y del Derecho canónico, normas que estuvieron en vigor hasta 1889 (Código civil). Con posterioridad, el Ordenamiento de Alcalá (1348, promulgado por Alfonso XI) donde se establecía el sistema de fuentes (Leyes 64 y 65 del título XXVIII)²⁸. El régimen de bienes matrimonial castellano era el de gananciales.

Respecto de la mujer menor de edad, tanto en el derecho catalán como en el castellano, regían los principios derivados del derecho romano, únicamente matizado por algunas reglas propias, pero como se ha dicho, las desviaciones de las reglas generales, se producen respecto de la mujer casada, de ahí que nos ciñamos a éstas.

Salvo las reglas propias, por lo tanto, el derecho romano-canónico estaba en la base de ambos ordenamientos, si bien, se ha de agregar, no exactamente con la misma interpretación y alcance. No debe olvidarse que, en el ámbito del derecho privado la costumbre, es decir la práctica reiterada de una conducta con conciencia, convencimiento de su valor obligatorio (*opinio iuris*), es una fuente propia de normas jurídicas. Fuente que es la manifestación de esa realidad previa a la que se ha hecho mención.

En todo caso, a salvo de las normas propias de cada uno de los derechos que se analizan, tanto el castellano como el catalán, en el tema que nos ocupa, tienen su punto de arranque en los valores del derecho romano, y en cuanto a los de origen germano los cristali-

²⁷ Las *Partidas IV a VI* son las que recogen las instituciones de derecho privado. *Partida IV*: el matrimonio y la filiación, que revela una fuerte influencia de las reglas del Derecho canónico (las Decretales de Gregorio IX), en lo que se refiere a los bienes matrimoniales (dote, donaciones) sigue el derecho romano y prescinde del derecho consuetudinario; *Partida V*: los contratos y las estipulaciones, donde se recogen prácticamente las reglas romanas aunque con las modificaciones de normas propias, como la admisión del principio de libertad de forma en los contratos; *Partida VI*: el derecho de sucesiones, netamente de influencia del derecho romano.

²⁸ El contenido de estas Leyes pasó a ser *la Ley 1 de Toro*. El orden de fuentes que establecía, y éstas mantuvieron, se describe en la misma « (...) queriendo poner remedio conveniente a esto, establecemos e mandamos, que los dichos fueros /se refiere a los de las ciudades y villas/ sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos falláremos que se deben enmendar é mejorar, y en lo al que son contra Dios y contra razón, e contra las leyes que en este nuestro libro se contienen; por las cuales leyes de este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pelitos civiles é criminales; é los pleitos é las contiendas que no se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las Siete Partidas, que el Rey don Alfonso, nuestro bisabuelo, mandó ordenar, como quier que fasta aquí no se falla que fuesen publicadas por mandado del Rey, ni fueron habidas ni recibidas por leyes; pero Nos mandamos las requerir e concertar, y enmendar en algunas cosas que cumplia, é assi concertadas y enmendadas, porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres é de los derechos é dichos de muchos sabios antiguos, e de fueros é costumbres antiguas de España, dámoslas por nuestras leyes (...)».

zados en el Fuero Juzgo (el *Liber iudiciorum*). Conviene recordar, en este punto, que tanto en uno como en el otro, se reconoce la independencia y la libertad de la mujer respecto de sus bienes propios²⁹.

Asimismo, el advenimiento de la dinastía de los Borbones en España, supuso la entrada de la monarquía absoluta, vigente ya en el siglo anterior en Francia, que sólo se matizará durante el reinado de Carlos III, partidario de las corrientes de la Ilustración que regían en Europa, reinado en el que, tímidamente, se inició la introducción de las nuevas ideas en la geografía española.

Es importante tener en cuenta que los principios y valores de la ilustración³⁰ tardaron bastante en llegar al territorio español, fundamentalmente por la importante función, poder y control que tenía (y ejercía) la Iglesia Católica³¹. Dato al que se ha de agregar la práctica inexistencia de la clase burguesa y el general conservadurismo, que sólo hacia finales de siglo se empieza a precisar por algunos políticos y pensadores (Jovellanos, Olavide, Feijoo, Campomanes, Capmany). Matizaciones, con todo, que no se reflejan en las normas jurídicas en las que, como se tendrá ocasión de comprobar, se siguen principios y modelos muy conservadores.

La cuestión que más llama la atención, valorado desde la perspectiva actual, es que, a la larga, la centralización derivada de la monarquía absoluta no sólo provocará serios problemas sobre la vigencia de las normas propias de Cataluña, sino también conllevará un retroceso importante, pese a que pueda resultar paradójico, de los principios que eran propios (tradicionales) de la legislación castellana. La influencia francesa, sobre todo en este ámbito de configuración del modelo del matrimonio y de la familia, la función de la mujer en su seno, que arranca de la instauración de la casa de los

²⁹ En palabras de SUMNER MAINE (*op. cit. El derecho antiguo*, p. 108) «(...) la mujer romana, casada o no casada, adquirió una gran independencia para su persona y sus bienes, puesto que, por una parte, la tendencia del derecho en los últimos tiempos era, como queda insinuado, reducir a la nada los poderes del tutor, y, por otra parte, la forma del matrimonio en moda no concedía al marido autoridad alguna seria».

³⁰ Igualdad de todas las personas (desaparición de las clases sociales), propiedad privada, libertad, laicidad, admisión de la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial, Montesquieu) y principio de soberanía nacional (Rousseau).

³¹ Explicaba SUMNER MAINE (*op. cit. El derecho antiguo*, p. 110) que «(...) la parte del derecho relativa a las mujeres casadas ha sido leída en general, no a la luz del derecho romano, sino a la del canónico, que en nada se diferencia de la jurisprudencia tanto como en lo relativo a los lazos del matrimonio». A lo que agrega, significativamente, «Esto era en parte inevitable, porque una sociedad que conserva una tintura de instituciones cristianas, no puede dar a las mujeres casadas la libertad personal que las concedía el derecho romano medio; pero sus incapacidades en cuanto a los bienes reposan sobre una base distinta que su incapacidad personal, y, con la tendencia a conservar y a consolidar las primeras, los canonistas han hecho un daño considerable a la civilización. Quedan muchos vestigios de una lucha entre los principios laicos y los eclesiásticos; pero el derecho canónico ha prevalecido en casi todas las partes».

Borbones en nuestro país, se acrecienta a raíz de la Revolución Francesa y cristaliza en la etapa de codificación, ya en el siglo XIX con la importación de los postulados conservadores napoleónicos³².

El modelo de familia y de mujer se funda en la inferioridad de ésta respecto del marido, en la debilidad física y moral de ella y la necesidad de protección, avalado por la ciencia médica; en el seno del matrimonio es la buena esposa y madre que se dedica al hogar familiar, a las «labores propias de su sexo», sometida a aquél³³. Modelo que, como se advirtió cambia poco respecto de la época anterior pero significativamente más limitado. En general, la sociedad española del siglo XVIII era fuertemente estamental y la posición de la mujer, en el seno de la familia y la sociedad, era de notoria inferioridad, sobre todo para la mujer casada³⁴.

3.1 EL DERECHO CASTELLANO

En el momento que nos ocupa, así pues, como se acaba de mencionar, el régimen de bienes del matrimonio, en el derecho castellano, era el de gananciales. Un régimen de bienes comunitario en el que marido y mujer devenían titulares de las ganancias y de los bienes obtenidos durante el matrimonio, bienes comunes de los que el marido era el administrador nato.

El denominado principio de unidad familiar recogido en algunos fueros municipales³⁵ determinaba, en el matrimonio, limitaciones recíprocas en la capacidad de ambos consortes que llevaban a la necesidad de que actuasen de modo conjunto en los actos de disposición sobre los bienes inmuebles y para la realización de los contratos más relevantes que afectaran a la comunidad conyugal. Pero la posición preeminente del marido, como cabeza de familia y administrador único de los bienes comunes provocaba limitaciones en la mujer. A ésta, en general, respecto del resto de los bienes comunes sólo se le otorgaban las facultades de administración doméstica, es decir del día a día, los relativos a asuntos

³² Que, en Francia, encontraba precedentes entre alguno de los juristas que más influyó, doctrinalmente en el momento de redactar el Code civil. Así, las palabras que Jean DOMAT (*op. cit.*, *Les Lois*) dedica al sexo: «Le sexe, qui distingue l'homme et la femme, fait entre eux cette différence, pour ce qui regarde leur état, que les hommes son capables de toute sorte d'engagements, et de fonctions, si ce n'est que quelqu'un en foi exclus des obstacles particuliers, et que les femmes son incapables par la seule raison du sexe de plusieurs sortes d'engagements, et de fonctions» (Des personnes, Tit. II, Sect. 1, pp 37).

³³ Vid CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, *La condición social* (pp. 81 y ss), quien además justifica esta posición y consideración jurídica de la mujer.

³⁴ SÁNCHEZ GARCÍA/ZAYAS RIQUELME, *op. cit.*, «La mujer a través de los testamentos» p. 155, se refiere, literalmente a «la escasa consideración social de que gozaban» las mujeres, que se reflejaba en las restricciones que se les imponían.

³⁵ Vid, LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de Familia*, I, pp. 113 y ss.

menores. La autonomía patrimonial de la mujer casada se manifestaba únicamente para sus bienes propios o particulares –los que reciben el nombre de *bienes parafernales*– y, en lo que se refiere a la posibilidad de concertar contratos y devenir deudora, para el caso de la mujer que ejerciera una profesión, con licencia del marido.

En esta tesitura en las Leyes de Toro (1505), vigentes hasta finales del siglo XIX, en las que se tenía presente el régimen de bienes de gananciales (comunitario) se establece la *regla general de que la mujer cuente con la licencia (autorización) del marido* para los actos siguientes:

Aceptar (salvo que fuera a beneficio de inventario) y repudiar herencias (Ley 54)³⁶;

Hacer contratos, separarse de éstos, desistir y comparecer en juicio (Ley 55)³⁷.

La licencia del marido podía ser particular, para cada uno de los actos específicos pero también era válida la que éste otorgaba con carácter general (Ley 56)³⁸. En el caso de que la mujer actuara sin ella, en principio sus actos estaban viciados de nulidad, sin embargo, *a posteriori*, se podían convalidar si el marido los ratificaba ya de manera particular, ya general (Ley 58)³⁹.

El juez, cuando considerara que era legítimo o necesario, en el caso de que el marido se negara a otorgar licencia, podía compelerle para que lo hiciera y si éste no lo hacía podía dar autorización a la mujer para que efectuara el acto (Ley 57)⁴⁰. Asimismo, el juez, en los casos de urgencia, siempre que le fuere beneficioso a la

³⁶ Ley 54 (Ley 10, Título XX, Lib. X de la Nov. Recop.): «La mujer durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento ni abintestato, pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia ex testamento e abintestato con beneficio de inventario, y no de otra manera».

³⁷ Ley 55 (Ley 11, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «La mujer durante el matrimonio sin licencia de su marido como no puede hacer contracto alguno, así mismo no se pueda apartar ni desistir de ningún contracto que a ella toque, ni dar por quito a nadie del, ni pueda hacer casi contracto, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido, e si estobiere por sí o por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiera».

³⁸ Ley 56 (Ley 12, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «Mandamos que el marido pueda dar licencia general a su mujer, para contraer, y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia, y si el marido se la diere vala lo que su mujer ficiera por virtud de la dicha licencia».

³⁹ Ley 58 (Ley 13, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «El marido pueda ratificar lo que su mujer oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificación sea general o especial».

⁴⁰ Ley 57 (Ley 13, Título I de la Nov. Recop.): «El juez con conocimiento de causa legitima, o necesaria, compela al marido que de licencia a su mujer, para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, e si cumplido no gela diere, que el juez solo se la pueda dar».

mujer, podía otorgar licencia cuando el marido estaba ausente y se desconocía cuando retornaría (Ley 59)⁴¹.

Tampoco la mujer podía actuar como fiadora de su marido, ni obligarse de manera solidaria con éste, salvo ciertas precisiones que se prevenían en beneficio de la misma (como medida de protección de su patrimonio)⁴². Esta regla, cuyo origen se halla en el derecho romano, contenida en el *Senadoconsulto Veleyano* (D. 16.1.2.1 y C. 4, 29) y en la auténtica *Si qua muller* (Novela 134,8) y recogida en las Partidas (V, 12, 2 y 3), en la práctica se aminoraba, pues, calificada como una norma dictada para proteger a la mujer, más que de prohibición, se generalizó la aplicación de los supuestos de excepción (cuando no hubo malicia o la fianza beneficiara a la mujer o ésta se obligaba en primer lugar como deudora) y el amplio alcance de la renuncia a la alegación de la prohibición. La renuncia, entonces, permitía admitir la validez de determinadas fianzas otorgadas por la mujer, y, por demás, fue una práctica reiterada que se mantuvo durante todo el período hasta el siglo XIX⁴³. La limitación para otorgar fianza desapareció, en el derecho castellano, en el Código civil de 1889.

Finalmente, otra norma de interés, también en inicio dictada en beneficio de la mujer, en concreto de su patrimonio, era la previsión de no pudiera, constante matrimonio, ser privada de los bienes que le correspondieran, ya los propios (parafernales), ya los dotales (que tenía derecho a recuperar) y la parte de los gananciales. Esto sólo podía ocurrir en el caso en que hubiera cometido delito, supuesto en el que, en beneficio del fisco y de los perjudicados, podría ser privada de tales bienes⁴⁴.

⁴¹ Ley 59 (Ley 15, Título I, Lib. X de la Nov. Recop.): «Cuando el marido estuviere absente, y no se espera de próximo venir, o corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legitima, o necesaria, o provechosa a su mujer, pueda dar licencia a la mujer la que el marido le había de dar, la cual ansi dada vala, como si el marido se la diese».

⁴² Ley 61 (Ley 3, Título XI, Lib. X de la Novísima Recopilación): «De aquí en adelante la mujer no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga e alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la mujer; e así mismo mandamos, que cuando se obligare a mancomún marido, e mujer en un contracto o en diversos, que la mujer no sea obligada a cosa alguna, salvo si se provare que se convirtió la tal deuda en provecho della, ca estonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada; pero si lo que se convirtió en provecho della fue en las cosas que el marido le era obligado a dar, así como en vestirla e darle de comer, e las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada a cosa alguna, lo cual todo que dicho es, se entienda si no fuere la dicha fianza o obligación a mancomun por maravedís de nuestras rentas, o pechos, o derechos dellas».

⁴³ La renuncia a alegar la excepción del senadoconsulto Veleyano fue arduamente discutida en la doctrina, sobre todo su validez. Puede consultarse un buen resumen en el comentario de Sancho DE LLAMAS y MOLINA, *op. cit.*, *Comentario*, el comentario a la Ley 61.

⁴⁴ Ley 78 (Ley 11, Título IV, Lib. X de la Nov. Recop.): «La mujer durante el matrimonio por delito, pueda perder en parte o en todo sus bienes dotales, o de ganancia, o de

No obstante, lo que parecía que se derivaba de una lectura literal de las Leyes de Toro, en particular la Ley 55 en la que se establecían limitaciones a la capacidad de la mujer en el ámbito patrimonial, se planteó la cuestión acerca de si conservaba o no la administración de los bienes parafernales que no hubiere entregado al marido, así como se discutió su capacidad para contratar respecto de ellos. Explicaba el profesor De Castro⁴⁵ que la interpretación que prevaleció fue que dicha Ley 55 de Toro no implicó una modificación del derecho anterior (las Partidas) que continuaba vigente: «Dado el romanismo de la doctrina, parecería lo natural que ésta se hubiera inclinado a favor de que la mujer conservaba el poder de administrar los parafernales retenidos, teniendo en cuenta que la Ley de Toro se podía entender dictada en protección del poder del marido y, por tanto, sólo respecto de los bienes cuya administración le correspondía, que la Ley 55 no le entregaba la administración de los parafernales, y que ni ella ni el Fuero Real derogaron o cambiaron la naturaleza de estos bienes (...) Más, no obstante lo general de la doctrina, la práctica y la jurisprudencia entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de Partidas y así la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes⁴⁶». Sin embargo, pese a lo que indica este autor, en el último tercio del siglo se instaura, en una parte de los tribunales sin duda por influencia de la doctrina francesa, el convencimiento de que la mujer tenía limitadas sus facultades, al menos por lo que respectaba a la libre administración y disposición de los bienes. Aunque, bien ha de señalarse que, ni el derecho anterior a la codificación ni la conciencia social más extendida, es proclive a la limitación de la capacidad y del poder de la mujer; de hecho, en la vida ordinaria, eran frecuentes las licencias maritales concedidas a las mujeres por sus maridos en términos amplios (generales), sobre todo por lo que hace a las mujeres que forman parte de la clase media y a las que, de una forma u otra, tienen su propio negocio (comercio o artesano).

3.2 EL DERECHO CATALÁN

En este período temporal, como se ha dicho ya, continúa vigente el derecho catalán que como recordaba Brocá, era el contenido en los textos jurídicos, legales y jurisprudenciales propios, así como en las costumbres («los Usatges, las Constituciones, Capítu-

cualquier otra calidad que sean». *Vid*, la explicación que ofrece Sancho DE LLAMAS y MOLINA, en *op. cit. Comentario*, a la Ley 78.

⁴⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho Civil II*, pp. 255 y ss.

⁴⁶ DE CASTRO, *Derecho Civil I*, pp. 255 y 256.

los y Actos de Cortes, Costumbres generales y particulares, Pragmáticas, Privilegios, Concordias, Sentencias») ⁴⁷ y en el derecho romano canónico (que actuaba como supletorio).

De éstos se sigue, con claridad, en cuanto a la mujer casada, que el régimen de bienes del matrimonio era el de separación de bienes, en el que la mujer aportaba dote para contribuir a sufragar las cargas familiares. Un régimen que se acostumbra a denominar como régimen dotal o de separación con dote, caracterizado por la autonomía e independencia patrimonial de los cónyuges y la posibilidad de contratación entre ellos.

En las fuentes jurídicas de la época no existe una regulación propia, porque se aplican los textos del *Corpus Justiniano* ⁴⁸, que la doctrina comenta y tiene como vigentes. Con todo, no se puede afirmar que éstos sean la única fuente de regulación. De una parte, en el Derecho catalán propio, tanto en el general como en el local o municipal, se hallan referencias, de otra, la interpretación que hizo la doctrina clásica ⁴⁹, contribuye, también, a legar un conjunto de reglas muy definidas que, posteriormente serán las que se utilicen como principios de regulación a los que, de manera sucesiva en el tiempo, se acudió tanto durante el proceso codificador civil del siglo XIX como durante la etapa compiladora, ya en el siglo XX.

En general, por lo que nos entretiene, la mayor parte de los textos se limitaban a aludir a la existencia de unos *bienes parafernales propios de la mujer*, independientes y diferenciados de la dote; o bien a sentar normas muy concretas sobre ellos en relación directa con la institución respecto de la cual se consideran. Lo primero sucede en el *Capítulo IV de la Consuetud de Barcelona (Recongnoverunt Proceres)* ⁵⁰ y en el *Capítulo 3 de la Rúbrica 40 de las Consuetudines Civitatis et Diócesis Gerundensis*, en el que se repite, casi textualmente, lo recogido en el *Recongnoverunt* ⁵¹. Lo segundo, en las *Constitu-*

⁴⁷ BROCA, *op. cit.*, *Historia del Derecho de Cataluña*, pp. 425.

⁴⁸ Concretamente y en especial, el Codex V, 14, que bajo el título « De pactis conventis tan super dote quam super donatione ante nuptias et paraphemis », regula esta materia. Además, son de tener en cuenta el Codex V, 16, 17 y el Digesto 23, 3, 9 § 3 y Digesto 39, 5, 31 § 1.

⁴⁹ Por citar los autores más significativos, MIERES, *op. cit. Apparatus super Constitutionibus*, Pars I, Collatio Sexta, Rubrica De iure dotium; FONTANELLA, *op. cit., Tractatus de pactis nuptialibus*, Tomus Posterior, Cl VI, Gl II, Pars. VII; CANCER, *op. cit., Resolutiones iuris*, Pars I Cap IX; COMES, *op. cit., Viridiarum artis*, Tomo I, Pars. I, Cap. XXI; FINESTRES et de monsalvo, *op. cit., De iure dotium*, Lib I; GIBERT, *Theorica artis*, Pars Prima, Cap. II, Tit. I.

⁵⁰ Cuyo texto, ya conocido, es el siguiente: «Item quod uxor mortuo viro, extantibus liberis in pupillari aetate, non potest petere dotem solvi sibi dummodo teneat bona et accipiat fructus et possit vivere competenter de bonis mariti, vel de bonis suis parafernalis, vel de iusta negotiatione sua.»

⁵¹ En este se dice: « Item quod uxor mortuo viro, extantibus liberis in pupillari aetate, non poterit petere dotem sibi solvi, dummodo tenat bona mariti et recipiat fructus et

cions Generals de Catalunya de Pere Albert, en las que la XXII y la XXXVI, planteando la cuestión de la sucesión en el feudo y quién es el que debe prestar «*homenatge per feu al senyor*», hablan, incidentalmente de esta clase de bienes⁵². Únicamente, en *el Llibre de las Costums de Tortosa* se regulan los parafernales de una forma completa, pero aun en este caso, adoptan casi exclusivamente como base la doctrina romana⁵³.

En todo caso, los principios que rigen en esta materia se sintetizan en los siguientes:

1. Los bienes parafernales son el patrimonio propio de la mujer cuya existencia, normalmente se predica a la vez que el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

2. La mujer en relación a sus propios bienes goza de total autonomía personal y patrimonial. Esto implica, no sólo que la mujer es la propietaria (titular) de los mismos, sino que mantiene, después de casada el control y la autonomía patrimonial respecto de ellos. En ningún caso, en relación con sus bienes propios, necesita la mujer de la licencia del marido. Conocido, en este punto, es el texto de Cancercer⁵⁴ en el que contrapone claramente el régimen de los bienes dotales al de los parafernales: «(...) mulier sine litentia viri contra here, et obligare possit, praeterquam super rebus dotalibus, in qui-

possit vivere competenter de bonis mariti *vel de bonis suis parafernalibus* vel de justa negotiatione sua, nisi post annum luctus convolaverit ad secundas nuptias.»

⁵² La *Costum XXII* bajo la rúbrica: « En qual manera sie dada postat per fembra que succeix en feu», se refiere a los parafernales: « (...) si empero aquella dona manada sera, lo marit d'aquella es tengut, de costuma de Cathalunya, fer homenatge al senyor del feu e es tingut donar postat del castell e totas cosas fer aixi como a vassall, si aquell feu reeb en exovar, ne pot rebutjar, car en via de dret per senyor es tingut, axi que, si al senyor no fara homenatge ni li dara postat, o fara contra aquellas cosas que feeltat requieren, bausador sera: e si del marit no sera requesta la postat, mas d'aquella dona, e la dona no dara postat, e'l senyor del feu per aço lo castell haura pres, sera tengut lo senyor lo castell retre al marit: si empero lo feu no sera dat en dot, *mas sera de bens parafernals d'aquella dona*, lavors la dona fara homenatge al senyor, e no lo marit, per si tansolament o per procurador si's voldra, e dara postat e fara a ell totas aquellas cosas que feeltat requerem per raho d'aquell feu.»

La *Costum XXXVI* bajo el título: «Si algun pot esser hom soliu de dos senyors e si fembra pot esser vassalla solia e en qual manera fara homenatge per fe al senyor», habla de: «(...) Mas besament par interposada persona dara al senyor, aytantben per entreposada persona axi com a vassall servira al senyor, car com feminil offic no sie usar armas, aquella fembra en loc de si trametra a son senyor un hom armat o mes, si el feu o la convinemca feudal aço requerra, aquesta empero obra be pora per altre acabar; si empero lo dit marit d'ella no es hom soliu del dit comte de Urgell, ne encara d'alcu altre, ell sera tengut totas cosas complir al senyor del feu, puys que ha reebut en dot aquella cosa feudal: si empero no ho haura rebut en exovar *e aquella cosa feudal es cosa parafernal*, no es tengut lo marit d'aquella si's vol, mas la muller d'aquell n'es tenguda aixi com damunt es di.»

⁵³ La rúbrica 4 del libro V, bajo el epígrafe de «De donacions que seran feytes entre marit e muller extant lo matrimoni et de bonis parafernis», regula esta institución.

⁵⁴ CANCER, *op. cit. Variar Resolutionis*, Pars III, Cap I, núms. 154 y 155

bus viro praeiudicare non potest (...)». También, Fontanella⁵⁵, al hablar de la restitución de los bienes parafernales, refiere «(...) excentium scuto, pro suo paraferno, de quibus ipsa possit disporre, illisque uti, ac frui ad suum contentamentum...»

De manera que, como indica significativamente Mieres⁵⁶ «(...) non debet maritus se intromittere uxore invita, quamvis bonum videretur ut sicut mulier se ipsam committit viro...»

3. Los bienes parafernales, en principio, son independientes y no responden de las cargas familiares.

4. La mujer, con todo, puede atribuir la administración de sus bienes al marido pero ha de hacerlo expresamente y éste responde como un mandatario.

El régimen de separación de bienes que es el que rige en los matrimonios catalanes, no implica limitaciones, tampoco en cuanto a la contratación entre los consortes. Como sucedía en el derecho castellano, la recepción del derecho romano supuso la admisión de las limitaciones de la mujer para afianzar, ya la general ya para interceder por su marido y obligarse con él (*Senadoconsulto Velezano* –D 16.1.2.1 y C. 4, 29 y auténtica *Si qua muller*– Nove-la 134,8). No obstante, ya tempranamente, se instauró una corriente de opinión contraria a la misma, lo que desembocó en su práctica inoperancia hasta 1960⁵⁷. Como se interpretaba que la prohibición estaba pensada en beneficio de la mujer, para evitar el daño a su patrimonio, se admitía que era válida cuando la obligación la contraía bajo juramento⁵⁸ y se permitió, ampliamente, la renuncia bajo juramento, a oponer la prohibición. Práctica, la de renuncia jurada cuya validez no se puso en duda y que la doctrina dio por sentada⁵⁹.

Se observa, en consecuencia, que durante este siglo XVIII, si nos atenemos al derecho vigente y, también, a la conducta que se desarrollaba y admitía en la sociedad, la situación de la mujer española y catalana, en lo que afecta a su patrimonio se define por su autonomía, pese a que la letra de las normas, en algún extremo, parezca indicar lo contrario. Si bien, mientras en el derecho castellano se requiere licencia del marido, aunque puede ser general y previa y se justifica en razón del régimen de bienes del matrimonio, que es

⁵⁵ FONTANELLA, *op. cit.*, *Tractatus de pactis*, Tomus Posterior, CL VI, Glossa II, Pars VII, núm. 67.

⁵⁶ MIERES, *op. cit.*, *Apparatus*, Pars I, Collatio Sexta Rubrica De iure dotium, núm. 150; en el mismo sentido, FINESTRES, *op. cit.*, *De iure*, Lib. I, núm. 81; GIBERT, *op. cit.*, *Theorica*, Pars Prima, Cap. II, Tit. I nota p. 126.

⁵⁷ Hasta la Compilación de 1960 en la que se incorpora expresamente. *Vid* más adelante.

⁵⁸ PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *op. cit.*, *Fundamentos*, Tomo II, pp. 182 y ss.

⁵⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 88 y 89.

comunitario; en contraste, en el derecho catalán, fiel a la tradición heredada del derecho romano se mantiene el régimen de separación de bienes y no se alude ni requiere autorización marital alguna a la mujer casada.

4. LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA

La codificación fue el movimiento jurídico más relevante que se produjo en el ámbito europeo continental⁶⁰ surgido de los principios revolucionarios. Fruto del pensamiento de los juristas iusnaturalistas racionalistas, pero también de los romanistas, (la Ilustración y la *Escuela de Derecho Natural Racionalista*; Hugo Grocio, Samuel Pufendorf), de los factores político-económicos (el nuevo orden social nacido de la Revolución Francesa, sus postulados; en especial la libertad e igualdad) se presentó como un medio técnico para la formación de las normas, que permitía una mejor resolución de los problemas mediante la aplicación de reglas generales, racionales y abstractas. La codificación persiguió (y lo obtuvo) un objetivo: ordenar, armónicamente, a través de criterios racionales, en un cuerpo homogéneo –el *Código*– todas las normas jurídicas, reglas y principios relativos a una determinada rama o sector del ordenamiento jurídico, superando el particularismo y la fragmentación propios de los siglos anteriores. Iniciada a finales del siglo XVIII, se desarrolló fundamentalmente a lo largo del siglo XIX y culminó, en algunos países, a principios del siglo XX.

Hasta el comienzo del movimiento codificador, en propiedad, no existía una ordenación armónica de las distintas reglas jurídicas, tampoco éstas eran generales, ni se formulaban de manera abstracta. Los denominados *Codex* o *Codices*, colecciones donde se recogían, eran meras *recopilaciones*: catálogos en los que se relacionaban, una simple reunión, no unitaria ni completa, de normas sin ordenación y relación entre ellas. A través de la codificación se obtenía un cuerpo legal, el Código, en el que se contendrían, ordenadas y relacionadas, las principales reglas de una materia, no sumadas sino interrelacionadas. Generalidad, abstracción y, en consecuencia, técnica jurídica son las notas características de los Códigos, y de las leyes en la era moderna, que pueden apartar a la norma, en ocasiones, de la realidad.

⁶⁰ También se extendió a los países de Sud y Centro América. Sólo se sustrajeron a ella los países anglosajones (en general, Inglaterra y los Estados Unidos de Norte de América, Canadá, salvo el Quebec), los que se integran dentro del sistema del *Common Law*.

La Codificación civil, en general la que afecta a las materias de derecho privado, fue una de las más importantes a lo largo del siglo XIX, no sólo porque en el nuevo instrumento, el Código, se contendrían las normas únicas, en principio, sobre la materia, que son las que atienden a las relaciones entre las personas, sino porque era una manifestación de la soberanía y manera de ser de la nación. El Código civil⁶¹ que más ascendente tuvo en el ámbito de los países del *Civil Law*⁶², fue el francés de 1804 (al que se denomina *Code de Napoléon* por la intervención directa de éste en su impulso) que sirvió como modelo, cuando no se copió directamente, por una gran parte de los Códigos civiles europeos y sudamericanos. Precisamente, la influencia francesa, al menos en la normativa española, se dejó notar, claramente hasta el punto de que es notorio que las concepciones sobre la mujer casada como ser débil, necesitada de protección, sumisa al marido, con capacidad de obrar limitada⁶³, que se propugnaba por aquella doctrina, se introducen, prontamente, en los proyectos del Código civil, en la Ley del matrimonio civil de 1870 y, finalmente en el Código civil de 1889. La misma sociedad fuertemente estamental peninsular, contribuyó sin duda, a asentar unos valores ultra conservadores sobre la mujer, en contradicción con la propia tradición. El siglo XIX comportó una importante involución para la mujer casada, en particular en su capacidad y su consideración autónoma⁶⁴. El modelo de familia, sobre la base del matrimonio legítimo y el principio rígido de unidad familiar con un único cabeza de familia que preservaba su estabilidad justificaron las limitaciones impuestas a la mujer en el ámbito económico y en su participación en el mercado de trabajo.

4.1 AVATARES Y PRINCIPIOS

La Codificación Civil española responde, íntegramente, a los principios técnicos de ordenación, sistematización y racionalidad reseñados. Sin embargo, comparativamente con las codificaciones que se desarrollaron en otros países, presenta una característica propia, consecuencia de la manera en que estaba conformado el territorio y la nación española, que determinó, a lo largo de todo el proceso codificador, lo que se ha denominado como la *peculiaridad* del sistema jurídico-privado español.

⁶¹ Con anterioridad al *Code de Napoléon*, existieron el Código de Prusia (1791) y posterior a aquél el Código austríaco de 1811.

⁶² Significativamente en el español de 1889, pero también en el italiano de 1865, por no decir en la mayor parte de los Códigos de los países de Sud y Centro América y en territorios de Norte América que estaban bajo el dominio francés o español.

⁶³ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho Civil*, II p. 256

⁶⁴ ÁLAMO MARTELL, *op. cit.*, *La licencia*, pp. 367 y 368.

Como se ha estudiado en el apartado anterior, los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, pese a la política de expansión del derecho castellano al resto de los antiguos reinos y territorios, y a la imposición de una organización unitaria en los poderes legislativo y judicial, no eliminaron el derecho privado propio. De manera que, cuando se planteó la necesidad de codificar el derecho privado, coexistían normas de distintas procedencias, multiplicidad de normas de diferentes territorios. Una pluralidad manifestada de manera relevante a lo largo del proceso codificador y que explica los diversos avatares que se sucedieron.

En efecto, la unidad de la materia y de la regulación civil que se busca llevar a cabo en el Código en inicio tomaba como punto de partida el Derecho de Castilla, manera de proceder que no era más que la consecuencia de la política de unificación jurídica impuesta por la monarquía borbónica (Felipe V) y que, incluso, en algún momento, podría parecer apoyada por la dicción de algún texto constitucional. Debe recordarse, en este punto que, jurídicamente, la existencia de textos fundamentales –las Constituciones– y la labor de codificar las leyes, se producen de manera paralela a lo largo del tiempo, al menos mientras se desarrolla la redacción de los diversos proyectos de Código.

Frente a la pretensión de unificar la legislación civil proclamada en los textos constitucionales y a la realidad práctica en la que se llevaban a cabo los trabajos codificadores, en la que se tomaba como referencia casi exclusiva la legislación castellana, se alzaron los territorios que tenían derecho propio⁶⁵ que lucharon insistentemente durante todo el proceso para que se reconociera su derecho, ya mediante su integración en el Código que se elaboraba, ya de alguna otra manera. El continuo tira y afloja entre los territorios con derecho propio y los poderes centrales, junto a los diversos sucesos políticos ocurridos durante el siglo XIX español, por lo que se refiere a la codificación civil, implicaron un replanteamiento constante de la manera en que se debía codificar: si unificar o mantener la diversidad de las instituciones y reglas civiles⁶⁶, y cual era el medio que se debía utilizar, una situación que se prolongó durante bastante tiempo, pues tardó casi cien años en culminar (1812 a 1889).

⁶⁵ Un derecho propio, recuérdese, sobre el que no podían legislar ya que Felipe V unificó el poder legislativo.

⁶⁶ A partir de la Codificación pasan a denominarse *Derechos Forales*, indiscriminadamente, todos los derechos de cada una de las regiones españolas. La palabra deriva de los *Fueros*, instrumentos legales de gran parte de los reinos, en los que se contenía su derecho. Excepto en Cataluña y Baleares, que nunca los tuvieron (sin embargo también se emplea, incorrectamente, el término derecho foral para el catalán y balear).

El artículo 258 de la Constitución de Cádiz (1812), momento en el que se inicia la tarea de codificar, señalaba: «El Código Civil y el Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». La última parte de este precepto, por lo que hace a la codificación civil, se interpretó en el sentido de salvaguarda de los derechos civiles propios. En efecto, el artículo 96 del Estatuto de Bayona de 1808, predecesor de aquél, no contenía ninguna precisión y seguía un criterio claramente centralizador («Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales»).

Lo cierto es que la primera etapa de la codificación civil española, conocida como la de los proyectos unitarios, que acabó con la Revolución de 1868 y la instauración de la primera República, se caracterizó porque las reglas que se ordenaron fueron, prácticamente de manera exclusiva, las castellanas.

El proyecto del Código Civil más significativo de este período, por su repercusión posterior, fue el *Proyecto de Código Civil de 1851*⁶⁷, cuyos artífices fueron los juristas Florencio García Goyena y Claudio Antón de Luzuriaga. Era un texto esencialmente uniformador pues tomaba como punto de partida el Derecho castellano, no consideraba los derechos civiles propios y, netamente afrancesado por la enorme influencia que ejerció sobre él la doctrina francesa a la que seguía. La importación de los valores adoptados en el *Code de Napoleón* (1804), en lo que atañe a la situación de la mujer, que se plasman en los preceptos de este proyecto, trasluce en las palabras que vierte García Goyena: «Generalmente las mujeres miran el matrimonio como la conquista de su libertad, y no se engañan bajo ciertos puntos de vista sociales; pero bajo el aspecto legal, la mujer casada, como por un común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser una verdadera menor de edad»⁶⁸.

Los principios generalizados en el derecho francés de la época que se toman por este proyecto, son el de superioridad del marido a quien se encomienda la función de proteger a la mujer, una mujer que es débil física y moralmente; el marido ocupa una posición preeminente en el matrimonio tanto en el aspecto personal como patrimonial. La mujer no puede, sin su licencia, ni comparecer en juicio ni adquirir a título oneroso o gratuito⁶⁹.

⁶⁷ Con anterioridad a éste se ha de recordar el *primer Proyecto de Código civil*, de 14 de setiembre de 1821, elaborado por una Comisión especial de las Cortes (nombrada el 22 de agosto de 1820) que fue presentado a las Cortes por Nicolas María GARELLY y el *Proyecto* de 15 de setiembre de 1836.

⁶⁸ GARCÍA GOYENA, *op. cit. Concordancias, Motivos*. «Comentario al artículo 62».

⁶⁹ Así se recogió en el Código civil francés. Muy reveladoras de los principios y valores que inspiraron la redacción de las normas de dicho cuerpo legal, son las palabras de

La posición inferior asignada a la mujer en el matrimonio se recrudece respecto de lo que estaba recogido en la normativa y prácticas anteriores (las Leyes de Toro) en este Proyecto de Código; pues incluso se priva a la mujer de la administración de sus bienes parafernales que no puede tener ni siquiera por pacto, que se considera nulo. Sólo le cabía percibir rentas de los bienes para sus atenciones personales «comprendidas bajo el nombre de alfileres» (art. 1.240 del Proyecto)⁷⁰. García Goyena, agregaba que el que no se reconocieran, como en el Derecho Romano y las Partidas, los bienes parafernales de la mujer y se convirtieran todos los bienes en dotales que quedaban bajo el control y administración del marido⁷¹ «(...) es sencillo, moral y necesario para mantener el orden y disciplina en la familia: *vir est caput mulieris*: nada más natural y justo (...)».

El afrancesamiento del proyecto y la omisión de los derechos propios fueron, junto al ambiente político de la época, el detonante de su fracaso. Si bien puede decirse que sólo temporalmente, pues gran parte de sus ideas y principios se retomarán más tarde y se tendrán en cuenta en la redacción del definitivo Código civil, de ahí su importancia.

Los avatares que influyeron en la codificación civil no se produjeron, en contraste, en la *codificación mercantil* que, tempranamente dio a la luz el *Código de Comercio, en 1829*, denominado de

presentación del proyecto que se leen en el *Discurso presentación del Título V del Libro I del Consejero de Estado PORTALIS* (*op. cit.*, «Discours núm. 15.»): «On a très-bien observé que l'homme et la femme ont part-tout des rapports et part-tout des différences (...) Cette différence qui existe dans leur être en suppose dans leur droits et dans leurs devoirs respectifs» (p. 261). «La force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme (...) *La femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible, l'homme est plus libre, parce qu'il est plus fort* (...) *La prééminence de l'homme est indiquée par la constitution même de son être, qui ni l'assujettit pas à autant des besoins, et qui lui garantit plus indépendance pour l'usage de son temps et pour l'exercice des facultés* (...) L'obéissance de la femme est un hommage rendu à pouvoir qui la protège, et elle est une suite nécessaire de la société conjugale, qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre» (p. 262) «Ce n'est point dans notre injustice, mais dans leur vocation naturelle, que les femmes doivent chercher le principe des devoirs plus austères qui le sont imposés pour leur plus grand avantage et au profit de la société (...) La même principe qui empêche la femme de pouvoir exercer des actions en justice sans autorisation de son mari, l'empêche, à plus forte raison, d'aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans cette autorisation» (p. 263). El subrayado es nuestro.

⁷⁰ Artículo 1.240 del Proyecto de 1851: «Será igualmente nulo cualquier pacto que privare directa o indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio.

«Sin embargo, podrá estipularse a favor de la mujer la facultad de percibir directamente, y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales, comprendidas bajo el nombre de alfileres».

Respecto de esto último comentaba GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, *Concordancias, Motivos*, Comentario al art. 1240) «Esto mismo ha solido practicarse entre nosotros, sobre todo entre esposos de elevada condición, como Grandes, Títulos, etc.; y la cantidad se designa con título de alfileres, o gastos de cámara para vestirse, y otras urgencias de adornos mujereles».

⁷¹ GARCÍA GOYENA *op. cit.*, *Concordancias, Motivos*, Comentario al artículo 1240.

Sáinz de Andino, por ser obra de este jurista. En este cuerpo legal, cuyas reglas eran uniformes para todo el territorio peninsular se regulaban los requisitos exigidos para ejercer el comercio, entre los que se consideraban los de *la mujer comerciante*.

Antes de explicarlos conviene saber que se ha de distinguir entre la propiedad del comercio, empresa o negocio y el ejercicio del comercio. La primera se rige por las leyes civiles, de derecho privado, conforme a éstas la mujer, entre sus bienes propios, puede, como cualquier otra persona, tener un comercio. De la misma manera, la mujer ya casada, en régimen de gananciales, puede ser titular, en virtud de los bienes adquiridos constante matrimonio, de una parte del negocio familiar (que es ganancial). La cuestión del título jurídico que confiere el poder a la mujer sobre el negocio o empresa mercantil se rige por las reglas generales civiles. Así que la mujer puede ser propietaria, usufructuaria... etc., del negocio y derivar esta situación de una sucesión (herencia), de ser un bien propio que tenía con anterioridad al matrimonio o del régimen de bienes (negocio familiar)⁷². Cuestión distinta es el ejercicio de la actividad mercantil que sí se recoge particularmente el *Código de Comercio*.

La regulación de dicho cuerpo legal disponía que todas las personas que tuvieren capacidad para contratar según las leyes civiles también gozaban de capacidad para ejercer el comercio (art. 3)⁷³. A continuación establecía una regla especial para los menores de 20 años⁷⁴ y seguidamente regulaba la situación de la mujer casada.

⁷² Se distinguen los siguientes sentidos del concepto de la empresa familiar, según GALVE GÓRRIZ/SALAS FUMÁS, *op. cit. La empresa familiar*, p. 23:

Amplio: «basta con que el control de las decisiones estratégicas recaiga en los miembros de una familia y que exista el deseo explícito de que ese control perdure en el futuro»: la familia tiene el poder político.

Intermedio: aquellas empresas en las que «el fundador o sus descendientes controlan la empresa y las decisiones estratégicas y, además tienen cierta participación directa en la ejecución de dicha estrategia»: la familia tiene el poder político y la gestión.

Restriictiva: «aquellas empresas en las que varias generaciones de una determinada dinastía familiar tiene un control y una presencia activa en la gestión» de manera que la dirección y ejecución de la familia es muy intensa, «monopoliza la propiedad y la gestión».

⁷³ Artículo 3 CCom: «Toda persona que según las leyes civiles tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Las que con arreglo a las mismas leyes no quedan obligadas en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar contratos comerciales, salvo las modificaciones que establecen los dos artículos siguientes».

⁷⁴ En este momento histórico se barajaban los 20 años como edad para la mayoría. Así se estableció en las Bases de 1844 que se consideraron para la redacción del Proyecto de Código civil de 1851, en el que su artículo 276 disponía que «la mayoría de edad se alcanzaba a los 20 años». Edad que no llegó a regir; sin embargo sí se tuvo en cuenta por el Código de Comercio, aunque también aludía éste a los 25 años (edad que provenía del derecho romano y era la más extendida en los territorios españoles). De otra parte se había de tener en cuenta que, hasta la Ley de 13 de diciembre de 1943, la edad en la que se alcanzaba la mayoría de edad era distinta en cada territorio: unos mantenían los 25 años de las fuentes romanas, como era el caso de Cataluña, sin embargo en el derecho de Castilla

La mujer casada, mayor de 20 años, aparentemente para ejercer el comercio estaba incapacitada ya que necesitaba de la autorización expresa del marido otorgada en escritura pública, autorización que se dispensaba a la mujer que estuviera separada legalmente (art. 5)⁷⁵; mientras que la mujer soltera mayor de edad no requería de ninguna autorización. Se ha indicado que, aparentemente no se reconocía capacidad plena a la mujer y, por lo tanto la licencia del marido actuaba como complemento de capacidad, porque si se analizaba bien la situación, la norma realmente no exigía un requisito de capacidad sino que establecía una regla que concernía al régimen económico matrimonial, en concreto a los bienes que podía comprometer la mujer en el ejercicio del comercio.

En efecto, de lo establecido en el párrafo segundo del precepto se seguía que si existía autorización marital, la mujer comerciante, además de sus bienes privativos, podía obligar los bienes dotales y los comunes de la sociedad conyugal pero si no contaba con ella sólo obligaba sus bienes privativos, respecto de los que, con referencia a los bienes inmuebles, se le reconocía la facultad de hipotecarlos en garantía de las obligaciones derivadas del comercio (art. 6)⁷⁶. Como refuerzo, se agregaba que si en la escritura de autorización marital no se otorgaba de manera expresa, ésta no facultaba a que la mujer pudiera gravar e hipotecar bienes inmuebles propios del marido ni los comunes de ambos (art. 7)⁷⁷. Excepción, en verdad, obvia, al menos en cuanto a los bienes pro-

regían los 23 años, mientras que en Aragón se situaba en los 20 años. En punto a esto me remito a GETE-ALONSO y CALERA, *op. cit.*, *La nueva normativa*, pp. 166 y 167.

El artículo 4 de este Código de Comercio dice: «Se permite ejercer el comercio al hijo de familias mayor de 20 años que acredite concurrir en él las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que haya sido emancipado legalmente.
- 2.^a Que tenga peculio propio.
- 3.^a Que haya sido habilitado para la administración de sus bienes en la forma prescrita por las leyes comunes.
- 4.^a Que haga renuncia solemne y formal del beneficio de restitución, que concede la ley civil a los menores, obligándose con juramento a no reclamarlo en los negocios mercantiles que haga».

⁷⁵ Literalmente se lee en este artículo 5: «También puede ejercer el comercio *la mujer casada, mayor de 20 años*, que tenga para ello autorización expresa de su marido, dada en escritura pública, o bien estando separada legítimamente de su cohabitación.

En el primer caso están obligados a las resultas del tráfico los bienes dotales de las mercaderías, y todos los derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad social; y en el segundo, lo estarán solamente los bienes de que la mujer tuviere la propiedad, usufructo y administración cuando se dedicó al comercio, los dotales que se le restituyan por sentencia legal, y los que adquiriera posteriormente».

⁷⁶ Artículo 6 «Tanto el menor de 25 años, como la mujer casada, comerciantes, pueden hipotecar los bienes inmuebles de su pertenencia para seguridad de las obligaciones que contraigan como comerciantes».

⁷⁷ Artículo 7 «La mujer casada que haya sido autorizada por su marido para comerciar, no podrá gravar ni hipotecar los bienes inmuebles propios del marido, ni los que pertenezcan en común a ambos cónyuges, si en la escritura de autorización no se le dio expresamente esta facultad».

pios del marido, pues por aplicación de las reglas generales, nadie puede comprometer bienes que no sean, al menos en parte, suyos.

La mujer casada que estuviera separada legalmente no necesitaba licencia del marido para ejercer el comercio ni para efectuar actos de dominio, enajenar y gravar, sus bienes propios. La previsión legal se refería, como en el supuesto de la mujer casada, a los bienes que resultaban obligados por el ejercicio del comercio en la situación de separación legal. De manera que, la mujer comerciante separada sólo comprometía sus bienes propios, los dotales que se le hubieren restituido y los que adquirió posteriormente, pues la sociedad conyugal se disolvió con la separación.

Así que, para la mujer, en lo que se refiere a las normas comerciales, no existía en la época más limitación de capacidad, tratándose de la casada, que la que provenía de la legislación civil⁷⁸. Una legislación civil que, puesto que no se había conseguido codificar, continuaba siendo la del período anterior.

Para acabar de completar el panorama jurídico normativo se ha de agregar la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicada en este mismo período, en 1855. Interesa su artículo 12, en el que se reconocía capacidad para comparecer en juicio a los que estuvieren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y exigía la sustitución o el complemento de capacidad en caso contrario⁷⁹. La mujer casada, según la legislación que fuera aplicable tenía más o menos limitada su actuación.

El problema importante que se planteó en la práctica fue en relación con *la mujer casada catalana* y en todos los ámbitos, civil, comercial y procesal. De una parte, se mantenían las reglas civiles propias catalanas que, como hemos comprobado, eran diferentes de las castellanas y no implicaban necesidad de licencia o autorización marital, amén, de que al ser el régimen de bienes del matrimonio el de separación de bienes era innecesaria cualquier autoriza-

⁷⁸ En relación con la mujer comerciante el distinto criterio de capacidad que se hacía, respecto de la capacidad civil (se ampliaba el margen de actuación individual de la mujer) también coincidía con el recogido en la legislación francesa. PORTALIS en *op. cit.*, «Discours núm. 15» indicaba que «La faveur du commerce a fait regarder la femme, marchande publique, comme indépendant dans tout ce qui concerne les opérations commerciales qu'elle fait. Sous ce rapport, le mari peut devenir la caution de sa femme, mais il cesse d'être son maitre» (pp. 263, 264). Nótese que, en contraste a lo que afirmaba el tribuno acerca de la debilidad de la mujer, que en su opinión era lo que impedía reconocerle plena capacidad, cuando se trataba del comercio para favorecerlo ya no servía y se reconocía a la mujer que era independiente y capaz. Mientras en el ámbito civil se mide por un baremo en el comercial se hace por otro en el que los intereses del mercado se ponen por delante, algo muy propio de la época que nos ocupa.

⁷⁹ Artículo 12 LEC «Sólo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho».

ción, ya que no existían bienes comunes entre los cónyuges (por razón del régimen). Esto hubiera debido conducir, mientras no acabara la codificación y se resolviera en base a que normas se redactaría el Código civil, a dejar la situación tal y como mandaban las reglas que seguían vigentes. Sin embargo, conocido es, las cosas discurrieron por otros derroteros, que se han ido reiterando, con más o menos intensidad y alcance⁸⁰ desde entonces hasta la actualidad.

En efecto, pese a que se mantuviera el derecho privado catalán y estuvieran en el acervo de la sociedad catalana muy presentes las tradiciones y las reglas propias, en lo que afectaba a la organización jurídica familiar y a la posición y poderes de cada uno de los cónyuges en la familia y en el matrimonio, la política de unificación borbónica condujo a que, de manera gradual se produjera la aplicación (indebida) de las reglas castellanas y en particular las que imponían límites a la mujer. Algunos autores se refieren a esto cuando hablan de que existía «(...) por virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1812, el propósito de realizar la unidad legislativa civil, y que, como medio de preparar su ejecución se recurrió al ardid de negar a Cataluña un derecho supletorio distinto de las leyes de Castilla»⁸¹. Lo que derivaba en que para la administración y disposición de sus bienes parafernales, se exigiera licencia marital, a la mujer catalana, una autorización innecesaria según su ley propia; y que también se reflejaba en la aplicación de las normas de la Novísima Recopilación que estaban dictadas para el régimen de gananciales (no el de separación catalán).

Los movimientos políticos que se sucedieron en este período provocaron que, nuevamente, la labor codificadora se paralizara y diera paso a una nueva etapa del proceso: la conocida como de las leyes especiales.

4.2 LA PRIMERA REPÚBLICA (1869)

La Revolución de 1868 y la Constitución de 1869 propiciaron un nuevo Proyecto de Código Civil, limitado al Título Preliminar y

⁸⁰ Según el poder reconocido a los territorios con derecho propio a lo largo de los siglos XIX y XX para influir en la regulación e incluso para dictar sus propias normas (lo que solo sucedió con una cierta «plenitud» durante la Segunda República y que no se ha recuperado hasta la Constitución de 1978).

⁸¹ BROCA, *op. cit.*, *Historia del Derecho de Cataluña*, pp. 429. Previamente (p. 428) este autor comentaba, respecto a la cuestión de si seguían vigentes las normas romano canónicas del derecho supletorio de Cataluña que «Ya en los comienzos del siglo XIX hubo jueces y magistrados venidos a Cataluña, que, enemigos de su derecho supletorio, llevaron al terreno de la práctica una cuestión académica propuesta por el catedrático de derecho romano en Cervera, D. Juan Antonio Mujal».

al Primer Libro; el *Proyecto de 19 de mayo de 1869*, que fue presentado a las Cortes por el Ministro de Gracia y Justicia Antonio Romero Ortiz. Sus principales innovaciones eran que establecía la obligatoriedad del matrimonio civil, fijaba la mayoría de edad a los 21 años y determinaba la creación del Registro Civil. Aunque no llegó a buen fin, sus principios, fruto de los que se contenían en el texto constitucional, se plasmarán en las leyes civiles especiales que se dictaron en este periodo.

Hecho clave en este proceso de codificación fue del *Congreso de Jurisconsultos* celebrado en Madrid del 27 al 31 de octubre de 1863, en el que se propugnó la idea de que el Código Civil debía ser el resultante de la armonización de las diversas legislaciones existentes en España, y a la vez se aprobó que la codificación general dejara en vigor los restantes ordenamientos jurídicos privados existentes. Con tal fin y para poder proseguir en la tarea codificadora en sus Conclusiones se propusieron dos soluciones alternativas:

1.^a La redacción de Leyes especiales que prepararen el camino de la codificación para solventar los problemas de determinadas materias; o

2.^a Si se cree conveniente redactar un Código, colocar, al lado de las disposiciones generales que se contengan en éste, otras especiales que dejen en libertad el seguir la antigua ley, en puntos determinados, hasta el momento en que el legislador considere conveniente establecer una disposición general. Las materias propuestas eran el sistema dotal, la sociedad matrimonial (económica) y las sucesiones.

Al Congreso siguió, cronológicamente, la redacción de las *Leyes especiales*. A fin de desencallar la codificación y como respuesta a las nuevas necesidades de la sociedad económico-política del momento se inició la labor de regular determinadas materias (de las que no parecía discutirse su foralidad o no). La redacción de estas Leyes especiales supuso una *codificación parcial* que no significó renuncia al mantenimiento de los Derechos civiles propios. La primera en publicarse fue la *Ley Hipotecaria* de 8 de febrero de 1861 a la que siguieron otras como la *Ley del Notariado* de 28 de mayo de 1862; la *Ley del Registro Civil* de 17 de junio de 1870 y a los efectos del tema que nos ocupa la *Ley provisional del Matrimonio Civil* de 18 de junio de 1870.

Interesa detenernos en ésta pues no sólo estuvo vigente sino que, con posterioridad, de ella se tomaron los principios que se recogerían en el Código civil de 1889.

La *Ley de 18 de junio de 1870* mandaba que el gobierno publicara como ley provisional el proyecto de la ley de matrimonio civil y en la parte final de su artículo 1 decía que «El Gobierno publicará como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado a las Cortes (...) *sin perjuicio de lo que se dispone por el derecho foral respecto a los efectos civiles del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*»⁸².

Este mandato directo, en principio, bien interpretado significaba que, aunque los preceptos que regulaban la forma de celebración del matrimonio y su disolución se aplicaban a todo el territorio español, en lo que se refería a los efectos personales y económicos derivados del matrimonio éstos se regían, si lo había, por el derecho propio de los territorios. En el tema que nos ocupa ello suponía que, mientras no se produjeran cambios, las reglas de derecho propio (derecho catalán) que existían, éstas continuaban vigentes, sin que pudieran ser sustituidas por otras.

Con todo, en la realidad práctica las cosas discurrieron de otra manera, ya que se mantuvo la actitud de intentar extender el derecho estatal a todos los territorios, fundamentalmente a través de su aplicación judicial (cuando un determinado conflicto llegaba a los tribunales) lo que, una vez más, repercutió de manera importante en la situación de la mujer respecto de sus bienes.

La Ley de matrimonio civil de 1870 establecía un matrimonio laico en el que el marido era el jefe, cabeza de familia, al que correspondía el poder, la autoridad familiar y conyugal y el control y administración de los bienes de la comunidad. Aunque no se dijera, de la remisión a los derechos propios a la que se refería el apartado segundo del artículo 1, resultaba claro que el régimen de bienes del matrimonio que se tenía como modelo era el de gananciales, es decir el correspondiente al derecho castellano. Pese a que en algunos extremos esta ley era menos radical con la posición de inferioridad de la mujer que el Proyecto de Código civil de 1851, no se sustrae a las ideas y valores que imperan durante todo el siglo XIX que se mantienen.

Los artículos 44 a 55, que formaban la Sección primera («De los efectos generales del matrimonio respecto a las personas y bienes de los cónyuges») del capítulo V de dicha ley (que trataba «De los efectos generales del matrimonio respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes») contenían normas que regían, según lo indicado, para todos los territorios que carecieran de reglas propias. En consecuencia, técnicamente, no eran

⁸² El subrayado es mío.

aplicables a Cataluña donde su derecho propio, que estaba vigente, delimitaba sus propios efectos.

Después de determinar el contenido del status conyugal derivado del matrimonio (art. 44. «Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente»), los restantes preceptos referían el modelo de matrimonio y dejaban claramente sentada la situación de inferioridad de la mujer y la exigencia de contar con la licencia del marido. A partir de estas obligaciones recíprocas los demás deberes y obligaciones tenían un marcado carácter unilateral.

Se asignaba al marido el deber de tener «en su compañía y proteger a su mujer» (art. 45) y, en correspondencia a la mujer se imponía la obligación de «obedecer a su marido, vivir en su compañía y seguirle a donde éste traslade su domicilio o residencia» excepto en los casos en que los tribunales, con conocimiento de causa, la eximan de esta obligación cuando el marido traslade su residencia al extranjero (art. 48).

En lo que se refiere a los bienes, en general la mujer, salvo en los casos previstos expresamente por la ley, no puede administrar sus propios bienes (art. 49) que quedan bajo la administración del marido (art. 45)⁸³, ni administrar los bienes de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento o abintestato sin licencia de éste salvo los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban (art. 49). Excepción que se entendió referida por algunos autores, aunque al parecer la intención fuera otra⁸⁴, a los bienes parafernales pues, en dicho momento, la ley atribuía a ésta todos los bienes que no se hubieran aportado como dote, de donde se deducía que éstos se sustraían de la gestión del marido.

Tampoco la mujer podía publicar escritos, ni obras científicas ni literarias de que fuere autora o traductora, sin licencia de su marido, o en su defecto sin autorización judicial competente (art. 52). Para acabar se entendía que el marido era su representante, a quien se legitimaba para otorgar licencia para celebrar los actos y contratos que le fueran favorables a ella (art. 45), de donde se podía deducir que no procedía la licencia respecto de los actos

⁸³ «Administrará también sus bienes, excepto aquellos cuya administración corresponda a la misma por ley; y estará facultado para representarla en juicio, salvo los casos en que ésta pueda hacerlo por sí misma con arreglo a derecho, y para darle licencia para celebrar los contratos y los actos que la sean favorables» (art. 45.2).

⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I pp. 114, nota 1, explica «Sin duda, no era esa la intención del legislador, situado en el planteamiento de 1851. Probablemente, al atribuir a la mujer la administración de los bienes que la ley le haya concedido previamente, estaba pensando en los hijos de un primer matrimonio».

que se consideraran desfavorables y tampoco autorización judicial subsidiaria ya que no estaba prevista de manera expresa. Complemento de la posición preeminente del marido era la comunicación de honores: «La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras que no contrajere segundas nupcias» (art. 54).

No corresponden al marido las facultades de administración y de otorgar licencia a la mujer cuando los cónyuges estén separados judicialmente, y en el caso que el marido esté en situación de ausencia o se le haya impuesto la pena de interdicción⁸⁵. De otra parte, el marido menor de 18 (era menor de edad) no podía administrar ni sus propios bienes, ni los comunes, para lo que necesitaba de complemento de capacidad (art. 46)⁸⁶

En todo caso, los actos y contratos realizados sin licencia eran nulos si bien cabía que el marido los ratificara expresa o tácitamente (art. 50); la acción de nulidad sólo podía ejercerse por el marido o sus herederos (art. 55).

No obstante, la ley reconocía a la mujer casada un cierto margen de actuación en el ámbito patrimonial que se ceñía a los bienes muebles de consumo ordinario de la familia, de lo que se excluían las joyas, los vestidos y los valiosos, para los que no bastaba con esta potestad doméstica y era necesaria la licencia marital⁸⁷, pero cuya adquisición podía quedar ratificada *a posteriori* por su empleo consentido por el marido. Y asimismo se reconocía que podía otorgar testamento sin licencia del marido y ejercer derechos y cumplir obligaciones respecto de los hijos legítimos y naturales reconocidos (de otro padre) y sus bienes (art. 53).

La ley de matrimonio civil no admitió el divorcio vincular como causa de disolución del matrimonio; la única situación regulada era la separación⁸⁸ causal, que sólo podía ser instada por el cónyuge

⁸⁵ «Tampoco podrá ejercer las expresadas facultades el marido que esté separado de su mujer por sentencia firme de divorcio, que se halle ausente en ignorado paradero o que esté sometido a pena de interdicción» (art. 47).

⁸⁶ «El marido menor de 18 años no podrá, sin embargo, ejercer los derechos expresados en el párrafo anterior, ni tampoco administrará sus propios bienes sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste del de su madre, y a falta de ambos, sin la competente autorización judicial, que se le concederá en la forma y en los casos prescritos en la Ley de Enjuiciamiento civil» (art. 46).

⁸⁷ Artículo 51. «Será válida, no obstante, la compra que al contado hiciere la mujer de cosas muebles y la que hiciere al fiado de las que por naturaleza están destinadas al consumo ordinario de la familia, y que no consistieren en joyas, vestidos y muebles preciosos, por más que no hubieren sido hechas con licencia expresa del marido.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consolidará la compra hecha por la mujer al fiado de joyas, vestidos y muebles preciosos desde el momento en que hubieren sido empleadas en el uso de la mujer o de la familia con conocimiento y sin reclamación del marido».

⁸⁸ Artículo 83. «El divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan solo la vida en común de los cónyuges y sus efectos».

inocente⁸⁹. La sentencia de separación, por lo que afectaba al patrimonio, producía la separación de los bienes comunes y la mujer, si el marido fue el culpable y aquélla lo reclamaba, podía recuperar la administración de sus bienes que, en cambio mantenía el marido si la mujer era la culpable (sólo tenía derecho a alimentos) (art. 88.5.º y 6.º).

Como se ha dicho, en puridad estos preceptos, singularmente los que regulan los efectos personales y patrimoniales del matrimonio no regían en los territorios con derecho propio, por lo que no eran aplicables a *Cataluña* donde seguían vigentes sus normas, sí en cambio lo eran los efectos de la separación. No obstante, diversas sentencias del Tribunal supremo de esta época y también la Dirección General de Registros indebidamente aplicaron las normas castellanas⁹⁰, sobre todo por lo que se refiere a los bienes propios de la mujer, exigiendo la necesidad de licencia marital (así, las sentencias del TS de 25/10/1864; 23/4, 12/5 y 24/12 de 1866, en las que, entre otras cuestiones, se utilizan las Partidas y la Novísima Recopilación respecto a la necesidad de licencia de la mujer, y con la consideración de que el marido es el administrador legal de los parafernales).

Los juristas Broca y Amell, afirmaban en 1886 que «El parecer de todos los jurisconsultos catalanes, la jurisprudencia del Senado o Antigua Audiencia de Cataluña, la práctica inmemorial, y hasta la jurisprudencia de la moderna Audiencia de Barcelona, de consuno afirman la interpretación de las leyes romanas en el sentido

⁸⁹ Artículo 84. «Los cónyuges no podrán divorciarse ni aun separarse por mutuo consentimiento; para ello es indispensable en todo caso el mandato judicial».

Artículo 85. «El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

Primera. Adulterio de la mujer no remitido expresa o tácitamente por el marido.

Segunda. Adulterio del marido con escándalo público o con el abandono completo de la mujer, o cuando el adúltero tuviere a su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera también sido remitido expresa o tácitamente por la mujer.

Tercera. Malos tratamientos graves de obra o de palabra inferidos por el marido a la mujer.

Cuarta. Violencia moral o física ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión.

Quinta. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.

Sexta. Tentativa del marido para prostituir a su mujer, o la proposición hecha por aquél a ésta para el mismo objeto.

Séptima. Tentativa del marido o de la mujer para corromper a sus hijos y la complicidad en la corrupción o prostitución.

Octava. Condenación por sentencia firme de cualquiera de los cónyuges a cadena o reclusión perpetua».

Artículo 86. «El divorcio solamente podrá ser reclamado por el cónyuge inocente».

⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 138, hablaba de «una falsa interpretación de la Ley de matrimonio civil de 1870» que «se aplicó en Cataluña por el TS y la D. G incluso en sus preceptos relativos a la capacidad de la mujer casada».

más amplio a favor de la esposa. En consecuencia, la mujer podía contratar libremente sobre los bienes parafernales, enajenando los muebles e inmuebles, y dándolos en depósito, comodato, etc.»⁹¹

«Las contradicciones de la ley –denunciaba Concepción Arenal⁹² en 1884– pesan sin lenitivo alguno sobre la mujer desdichada. Exceptuando la ley de gananciales, tributo no sabemos cómo pagado a la justicia, rayo de luz que ha penetrado en obscuridad tan profunda, las leyes civiles consideran a la mujer como menor si está casada, y aun no estándolo, le niegan muchos de los derechos concedidos al hombre». A lo que agregaba que si la ley civil consideraba inferior a la mujer «¿por qué la ley criminal le impone iguales penas cuando delinque? ¿Por qué para el derecho es mirada como inferior al hombre, y ante el deber se la tiene por igual a él?».

4.3 EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

La restauración alfonsina marcó un hito importante en la Codificación. El 10 de mayo de 1875 se creó una nueva *Comisión de Códigos* que tomó como punto de partida los acuerdos adoptados en el Congreso de Jurisconsultos de 1863: la creación de un Código Civil armónico en el que se incluyeran las especialidades forales. En el *Real Decreto de 1 de febrero de 1880*, que organizó la Comisión de Códigos, siendo Ministro de Gracia y Justicia Saturnino Álvarez Bugallal, se propugnó la creación de un Código Civil único y se autorizó a incluir en la Sección de lo Civil a letrados de las distintas regiones con legislaciones propias, que se encargarían de redactar Memorias acerca de las instituciones de Derecho Foral que se habían de respetar, las cuales habrían de «incluirse en un Código Civil como excepción» respecto de las «disposiciones generales sobre las mismas materias».

Este es el propósito que presidió el *Proyecto de Ley de Bases* presentado al Senado el 22 de septiembre de 1881 por el Ministro Manuel Alonso Martínez. Dos son las ideas rectoras de estas primeras Bases: 1.^a Seguir, en lo esencial, el Proyecto de Código Civil de 1851; 2.^a Incorporar al Código Civil lo que sea más unitario y recoger las especialidades forales en Apéndices del Código; el Derecho Foral se calificaba como derecho excepcional y como tal podría optarse por la aplicación de éste o del general (el Código Civil). De acuerdo con estos postulados, Manuel Alonso Martínez,

⁹¹ BROCA/AMELL, *op. cit.*, *Instituciones*, tomo I, p. 366.

⁹² ARENAL PONTE, *op. cit.*, *La mujer del porvenir*, p. 7.

el 24 de mayo de 1882 elaboró un *Proyecto de los Libros Primero y Segundo del Código Civil*, que no prosperó.

El *Segundo Proyecto de Ley de Bases* se presentó por el Ministro Francisco Silvela el 7 de enero de 1885. En éste: 1.º Se abandonó, definitivamente, la idea del Código Civil único; 2.º La Codificación se limitaba al Derecho castellano y los Derechos civiles propios se codificarían aparte a través del sistema de Apéndices; 3.º El Derecho Foral ya no se calificaba como excepcional y se mantenía íntegro pero el Código Civil actuaría como supletorio en aquellos supuestos que no estuvieren cubiertos por el derecho supletorio propio; 4.º A pesar de que el modelo para redactar era el Proyecto de 1851, se delinearán cuatro Libros, además del Título Preliminar, en lugar de tres (que eran los de aquel proyecto). Debido a la finalización de la legislatura, pese a que Proyecto de Ley de Bases fue aprobado con ciertas variaciones por el Senado, no pudo llegar a ser ley.

El 11 de Mayo de 1888 se presentó, siendo Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez, la *Ley de Bases* definitiva que recogía, en esencia, las ideas de las bases de 1885. El punto de partida era redactar, también, un Código unitario sobre la base del Proyecto de Código Civil de 1851, pero referido sólo al derecho castellano; la legislación foral se dejaba a leyes especiales (Apéndices) y el Código Civil actuaría como derecho supletorio, en defecto del supletorio propio. En todo caso, las disposiciones del título preliminar en lo relativo a los efectos de las leyes y los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como las referentes a las formas del matrimonio, serían obligatorios para todas las provincias del reino. De acuerdo con la Ley de Bases, del Código Civil, de 1888 (arts. 5 y 6) las provincias y territorios en que subsistía Derecho Foral en el momento de entrada en vigor del mismo, lo conservarán «por ahora» en toda su integridad y se incorporarán a través de *Apéndices* del Código Civil en los que se contendrán las instituciones forales que conviniera conservar.

Las bases 22 y 25 eran las que se referían al matrimonio y a la situación patrimonial.

En la *base 22* se disponía que «El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales».

Mientras la *base 25*, refería que «La condición de la dote y de los bienes parafernales podrá estipularse a la constitución de la

sociedad conyugal, habiendo de considerarse aquélla inestimada a falta de pacto o capitulación que otra cosa establezca. La administración de la dote corresponderá al marido, con las garantías hipotecarias para asegurar los derechos de la mujer y las que se juzguen más eficaces en la práctica para los bienes muebles y valores, a cuyo fin se fijarán reglas precisas para las enajenaciones y pignoraciones de los bienes dotales, su usufructo y cargas a que está sujeto, admitiendo en el Código los principios de la Ley Hipotecaria en todo lo que tiene de materia propiamente orgánica y legislativa, quedando a salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio, para acudir en defensa de sus bienes y los de sus hijos contra la prodigalidad del marido, así como también los que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de cierta clase de bienes por la mujer, constante el matrimonio».

La redacción del Código Civil, de acuerdo con estas directrices, se culminó. Por *Real Decreto de 6 de octubre de 1888* se ordenó su publicación en la *Gaceta de Madrid*. Comunicada a las Cámaras Legislativas la publicación, antes del transcurso de los 60 días (art. 3 de la Ley de Bases), por *Real Decreto de 11 de febrero de 1889* se prorrogó la fecha de entrada en vigor que se produjo *1 de mayo de 1889*. Las Cámaras legislativas, sin embargo, entraron a discutir el fondo de determinadas regulaciones, lo que dio lugar a que se prorrogase la labor de codificación. Fruto de las discusiones habidas fue la propuesta de promulgar una edición corregida del Código civil en la que se contendrían las modificaciones introducidas por las Cámaras legislativas. La *Ley de 26 de mayo de 1889* ordenó que el Gobierno hiciera «una edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones que a juicio de la Comisión General de Codificación sean necesarias o convenientes, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores». Durante este lapso temporal entre la primera publicación y la segunda es en el que se produce una importante novedad en lo que afecta al tema que nos ocupa.

En efecto, el criterio que presidió la primera redacción de los preceptos en los que se regulaba la posición del marido y de la mujer respecto de la administración de los bienes, era el que provenía de la Ley provisional del matrimonio civil de 1870 con los principios más conservadores del Proyecto de 1851: la administración exclusiva del marido que, recuérdese estaba pensado para el régimen de bienes de gananciales y la supresión de los bienes parafernales de la mujer, que era la que se abogaba en el Proyecto de 1851. Sin embargo, poco después, cuenta el profesor Lacruz Berdejo⁹³

⁹³ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 115.

«(...) en la sesión de 10 de noviembre del mismo año /se refiere a 1888/, la sección decide conservar los parafernales en nuestro sistema económico-matrimonial, a cuyo efecto redacta el articulado pertinente y dentro de él incluye los artículos 1384, que reserva a la mujer la administración de tales bienes, y 1383, que impide al marido litigar sobre ellos. Con esto fallan los presupuestos de los artículos 59 y 60: el panorama del régimen económico-matrimonial ha cambiado completamente, retornándose del todo al Derecho tradicional». Esto da lugar a que en la segunda edición del Código se agregue, al artículo 59 la apostilla «y lo dispuesto en el artículo 1384», que suponía la excepción a la administración exclusiva del marido.

El Código civil de 1889, así pues sólo recogió el derecho de Castilla, pero, dado el carácter unificador que se le atribuía, pese a que se mantuvieron los derechos propios (forales) que habían de redactarse y contenerse en los Apéndices, se disponía la supletoriedad, si bien de segundo grado, del mismo y el carácter general de ciertas disposiciones (art. 12 CC 1889)⁹⁴, en especial las de los artículos 42 a 107, relativas a la forma del matrimonio y los efectos personales de éste y a la separación.

Los preceptos originarios del Código civil de 1889, tenían una fuerte influencia de la Ley del matrimonio civil de 1870 y de los valores, se ha explicado ya, que se seguían en el proyecto de 1851; aunque aquélla era más liberal con la mujer que éste⁹⁵ la tónica general, recogida en el nuevo cuerpo legal, respecto de la mujer presenta un giro conservador (limitador) contrario al derecho histórico y a la percepción que existía respecto a la actuación de la mujer.

Los principios que se erigieron en la delimitación del modelo de matrimonio y de la familia son el de la unidad e indisolubilidad del matrimonio y el de la dirección única (unipersonal): la jefatura y hegemonía del marido, en la relación conyugal, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, con algunas excepciones matizadas.

1. El *ámbito personal* se regula en el título IV del Libro I del Código civil (arts. 56 a 65 CC), normas que, según el artículo 12 del mismo, eran de aplicación general a todo el territorio nacional

⁹⁴ Este artículo 12 establecía: «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º libro 1.º»

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales».

⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I p. 114.

pues, a diferencia de lo que hiciera la Ley de matrimonio civil de 1870, no se previó la excepción de la regulación propia que hubiera en los derechos forales.

«El marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido» (art. 57 CC), una mujer que no puede libremente fijar su domicilio ya que debe seguir el del hombre, salvo que éste se traslade al extranjero o a Ultramar (art. 58 CC)⁹⁶. Y un marido que es el representante de su mujer, que no puede comparecer en juicio sin licencia marital, salvo los casos especiales que prevé la ley o cuando obtenga la habilitación judicial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁷.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 disponía que para comparecer en juicio se había de estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles (art. 2 LEC)⁹⁸; de modo que las mujeres habían de recabar, respecto de los asuntos en los que actuaba el marido, su licencia o la habilitación que otorgaba el juez cuando el marido estuviera ausente o se negare (art. 1995 LEC)⁹⁹. «Sin embargo –nos enseña Lacruz Berdejo– la jurisprudencia no cambió la orientación adoptada a raíz de la LEC del 55 y favorable a la representación en juicio de la mujer por el marido aun contra la voluntad de aquella»¹⁰⁰.

En contraste, la atribución al marido de la representación de la mujer (art. 60 CC), «(...) preconcepto introducido por García Goyena, ajeno a todos los restantes Códigos civilizados y contrario a la tradición española, queda con la limitada significación que le ha dado la mejor jurisprudencia», según nos explica el ilustre pro-

⁹⁶ Artículo 58 CC: «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».

Previamente el artículo 56 CC (que prácticamente se ha mantenido invariado hasta la actualidad) establece «Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

⁹⁷ Artículo 60. «El marido es el representante de su mujer. Ésta no puede sin su licencia comparecer en juicio por sí o por medio de procurador.

No necesita, sin embargo, de esta licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere obtenido habilitación conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento civil».

⁹⁸ Artículo 2 LEC. «Sólo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho.

Por las corporaciones, Sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representen».

⁹⁹ Artículo 1995 LEC. «Sólo podrá concederse habilitación cuando el que la pida se hallare en alguno de los casos siguientes:

1.º Hallarse los padres o el marido ausentes, ignorándose su paradero sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso.

2.º Negarse el padre, la madre o el marido a representar en juicio al hijo o a la mujer (...).».

¹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 114.

fesor¹⁰¹, que «(...) es mucho más razonable, de lo que, a primera vista parece (...)». Buena muestra de la manera de hacer jurídica acerca de la que se llamaba la atención *supra*. De hecho, la representación del marido, que se mantiene como principio, sólo es efectiva, en la práctica (cuando se plantea un conflicto que los tribunales han de resolver) en los casos en que no se aprecia oposición de la mujer; de manera que, al menos de hecho, se hace necesario contar con la ratificación, al menos tácita, de la mujer para aquellos actos del marido que la afecten. En todo caso conviene tener en cuenta que no es asimilable, la pretendida representación del marido, a la representación legal que opera cuando se trata de una persona incapacitada, pues la mujer casada no es incapaz; no es en verdad y técnicamente una auténtica representación, aunque de hecho sí condiciona los poderes de la mujer a la hora de actuar.

Corolario de este panorama era la comunicación de dignidades: «La mujer gozará de los honores de su marido, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservará mientras que no contraiga nuevo matrimonio» (art. 64 CC).

2. En cuanto al *ámbito económico*, en este mismo título IV del libro I del Código Civil se contienen, entre los derechos y deberes de los cónyuges, reglas que afectan a la situación patrimonial. Separadamente se han de tener en cuenta las normas del libro IV (De las obligaciones y contratos). El régimen legal de bienes del matrimonio establecido, en defecto de pacto era el de gananciales (art. 1315 CC), que continúa siendo el legal en la actualidad.

En inicio, por lo tanto, las limitaciones o particularidades que afectarían a la mujer casada, en orden a la capacidad para administrar y gestionar sus bienes, previstas en razón del régimen de gananciales no se debían extrapolar a otros regímenes de bienes, ni tampoco a aquellos territorios en los que continuarían vigentes sus normas propias (caso del derecho de Cataluña). No obstante esto, que era meridiano, en la realidad cotidiana, mientras no se culminó la compilación del derecho civil catalán, lo que no tuvo lugar hasta bien entrado el siglo XX, en 1960, se reprodujo, por no decir que se prolongó la labor de ir arrinconándolo mediante la aplicación de las normas del nuevo Código a la situación de la mujer casada.

La colocación sistemática de los preceptos en el Código fue decisiva para legitimar, al menos en parte, esa manera de operar invasiva, pues así lo permitía el artículo 12 CC. Aunque, también se ha de dejar claro, las reglas del título IV del libro I del Código (es decir, las de aplicación general), que provenían como se ha indicado de la Ley de matrimonio civil de 1870, se explicaban y justificaban

¹⁰¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 115.

para el régimen comunitario de gananciales y no tenían sentido para el régimen de separación de bienes con dote de raíz romana del derecho catalán. Mucho tuvo que ver, aquí, el modelo de matrimonio y de familia que se tomaba en consideración en la sociedad decimonónica y que se recogió en los nuevos cuerpos legales. Un modelo que pretende ser el burgués, acorde con el desarrollo industrial y el incipiente mercado de trabajo pero en el que aún se vislumbra el trasfondo de la sociedad agrícola. Un modelo que presenta contradicciones que sólo, a veces tímidamente, se corrigen por los tribunales a la hora de aplicar la regla legal pero del que no distaba, tampoco, la sociedad catalana, al menos por lo que se refiere al principio de unidad familiar y a la jefatura marital, pese a que no se admitiera la imposición de la licencia marital.

En el matrimonio sometido al derecho castellano (el único que se codificó), en el régimen de gananciales después de la reintroducción de los bienes parafernales, se han de distinguir tres masas patrimoniales:

– Los gananciales, comunes a los cónyuges que se administran siempre por el marido, salvo pacto en contrario (art. 59 CC)¹⁰². En todo caso, los poderes del marido en relación con los bienes gananciales son absolutos tanto en lo que respecta a la administración como a la disposición, pues puede enajenarlos y gravarlos sin contar con la mujer, con el único límite de los actos realizados en fraude que no eran oponibles a la mujer o a sus herederos (arts. 1412 y 1413 CC)¹⁰³.

– Los bienes privativos de cada uno de los cónyuges (del marido o de la mujer: parafernales). El marido administra y dispone de sus bienes. Los bienes parafernales son de la mujer de los que tiene el pleno control y administración, excepto que la haya encargado notarialmente al marido (art. 1384 CC)¹⁰⁴. Y

¹⁰² Artículo 59. CC: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1384.

Si fuere menor de 18 años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste sin el de su madre; y a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

En ningún caso, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces».

¹⁰³ Artículo 1412 CC: «El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59».

Artículo 1413 CC: «Además de las facultades que tiene el marido como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer.

Sin embargo, toda enajenación o convenio que sobre dichos bienes haga el marido, en contravención a este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos».

¹⁰⁴ Artículo 1384 CC. «La mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiere entregado al marido ante Notario con intención de que los administre.

– Los bienes dotales, si se aportaron. Los bienes de la dote inestimada¹⁰⁵ se administran por el marido (art. 1357 CC)¹⁰⁶, aunque la mujer mayor de edad puede gravarlos e hipotecarlos con licencia del marido o del padre, madre, tutor, protutor o vocal del Consejo de familia si fuere menor de edad (art. 1361 CC)¹⁰⁷. En cuanto a los bienes de la dote estimada, pasan a ser propiedad del marido constante matrimonio, quien (él o sus herederos) debe restituirlos cuando se disuelva el matrimonio a la mujer o a sus herederos.

Pese a que el precepto que establecía la administración hegemónica del marido estaba entre los que eran de aplicación general a todo el territorio (art. 59 CC), sin embargo, su contenido, se refería literalmente a «los bienes de la sociedad conyugal», sólo podía regir para la sociedad de bienes de gananciales, pues era el único régimen, a salvo que se pactara en capítulos matrimoniales otro de comunidad distinto, en el que podían existir bienes comunes. Con todo, la preeminencia del marido sobre la mujer, fuere cual fuere el régimen de bienes matrimonial, se impuso como principio y criterio que regía la situación patrimonial de la mujer.

Entre los preceptos generales se agregaba que «Tampoco podrá la mujer, sin licencia o poder de su marido adquirir a título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley» (art. 61 CC). Pese a la contundencia, la limitación no era tan amplia como sugería la dición literal del precepto pues existían dos importantes excepciones: una, los bienes parafernales, en los términos expresados; otra, el poder que corresponde a lo que se denomina *la potestad doméstica de la mujer casada*. Al igual que en la Ley del matrimonio civil, la mujer podía actuar, por sí sin necesidad de licencia marital en los

En este caso, el marido está obligado a constituir hipoteca por valor de los muebles que recibiere o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales».

¹⁰⁵ Artículo 1346 CC. «La dote puede ser estimada o inestimada.

Será estimada si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir su importe.

Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes.

Si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada».

¹⁰⁶ Artículo 1357 CC. «El marido es administrador y usufructuario de los bienes que constituyan la dote inestimada, con los derechos y obligaciones anexos a la administración y al usufructo, salvo las modificaciones expresadas en los artículos siguientes».

¹⁰⁷ Artículo 1361 CC. «La mujer puede enajenar, gravar e hipotecar los bienes de la dote inestimada, si fuere mayor de edad, con licencia de su marido, y, si fuere menor, con licencia judicial e intervención de las personas señaladas en el artículo 1352 /Padre-madre, tutor, protutor, vocales del consejo de familia/.

Si los enajenare tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto de los bienes de la dote estimada».

asuntos relativos a las cosas destinadas al consumo ordinario de la familia (art. 62 CC)¹⁰⁸; también se le reconocía la administración de los bienes que pertenecían a sus hijos legítimos o naturales reconocidos (habidos de otro hombre) y la capacidad para otorgar testamento (art. 63 CC)¹⁰⁹. Desapareció la norma de la Ley del matrimonio civil que vetaba a la mujer realizar determinadas actividades y se modificó el régimen de la mujer comerciante en los términos que se explican *Infra*.

Fuere cual fuera el régimen de bienes del matrimonio, era «nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio» con excepción de los regalos módicos «que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia» (art. 1334 CC). Nulidad que acarrearba la falta de capacidad, de los cónyuges para contratar entre sí la sociedad universal (art. 1677 CC). Asimismo, el régimen de gananciales imponía restricciones a la contratación entre cónyuges: marido y mujer no podían venderse bienes recíprocamente «sino cuando se hubiere pactado la separación de bienes» (art. 1458 CC). Prohibiciones que se mantuvieron vigentes hasta las reformas de 1981 operadas a raíz de la Constitución.

La nulidad de las donaciones entre cónyuges era una regla ampliamente aceptada y consolidada, aunque evidentemente discutible, que provenía del derecho romano; la prohibición de la venta entre los cónyuges no estaba en el derecho romano, se introdujo en el entendimiento de que así se derivaba de la Ley 55 de Toro¹¹⁰, aunque ésta realmente sólo se refería a la mujer y no a los dos cónyuges.

A dichas reglas generales se añaden otros preceptos del libro IV del Código civil, en los que se regula la capacidad de la mujer casada para contratar. El general (art. 1263, 3.º CC)¹¹¹ en el que se la

¹⁰⁸ Artículo 62 CC «Son nulos los actos realizados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo que se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas. Las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido sólo convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso y disfrute de tales objetos».

¹⁰⁹ Artículo 63 CC. «Podrá la mujer sin licencia del marido:

1.º Otorgar testamento.

2.º Ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto de los bienes de los mismos».

¹¹⁰ GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, *Concordancias, Motivos*, «Comentario al artículo 1380», explicaba que «Por Derecho Romano eran permitidos todos los contratos, y por consiguiente la venta y arriendo entre marido y mujer, a no ser que se hicieran simuladamente y para eludir la prohibición de donarse, leyes 5, párrafo 5, 33, párrafo 3, y 52, título 1, libro 24 del Digesto: la ley 4, título 11, Partida 4, prohíbe las donaciones, y calla sobre los demás contratos, pero estos deben entenderse prohibidos después de la ley 55 de Toro».

¹¹¹ Los otros dos supuestos de limitación para prestar el consentimiento contractual eran el de los menores no emancipados (1.º y el de los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir (2.º).

trataba como menor de edad, pues se la vetaba para prestar consentimiento contractual salvo los casos establecidos en la ley, que eran los examinados (los relativos a los bienes parafernales y los que estaban en el ámbito de la potestad doméstica). En los contratos, en particular, la mujer casada debía recabar licencia marital para poder obligarse como mandataria (art. 1716.2 CC), sí podía, por lo tanto obligarse como mandante.

También, se exigía a la mujer casada, autorización del marido y en su defecto autorización judicial para pedir la partición del caudal hereditario (art. 1053. 1 CC), aceptar herencias (art. 995 CC) y ser albacea (art. 893 CC).

De la combinación de estos preceptos, en inicio, se seguía una situación de limitación de la capacidad de la mujer en consonancia con los principios y valores que influyeron en quienes redactaron las normas pero que estaban alejados, como la doctrina posterior se encargó de resaltar, de lo que era la auténtica tradición tanto del derecho castellano como del derecho catalán.

Los actos realizados sin la debida licencia marital eran nulos, pero «Solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad» (art. 65. CC).

«Lo establecido en esta sección se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Código sobre ausencia, incapacidad y prodigalidad e interdicción del marido» (art. 66 CC).

El análisis de los preceptos hacía concluir en que «(...) La situación de la esposa, en definitiva, es próxima a la de un menor emancipado (...)»¹¹². También en que «La capacidad patrimonial de la mujer es, pues, *normalmente* limitada (según el régimen común y situación más general), pero *variable*, pues será más o menos amplia según el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y la situación jurídica del marido (capaz, incapacitado, ausente). Las restricciones impuestas *son en favor* del marido y de sus herederos (...)»¹¹³.

La única causa de disolución del matrimonio era la muerte, no se admitía el divorcio vincular, pero sí se consideraba como separación cuya regulación derivaba de la Ley de matrimonio civil de 1870 y sólo podía instarla el cónyuge inocente. En lo que respecta al proceso la interposición y admisión de la demanda de separación (o de nulidad) mientras duraba el juicio implicaba «la adopción de medidas suficientes para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio, o contra quien se dedujere la

¹¹² LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 119.

¹¹³ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho civil*, Tomo II, p. 259. El subrayado es del autor.

demanda de nulidad del matrimonio, perjudique a la mujer en la administración de sus bienes» (art. 68 5.º CC).

La sentencia de divorcio provocaba (art. 73, 3.º 4.º y 5.º CC):

Que el cónyuge culpable perdiera todo lo que hubiese sido dado o prometido por el inocente o por otra persona en consideración a éste, mientras que el inocente conservaba todo cuanto hubiere recibido del culpable y podía además reclamar desde luego lo que éste le hubiera prometido.

La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer, si la tuviere el marido, y si fuere quien hubiera dado causa al divorcio.

La conservación por parte del marido inocente de la administración, si la tuviere, de los bienes de la mujer, la cual solo tendrá derecho a alimentos.

En *derecho catalán*, era y es principio general, al que aluden los juristas que intervinieron en el proceso de codificación, que el matrimonio por sí sólo no limitaba la capacidad de la persona, y que la mujer, gozaba de una libertad y autonomía más amplia que la de la mujer casada sometida a un ordenamiento distinto. Muchas fueron las voces que defendieron, precisamente en el tema que nos ocupa, la posición libre e independiente de la mujer respecto de sus bienes. Conocidas son las palabras y la valoración que hacía Duran y Bas en la *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, a la hora de explicar la posición: «(...) pues la mujer casada puede, según aquel derecho /el romano/ y la antigua jurisprudencia del país, administrar los bienes parafernales sin necesidad de la licencia marital»¹¹⁴. Agregaba, significativamente, frente a la práctica de aplicación de la legislación castellana «A los que suponen que la mujer casada en Cataluña necesita la autorización marital para entrar en juicio, porque la legislación romana no establece nada sobre este particular, se les debe oponer que, no habiendo regido nunca en ella la Ley de Toro, el silencio de dicha legislación arguye en la mujer la capacidad común para estar en juicio»¹¹⁵.

Escasos años después de la vigencia del Código civil español, se quejaba Corbella¹¹⁶ (en 1906) de la absorción que había sufrido el derecho catalán, «(...) sin ningún motivo jurídico ni legal que lo justifique, por el derecho castellano, cuyos principios son incompatibles (...)» con las reglas relativas a la mujer casada, en particular en lo que se refiere a los bienes parafernales¹¹⁷. La tónica gene-

¹¹⁴ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 26.

¹¹⁵ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, nota 2 de la p. 40.

¹¹⁶ CORBELLA, *op. cit.*, *Manual*, pp. 296 a 302.

¹¹⁷ Vide sobre este punto lo que cita Delgado Echeverría, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 50 y ss; *Parafernals*, pp. 79 y ss; Puig Ferriol, *op. cit.*, *L'estat civil de dona*

ral después de la publicación del Código Civil, de parte de los Tribunales, fue la de aplicar el nuevo cuerpo legal, los artículos 1381 a 1391 y el 1458 y la exigencia de licencia marital, a la mujer casada catalana en relación con la disposición de sus propios bienes. Práctica, como se viene diciendo que no era novedosa, pero que en algún extremo, al menos durante esta época, estaba legitimada por la propia ley.

En efecto, los preceptos del nuevo Código Civil del régimen de bienes era evidente que no regían en Cataluña que mantenía su derecho pendiente de que se incorporara en un Apéndice que no llegó a culminarse. El régimen de separación de bienes con dote implica que cada cónyuge mantenga la propiedad y administración y control de sus propios bienes, la mujer la tiene sobre los parafernales «(...) no hay razón alguna legal que justifique la inferioridad legal en que se coloca a la mujer casada respecto a la libre contratación sobre sus bienes extradotales»¹¹⁸. Conforme a las fuentes romanas vigentes no existía limitación alguna en la capacidad para contratar y en los poderes patrimoniales de la mujer sobre dichos bienes¹¹⁹.

Con todo, también es necesario reseñarlo, salvo en lo que se refiere a los bienes parafernales, en los demás y en el sentir respecto a la posición que cada uno de los cónyuges ocupa en el matrimonio, incluso sobre el ámbito patrimonial, la valoración y atribución de la jefatura y poder patrimonial al marido, también se proclama. No es de extrañar porque, como se ha comentado, es lo que está en la sociedad, *rectius*, en los valores del modelo que se acuña en los textos legales. Nótese, además, que la preeminencia del marido, en un régimen de bienes de separación en el que no existe un patrimonio común, ya que cada cónyuge mantiene el suyo, se limita a los bienes que componen la dote y que aquél administra, que no siempre existen. Pero es significativo de los valores que imperaban. Duran i Bas, después de reconocer que en el sistema dotal propio de Cataluña existe desigualdad entre el hombre y la mujer, la justifica con palabras que no tienen desperdicio «(...) debe haber un jefe y lo es siempre el marido, no por superioridad de sexo, sino por la superioridad natural que para la dirección de la Sociedad doméstica tienen las cualidades habituales del hombre sobre las de

casada, pp. 75 y 76; Pella y Forgas, *op. cit.*, *Derecho civil de Cataluña*. Tomo IV, pp. 164 y ss.

¹¹⁸ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, pp. 75 y 76.

¹¹⁹ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 40 «(...) por derecho tradicional con raíz en el romano, ha disfrutado constantemente la mujer, para administrar sus bienes extradotales, celebrar contratos, adquirir por testamento y *ab-intestato* y comparecer en juicio sin licencia de su marido, salvo las excepciones introducidas por el derecho catalán (...)».

la mujer: la firmeza, la prudencia, la previsión y el espíritu de iniciativa y de orden que caracteriza (...)»¹²⁰.

Sin embargo, los artículos 59 y ss. del Código Civil, como se ha dicho ya, pese a todas las contradicciones que ello suponía, sí se podían aplicar, y así se hizo e incluso se admitió por algunos¹²¹, que aunque remarcaban que continuaba rigiendo en Cataluña el Derecho romano, se doblegaban al día a día de lo que imponía la práctica judicial¹²².

Por lo que se refiere a *la mujer comerciante*, comprendida bajo este término la mujer que estaba al frente de un negocio, pues la propiedad del mismo no equivalía a la posibilidad de ejercerlo, las reglas que han de considerarse son las del *Código de Comercio de 1885* que introdujo algunas innovaciones respecto de su predecesor.

Para ejercer el comercio de manera habitual, expresamente se requería, «(...) separándose de la casi totalidad de las legislaciones (...)»¹²³ tener 21 años, la libre disposición de los bienes y no estar sujeta /la persona/ «a la autoridad del padre o de la madre ni a la autoridad marital» (art. 4 CCom). La mujer casada mayor de 21 años debía contar, en consecuencia con la autorización expresa del marido que había de constar necesariamente en escritura pública (art. 6 CCom)¹²⁴. Licencia marital que, asimismo, se exigía a la mujer comerciante cuando, después de contraer matrimonio quisiera continuar en el ejercicio del comercio (art. 9.1 CCom)¹²⁵. Junto a la licencia expresa se admitía la tácita: si la mujer ejerce o continúa en el ejercicio del comercio sin oposición del marido, se presume que se ha concedido la autorización pertinente

¹²⁰ DURAN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 53.

¹²¹ BORRELL I SOLER, *op. cit. Dret Civil*, Vol. IV, pp. 17 y ss. lo admitió sin discusión.

¹²² RAMOS, en *op. cit. Capacidad*, Segunda Parte, p. 78 (en 1892), bajo el alegato de «(...) que las costumbres son hoy distintas/ concluía en que/, tendremos que la mujer casada, según la opinión general de los autores, estará regulada su capacidad dentro del matrimonio por los mismos preceptos que en Castilla, excepto en lo que se refiere a los bienes parafernales».

¹²³ GARRIGUES, *op. cit.*, *Curso*, 5.^a ed, pp. 230, 231.

¹²⁴ Artículo 4. «Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:

- 1.^a Tener la edad 21 años.
- 2.^a No estar sujetas a la autoridad del padre o de la madre ni a la autoridad marital.
- 3.^a Tener la libre disposición de sus bienes».

Artículo 6. «La mujer casada mayor de 21 años podrá ejercer el comercio con autorización del marido, consignada en escritura pública que se insertará en el Registro Mercantil».

¹²⁵ Artículo 9.1. «La mujer que al contraer matrimonio se hallare ejerciendo el comercio necesitará licencia de su marido para continuarlo».

(arts. 7 y 9 CCom)¹²⁶. En todo caso, se trate de una autorización expresa o tácita, el marido puede, mediante escritura pública, revocarla sin necesidad de expresar la causa (art. 8 CCom)¹²⁷.

Como ya se comentó *supra*¹²⁸, el sometimiento de la actividad comercial de la mujer a la autorización marital no se concibe como una limitación de la capacidad de la mujer, que se rige por la norma civil, sino que es una regla que sirve para determinar, frente a terceros (los que contratan con la mujer comerciante) qué bienes (patrimonio) responden, quedan sujetos a las resultas de la actividad comercial.

En efecto, si la mujer contaba con autorización expresa o tácita del marido para ejercer o continuar en el ejercicio del comercio «(...) quedarán solidariamente obligados a resultas de su gestión mercantil todos sus bienes dotales y parafernales y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad o sociedad conyugal, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes» (art. 10 CCom). En caso de que no fuera así, la actividad de la mujer no era inválida sino que la responsabilidad se ceñía, exclusivamente, a sus bienes propios.

Cuando hubiera separación judicial, el marido estuviera sometido a curaduría o ausente, la mujer mayor de 21 años podía ejercer el comercio sin necesidad de autorización marital. En estas situaciones quedaban sujetos a la responsabilidad comercial, además de los bienes propios de la mujer, los comunes que se hubieren adquirido como consecuencia del ejercicio de la actividad comercial y aquellos que se le asignaren por las normas civiles; también, la mujer podía enajenarlos e hipotecarlos (arts. 11 y 12 CCom)¹²⁹.

¹²⁶ Artículo 7. «Se presumirá igualmente autorizada para comerciar la mujer casada que, con conocimiento del marido, ejerciere el comercio».

Artículo 9. 2. «Esta licencia se presumirá concedida ínterin el marido no publique, en la forma prescrita en el artículo anterior, la cesación de la mujer en el ejercicio del comercio».

¹²⁷ Artículo 8. «El marido 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 el periódico oficial del pueblo, si lo hubiere o, en otro caso, en el de la provincia y anunciándolo a sus corresponsales por medio de circulares».

¹²⁸ Apartado 4.1.

¹²⁹ Artículo 11. «Podrá igualmente ejercer el comercio la mujer, casada de 21 años, que se hallare en alguno de los casos siguientes:

- 1.º Vivir separa de su cónyuge por sentencia firme.
- 2.º Estar su marido sujeto a curaduría.
- 3.º Estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso».

Artículo 12. «En los casos a que se refiere el artículo anterior, solamente quedarán obligados a las resultas del comercio los bienes propios de la mujer, y los de la comunidad o sociedad conyugal que se hubiesen adquirido por esas mismas resultas, pudiendo la mujer enajenar e hipotecar los unos y los otros.

Solamente añadir que, en *Cataluña*, al no existir un régimen de bienes comunitario, en inicio, no era necesario que la mujer contara con la autorización marital pues, en todo caso sólo comprometía sus bienes. No obstante, también en este ámbito se produjo el intento de expansión, a todo el territorio nacional de manera indiscriminada de las reglas de los nuevos Códigos que, se ha de repetir, se preveían exclusivamente para el régimen de bienes de gananciales. Lo que, a pesar de la contradicción que ello implicaba, derivó en incongruencias que, tampoco, se solventaron más tarde cuando se publicó la *Compilación* en 1960¹³⁰.

En definitiva, la mujer casada no resultó bien parada con la codificación¹³¹. A contrario, no sólo la línea conservadora fue continuista sino que se acrecentó por el influjo y la importación de principios foráneos.

Concepción Arenal, como es sobradamente conocido una ferviente defensora de los derechos de las mujeres, en *La mujer del porvenir*¹³² una de sus obras más significativa, así lo pone en evidencia cuando critica a la sociedad y a las leyes del siglo XIX: «Si se exceptúa alguna artista, alguna maestra y alguna estanquera, en ninguna clase de la sociedad la mujer puede proveer a su subsistencia y la de su familia. Hija no puede auxiliar a sus padres ancianos; esposa no puede ayudar al esposo; madre, se ve en el mayor desamparo, si la muerte la deja viuda o la perversidad de su marido la abandona. De aquí su miseria y la desdicha (...); de aquí la prostitución, los matrimonios prematuros o hijos del miserable cálculo y triste necesidad, porque el matrimonio es la única carrera de la mujer».

5. SIGLO XX

La situación jurídica de la mujer, particularmente de la casada, en nuestros ordenamientos jurídicos, en lo que afecta a sus poderes jurídicos, hasta el año 1978, poco dista de lo que se lleva analizado hasta el momento. La complicada situación política de los primeros treinta años del siglo XX, la guerra civil (1936-1939) y la instauración de la dictadura durante unos largos cuarenta años, con las secuelas derivadas de los principios impuestos y maneras de con-

Declarada legalmente la ausencia del marido, tendrá además la mujer las facultades que para este caso le concede la legislación común».

¹³⁰ *Vid.*, más adelante en el apartado 5.3.

¹³¹ DEL AMO DEL AMO, *op. cit.*, *Mujer*, p. 22.

¹³² ARENAL PONTE, *op. cit.*, *La mujer del porvenir*, pp. 26 y 27.

cebir la condición de las personas y de la mujer en particular, se reflejan en las normas. La única excepción, inútil por lo que de efímera tuvo, del período republicano poca huella dejó; aunque sí fue muestra de lo que sentía y pensaba, y de los valores de un sector importante de la sociedad.

En general, los principios relativos al matrimonio y a la familia son el de jefatura, personal y patrimonial del marido frente a la mujer a quien se relega al hogar, al ámbito doméstico, al menos esa es la pretensión¹³³ y el de unidad familiar. Pese a la incorporación de la mujer al mundo laboral en las fábricas e industria y a su participación en las labores y empresas agrarias y ganaderas, que ya venía de la tradición histórica, en particular por lo que se refiere a éstas, aparte de que no se acomoda a los valores de la burguesía, el trabajo de la mujer fuera del ámbito estrictamente doméstico se admite pero de manera limitada; la admisión de la actividad extra hogareña de la mujer se relega a los casos en que se hacía patente y necesaria para el mantenimiento de la familia la aportación de un ingreso adicional al que proporcionaba el hombre.

«Durante el primer tercio del siglo xx –incluso en los años republicanos– la mujer no contaba en el ámbito social (...) la función esencial de la mujer eran el matrimonio, la maternidad y la educación de los hijos»¹³⁴

5.1 LA SEGUNDA REPÚBLICA

La Constitución de la Republica de 1931, establecía en su artículo 2 el principio de igualdad entre todas las personas: «Todos los españoles son iguales ante la ley», lo que corroboraba con la eliminación de todos los privilegios jurídicos y de las distinciones y títulos (art. 25)¹³⁵. Específicamente, el principio de igualdad para «ambos sexos» se erigió en fundamento del matrimonio (art. 43)¹³⁶, igualdad que, al menos en lo que afecta al tema que nos ocupa,

¹³³ «A principios del siglo xx el sistema patriarcal garantizaba una subordinación de la mujer y lo hacía en dos ámbitos: en primer lugar por una legislación discriminatoria, basada en el Código Penal de 1870, el Código de Comercio de 1885 y el Código Civil de 1885 /debería decir 1889/ que colocó a la mujer casada en una situación de total ausencia de autonomía laboral y personal. Era necesario el permiso del marido para trabajar, contratar, realizar compras e, incluso, para controlar su propio salario» (GISBERT GRIFO, *op. cit.*, «Mujer y sociedad», p. 10).

¹³⁴ MONTERO, *op. cit.* «Los primeros pasos hacia la igualdad» p. 153.

¹³⁵ Artículo 25. «No podrán ser fundamentos de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. «El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios».

¹³⁶ Artículo 43: «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo

dentro de las normas generales, no dio tiempo a que se materializara en una reforma de los preceptos civiles codificados en 1889.

La *Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* (Gaceta de 3 de julio), dictada como consecuencia del principio constitucional de aconfesionalidad del estado (art. 3)¹³⁷ restableció el matrimonio civil obligatorio¹³⁸, mantuvo el contenido de los artículos del Código Civil 1889 en lo referente a la situación jurídica patrimonial y personal de la mujer casada, las únicas modificaciones incidieron en los requisitos y la manera de celebración del matrimonio (impedimentos, licencia de los padres, competencia del juez y eliminación de la lectura del artículo 57 (art. 1. 6.^a). Así que continuaron vigentes la protección del marido y el deber de obediencia de la mujer (art. 57 CC), la obligación vivir juntos, fidelidad y socorrerse mutuamente (art. 56 CC), la administración de los bienes de la sociedad conyugal por el marido y la representación de la mujer por el marido (art. 60 CC).

Como es sabido, unos meses antes, en cumplimiento del mandato constitucional se había publicado la *Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932* (Gaceta de 11 de marzo 1932), en la que, además de éste se regulaban los efectos económicos derivados de la sentencia de divorcio (Sección tercera: *de los bienes del matrimonio*) que afectaba, directamente, a los bienes.

El divorcio era causa de disolución del régimen de bienes del matrimonio, a partir de la firmeza de la sentencia cualquiera de los ex cónyuges podía exigir la liquidación y separación de sus bienes (art. 23)¹³⁹. Sobre los bienes adjudicados a consecuencia de la liquidación cada uno de los cónyuges tenía la libre disposición y administración (art. 24)¹⁴⁰. En el caso de que contrajeran nuevo matrimonio entre sí la norma preveía que pasarían a regirse por las mismas reglas que antes de la separación, sin perjuicio de lo que hubiere sucedido en la etapa de separación. Pero antes de contraer el nuevo matrimonio habían de hacer constar, en escritura pública, los bienes que se aportaren y que éstos «serán los que constituyan,

disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa (...)».

¹³⁷ Artículo 3: «El Estado español no tiene religión oficial».

¹³⁸ Su artículo 1 establecía expresamente que «A partir de la vigencia de la presente ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del capítulo tercero del título cuarto del Libro primero del Código Civil (...)».

¹³⁹ Artículo 23: «La sociedad conyugal queda disuelta por la sentencia firme de divorcio, en virtud de la cual cada uno de los cónyuges puede exigir la liquidación y separación de sus bienes».

¹⁴⁰ Artículo 24: «Tanto el marido como la mujer adquieren la libre disposición y administración de sus propios bienes y de los que por la liquidación de la sociedad conyugal se les adjudique».

respectivamente, el capital propio de cada uno de ellos». A lo que aclaraba que «siempre se reputará nueva aportación aunque fuera de todos o parte de los bienes existentes antes de la liquidación por causa de divorcio» (art. 26).

El cónyuge culpable perdía todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el cónyuge inocente o por otra persona en consideración a éste y el inocente conservaba todo cuanto hubiese recibido del culpable y podía reclamar lo que le hubiera prometido, aunque los beneficios se hubiesen estipulado con cláusula de reciprocidad (es el texto del precepto, art. 28)¹⁴¹.

A la separación, que sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados, «En cuanto a los bienes del matrimonio, a la guarda de los hijos y a los alimentos, se estará a lo dispuesto en el capítulo III (divorcio) de esta Ley» (art. 38).

La Constitución de 1931 proclamaba que el estado español «estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía» (art. 8), lo que comportaba que aquéllas gozaran de competencias en materia legislativa. Indicaba el artículo 15. 1.^a «Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1.^a (...) en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». A lo que se agregaba que «En las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores, podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa, conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes. (art. 16). El Estatuto de Cataluña de 15 de setiembre de 1932 señalaba que «Corresponde a la Generalidad la legislación exclusiva en materia civil salvo lo dispuesto en el artículo 15, número 1 de la Constitución (...)» (art. 11).

En el ejercicio de la competencia legislativa la *Generalitat de Catalunya* dictó varias normas¹⁴², entre ellas, por lo que afecta a la materia que estudiamos la *Llei sobre la capacitat jurídica de la dona i dels cònjuges de 19 de juny de 1934*. En ésta se contenían los principios y reglas que se consideraban propios del derecho

¹⁴¹ Un análisis de esta ley y estudio comparativo en GETE-ALONSO, *op. cit.*, «La llei republicana del divorci».

¹⁴² La Ley sobre equiparación de edad y emancipación (1934), la Ley de sucesión intestada (1936).

catalán que, con alguna excepción, después harían transito a la Compilación de derecho civil especial de Cataluña de 1960, aunque, también, puestas al día, acordes a la sociedad a la que se iba a aplicar.

Conforme a lo que se contiene en dicha ley:

– El matrimonio no era causa modificativa de la capacidad de obrar de la mujer (art. 2)¹⁴³, tampoco del marido. No obstante, era necesario aludir expresamente a la mujer para evitar los equívocos que había provocado el hecho de que los preceptos del Código civil español establecieran diferencias. Como se ha comentado, los artículos de éste no llegaron a modificarse, de donde pese a la proclamación constitucional de igualdad ésta no se producía realmente.

– Marido y mujer son iguales, el matrimonio, se proclamaba expresamente, no concede autoridad al marido sobre la mujer, ni tampoco le otorga su representación (art. 3)¹⁴⁴. La mujer tiene la misma capacidad que el hombre, sin perjuicio de las disposiciones particulares derivadas de causas fisiológicas (art. 1)¹⁴⁵.

– Libertad de ejercicio, para cada uno de los cónyuges, de su profesión, oficio, cargo, comercio o industria, sin obligar al otro cónyuge y con el límite del cumplimiento de los deberes familiares (art. 4)¹⁴⁶.

– Autonomía e independencia patrimonial de la mujer y del marido. Cada uno los cónyuges no sólo es el titular y administrador de su propio patrimonio sino que, puede adquirir, enajenar y gravar sus bienes. Ambos, individualmente, tienen capacidad para contratar, obligarse y realizar actos jurídicos, ninguno de los cónyuges debe contar con la licencia del otro (art. 5)¹⁴⁷. Lo que se complementa con la regla de libertad de contratación de los cónyuges entre sí, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de revocabilidad de los actos otorgados a título lucrativo ya inter vivos, ya mortis causa (art. 6)¹⁴⁸.

¹⁴³ «El matrimoni no és causa modificativa de la capacitat d'obrar de la dona» (art. 2).

¹⁴⁴ «El matrimoni no concedéix al marit autoritat sobre la Muller ni li atroga la seva representació» (art. 3).

¹⁴⁵ «La dona té la mateixa capacitat civil que l'home. Aquesta igualtat no impideix les disposicions particulars a un dels dos sexes, derivades de causes fisiològiques, com la fixació de l'edat núbil i la prohibició a la vídua de contraure nou matrimoni abans d'haver transcorregut el període legal» (art. 1).

¹⁴⁶ «Els cònjuges poden exercir professió, ofici, càrrec, comerç o indústria que no els impideixi el compliment del deures familiars i sense obligar l'altre cònjuge» (art. 4).

¹⁴⁷ «Cadascun dels cònjuges podrà, sense llicència de l'altre, adquirir per títol oneros o lucratiu, alienar i gravar els seus béns, comparèixer en judici i en general, contractar i obligar-se i realitzar tota mena d'actes jurídics. Això, no obstant, cap cònjuge no pot adoptar sense consentiment de l'altre» (art. 5).

¹⁴⁸ «Els cònjuges poden celebrar entre ells tota mena d'actes jurídics, sense perjudici de la revocabilitat, bé per actes entre vius, bé per actes de darrera voluntat, dels actes a

– En consonancia con el principio de igualdad, se derogaban expresamente las disposiciones vigentes que contenían restricciones a la capacidad de actuación de la mujer; en particular la prohibición de afianzamiento de tercero y la particular referida al afianzamiento del marido (el senadoconsulto Veleyano y la auténtica *Si qua muller*) (art. 7)¹⁴⁹.

La Guerra Civil (1936-1939) implicó una vuelta a la situación anterior, tanto en la organización del estado como en las leyes de derecho privado (las relativas a las personas). Mediante la Ley de 5 de abril de 1938 se derogó el Estatuto de Cataluña con efectos retroactivos al 17 de julio de 1936. Lo que se complementó con la disposición fechada el 8 de setiembre de 1939 («BOE» de 30 de setiembre de 1939)¹⁵⁰ en cuyo artículo único se disponía que «(...) queda sin efecto y, por tanto, dejarán de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el derecho existente al promulgarse el Estatuto».

De otra parte, como consecuencia de la ideología y de los principios que impusieron los vencedores acerca de la familia y de la función de la mujer en ésta, quedaron completamente eliminados los principios y las leyes dimanadas de la República. Mediante la Ley de 12 de marzo de 1938¹⁵¹ se derogó la Ley de 28 de junio

títol lucratiu. En cap cas, durant la vigència del matrimoni, no podrà l'un d'ells executar els béns de l'altre» (art. 6).

¹⁴⁹ «Queden expressament derogades les disposicions d'excepció a favor de la dona que consignen el «*Senatusconsultus Velleianus*» l'Authentica «*Si qua Muller*», el capítol VIII de la novel.la 134, el capítol XI del *Recognoverunt proceres*» i el costum I, paràgrafa 1 i 2, rúbrica 7 del llibre IV del «llibre de les costums escrites de la ciutat de Tortosa».

¹⁵⁰ La justificación de la norma no tiene desperdicio. Se lee lo siguiente:

«La Ley de cinco de abril de mil novecientos treinta y ocho afirmando los principios que informan el espíritu de nuestro salvador Movimiento, declaró en su preámbulo sin validez jurídica, desde el diecisiete de julio de mil novecientos treinta y seis, el Estatuto de Cataluña, reflejo exacto de un régimen profundamente disgregador, que implicaba la negación de aquellos vínculos consustanciales con la unidad nacional.

Pero en su parte dispositiva sólo dedujo las consecuencias de tal invalidez en el orden administrativo, sin hacer referencia a otras cuestiones jurídicas de señalada importancia que la intervención del parlamento Catalán y del Tribunal de Casación provocaron en el orden del Derecho civil con sus audacias reformadoras; por lo cual se hace imprescindible completar las disposiciones de la mencionada Ley, extendiendo los efectos del principio sentado en ella a los problemas planteados por la legislación y jurisprudencia regional derivados del invalidado Estatuto de Cataluña. En su virtud, dispongo (...).

¹⁵¹ Se leía en la Exposición de Motivos de esta Ley: «La Ley de 28 de junio de 1932 constituye una de las agresiones más alevosas de la República contra los sentimientos católicos de los españoles, y al instituir el matrimonio civil como el único posible legalmente en España, desconociendo el aspecto religioso intrínseco de la institución, creó una ficción en pugna violenta con la conciencia Nacional». Así que en el Artículo 2. se estableció: «Los matrimonios católicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 23 de junio de 1932, producirán todos los efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas».

de 1932 sobre el matrimonio civil, y la Ley de 23 de setiembre de 1939 hizo lo mismo con la Ley del divorcio¹⁵², en ambos casos con eficacia retroactiva pues el objetivo fue borrar jurídicamente la etapa republicana.

Las consecuencias más acusadas, precisamente, se produjeron para la mujer a la que se intenta eliminar de la vida pública y laboral, y se la relega al ámbito doméstico de acuerdo con el ideario falangista, protagonizado por la Sección femenina¹⁵³. Las leyes fundamentales del instaurado régimen del nacionalcatolicismo, expresamente lo manifestaban. El *Fuero del Trabajo* (Decreto de 9 de marzo de 1938) proclamaba (II. 1) «El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo. Limitará convenientemente la duración de la jornada para que no sea excesiva, y otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario. *En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica*».

La supresión de la legislación innovadora de la etapa republicana, desde el punto de vista jurídico supuso la vuelta a los preceptos del Código civil de 1889, y al derecho catalán del siglo XIX que pese a la ardua labor y discusiones, aún no contaba con un texto

¹⁵² Se decía en su exposición de motivos «(...) devolviendo, así, a nuestras Leyes el sentido tradicional católico». Previamente a la derogación de la ley se paralizaron los procesos de divorcio en curso por el Decreto de 2 de marzo de 1938, después se derogó la Ley de divorcio por la Ley de 23 de setiembre de 1939 (art. 1). En sus disposiciones transitorias se estableció:

«Primera.—Las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles, a tenor de la ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los interesados.»

«Segunda.—Las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la ley que se deroga y en que uno o ambos de los cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltas para todos los efectos civiles, mediante declaración judicial solicitada a instancia de cualquiera de los interesados.»

«Tercera.—Serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las presentes disposiciones, el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar, o simplemente, el de tranquilizar su conciencia de creyentes.»

«Sexta.—Ningún cónyuge divorciado por sentencia firme con arreglo a la Ley que se deroga podrá contraer con tercera persona nuevo matrimonio en tanto subsista su vínculo canónico. Esta prohibición comprende al cónyuge divorciado que habiendo celebrado segundas o ulteriores uniones civiles se considere civilmente viudo en tanto no se declare la nulidad de su matrimonio canónico que primeramente contrajo.»

¹⁵³ GIBBERT GRIFO, *op. cit.*, «Mujer y sociedad» p. 10, explica que «(...) Pilar Primo de Rivera, Delegada nacional de la Sección femenina de Falange, proclama, en mayo de 1939, que la única misión de la mujer es el hogar y, sucesivamente, se va legislando de acuerdo con esta idea: se trató de obligar a la mujer casada a abandonar el trabajo (en el caso de que no lo hiciera no tenía derecho a subsidios familiares) y se prohíbe el ejercicio de profesiones tales como la abogacía del estado, notarias o la judicatura».

que como Apéndice pudiera ser presentado y aprobado¹⁵⁴. Como gráficamente expresa Valpuesta Fernández¹⁵⁵ «(...) con la pérdida de las libertades en España *las cosas vuelven a su cauce* y la mujer al hogar, en una estructura familiar que en poco difiere de la existente antes del cambio democrático de la Segunda Republica: preferencia por la familia legítima, a la que se blinda con un conjunto de presunciones de paternidad del esposo, y relaciones marcadas por la sumisión y dependencia de las mujeres respecto del marido y sometimiento de los hijos a la autoridad del padre».

5.2 LA COMPILACIÓN DE 1960

Terminada la guerra civil, la desaparición de las regiones autónomas y de la potestad de éstas de legislar, ante la imposición de la dictadura y el estado único, se volvió a plantear, de nuevo la cuestión de la manera en que los Derechos civiles propios (Derechos forales) habían de conservar su derecho que, en inicio, debía incorporarse a través de Apéndices al Código Civil de 1889. En el *Congreso Nacional de Derecho Civil*, celebrado en Zaragoza del 3 al 9 de Octubre de 1946, en vistas a lograr el *desideratum* del Código Civil único (para toda la península) se acordó un proyecto escalonado en el tiempo. La primera etapa se llevaría a cabo a través del sistema de la Compilación de las instituciones forales; la segunda tendría lugar una vez se publicaran las diversas Compilaciones y, después tras un periodo de divulgación y estudio, se determinaría la fórmula mejor para recoger el Código general del Derecho Civil español.

La fórmula Compilación comprendía no sólo la labor de recoger las instituciones que conviniera conservar, sino algo más amplio a fin de mantener todas las que fueren propias y también el restablecimiento de las que no hubieren decaído en desuso. El Derecho foral, además, ya no tendría la calificación jurídica de excepcional y debía ordenarse sistemáticamente.

Las conclusiones de este Congreso se recogieron por el *Decreto de 25 de mayo de 1947* que ordenó la creación de Comisiones de Juristas de reconocido prestigio y autoridad cuya labor era la de

¹⁵⁴ De hecho, a la arribada de la Segunda Republica estaba finiquitado el proyecto de Apéndice de 1930 e incluso llegó a presentarse, por la Lliga catalana, una proposición de Ley el 21 de marzo de 1933, en la que se solicitaba que se promulgara (art. 1.º) adaptando los preceptos del mismo que pudieran estar en contradicción con las disposiciones del Estatuto, la Constitución o las leyes republicanas de vigencia general (art. 2.º). Pero no llegó a buen fin. Acerca del proceso de compilación del Derecho Civil *Vid.* SALVADOR CODERCH/MIRAMBELL ABANCO, *op. cit.*, *Comentarios*, Tomo XVII, Vol. 1, «Comentario al artículo 1 de la Compilación».

¹⁵⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, pp. 259 y 260; el subrayado es de la autora citada.

formular los correspondientes anteproyectos para su estudio y aprobación (art. 1). El artículo 3 manifestaba, claramente, la diferencia entre el anterior sistema de Apéndices y el nuevo de las Compilaciones, al afirmar que el objetivo era «(...) llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades del momento presente»; lo que debería hacerse «adaptándose a la sistemática del Código Civil».

Fruto del proceso compilador fueron las Compilaciones de Vizcaya y Alava (Ley de 30 de julio de 1959); Cataluña (Ley de 21 de julio de 1960); Baleares (Ley de 19 de abril de 1961); Galicia (Ley de 2 de diciembre de 1963); Aragón (Ley de 6 de abril de 1967) y Navarra (Ley de 1 de marzo de 1973). La mayor parte de ellas, fueron objeto de modificaciones importantes después de la Constitución de 1978 y en la actualidad están sustituidas por nuevos cuerpos legales.

En todo caso las Compilaciones eran leyes independientes del Código Civil, pero de carácter estatal pues las regiones con derecho propio carecían de autonomía legislativa. De modo que las Compilaciones se aprobaron, a excepción de la Compilación de Navarra, por las Cortes Generales. A pesar de ser cuerpos legales más homogéneos y sistemáticos, no fueron nunca un sistema completo, por los diversos recortes que tuvieron los proyectos presentados, pero, también, porque no respondían del todo a la técnica de la codificación, lo que obligaba a un sistema de heterointegración que hacía actuar al Código Civil como derecho supletorio en defecto del supletorio propio (Base 5 del CC y antiguo art. 12 CC).

La Compilación del derecho civil especial de Cataluña (Ley 40/1960 de 21 de julio) (en adelante CDC) recogía, en esencia, los principios que estaban vigentes en la materia. En concreto, mantuvo el principio de libertad y autonomía de marido y mujer y la falta de sumisión de la mujer al marido en el ámbito patrimonial, particularmente respecto de los bienes parafernales para cuya administración y disposición no debía contar con la licencia del marido.

Indicaba el artículo 7 CDC: «El régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones matrimoniales, que podrán otorgarse antes del matrimonio o durante el mismo, necesariamente en escritura pública, y serán irrevocables salvo lo prevenido en esta Compilación. En defecto de pacto, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes *que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición*

de los bienes propios, sin perjuicio del régimen especial de la dote, si la hubiera».

Interesaba, en aquel momento y dada la práctica de los tribunales comentada, dejar claro desde el inicio, que la licencia marital no era necesaria dada la independencia y autonomía de los cónyuges en el ámbito patrimonial en el régimen legal de separación de bienes. Vinculando, de este modo, la necesidad o, en su caso la ausencia de licencia, al régimen de bienes se preservaba el derecho propio a la par que se evitaba que los tribunales, y la práctica jurídica, exigieran a la mujer casada catalana la autorización del marido. Con todo, en la realidad práctica, fuera del estricto ámbito del régimen matrimonial, y aun así con vacilaciones, la verdad fue que hasta que la Ley 14/1975 de 2 de mayo no eliminó la licencia marital, continuó requiriéndose a la mujer catalana, cuando menos como medida preventiva (para «curarse en salud»).

Los bienes parafernales, a los que la Compilación seguía llamando así, se definían por contraposición a los dotales: con la condición que no formen parte de la dote, tienen tal carácter «todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiriera después de contraído». En la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumía que eran parafernales (art. 49.1 CDC).

«La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido, el cual no estará obligado a contribuir a los gastos que la gestión y defensa de dichos bienes ocasione» (art. 49.2 CDC).

La mujer respecto de estos bienes y de acuerdo con las notas que señalara el derecho tradicional (art. 49.3 CDC) ostentaba:

a) Su *dominio* absoluto y las facultades inherentes a dicha titularidad dominical que, pormenorizadamente, enumeraba el precepto: «(...) pudiendo (...), enajenarlos, gravarlos y defenderlos en juicio (...)».

b) Su total *disfrute*: lo que suponía la percepción de los frutos que produzcan, pues éstos no estaban ligados al sostenimiento de las cargas familiares sino sólo excepcionalmente y en el específico caso previsto en la ley¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Artículo 50 CDC: «Si los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueren insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales. Cesará la anterior obligación cuando los cónyuges vivan separados y no haya hijos del matrimonio».

c) Su *libre administración*: sin que ésta se atribuyera al marido sino sólo en el caso de que la mujer, expresa o tácitamente (cfr. art. 51) se la hubiere encomendado.

Estas facultades de la mujer sobre sus bienes propios, en principio, como se observa nada disienten de las que corresponden a cualquier propietario sobre sus bienes. Lo que explicaba su regulación separada era que ante la eventualidad de que durante el matrimonio pudieran existir distintas masas patrimoniales de la mujer, debía establecerse su régimen diferente frente a los bienes dotales.

La mujer podía conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión, aunque la entrega constare en escritura pública. En el caso de que los bienes fueren inmuebles, incluso la mujer, cuando hubiere transferido su administración al marido, podía exigirle que constituyere hipoteca en garantía de su devolución. El marido administrador de los bienes parafernales debía devolverlos cuando procediera o le fuese pedida la restitución, con los frutos existentes y aquellos con que se hubiere enriquecido. Todo pacto en contrario, otorgado durante el matrimonio, estaba tachado de nulidad (art. 51 CDC)¹⁵⁷.

Los bienes dotales, que se aportaban para contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, según sea la dote estimada o inestimada, devenían propiedad del marido o éste era su administrador, y se restituían a ésta o a sus herederos cuando se disolviera el matrimonio (art. 28 y ss. CDC). Mención aparte merecen las instituciones dotales: el aixovar (art. 41 y 42 CDC), el cabalatge (art. 43 CDC), l'escreiz (arts. 44 a 47 CDC) y el tantudem (art. 48 CDC), cuyo régimen, del que podía derivarse alguna discriminación entre el marido y la mujer, dependía del régimen matrimonial de separación de bienes.

No obstante, ya en el mismo momento en que se promulgó la Compilación, el régimen de bienes del matrimonio catalán había derivado, en la práctica en un régimen de separación absoluta, dado que tanto la dote como las demás instituciones en torno a ella, habían caído en desuso. De ahí que, las diferencias que pudieran subsistir entre el hombre y la mujer, por razón del régimen matrimonial, resultaren, cada vez más, incompatibles con el principio de autonomía patrimonial de la mujer.

Corolario de que el matrimonio no afectaba a la capacidad de los cónyuges era el reconocimiento de libertad de contratación entre ellos frente a la restricción que existía en el Código civil español, si

¹⁵⁷ Sobre estos bienes en la Compilación de 1960 me remito a lo dije en «Comentarios a los artículos 49 a 51 de la Compilación». Tomo XXVII, Vol 1.

bien sólo se aplicaba al régimen legal de separación de bienes. «En régimen de separación de bienes serán válidos los actos y contratos que, durante el matrimonio, celebren entre sí los cónyuges a título oneroso; en caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados» (art. 11 CDC).

El afán de los compiladores por mantener las instituciones propias, herencia del derecho romano y del canónico, derivó, desafortunadamente y como es bien conocido, en que se recogieran en la Compilación de 1960 algunas reglas que, aunque no habían sido derogadas expresamente, sin embargo ya habían caído en desuso o, a contrario, la práctica las había olvidado o había creado medios para evitarlas. Esto es lo que sucedió en relación con algunas normas restrictivas de la capacidad de los cónyuges, y en particular de la mujer, recogidas en la Compilación donde pervivieron hasta que ésta fue adaptada a los principios constitucionales en el texto refundido de 1984 (Ley 13/1984, de 20 de marzo). Se trata de:

– La prohibición de donaciones entre cónyuges (arts. 20 a 22 CDC), que se fundaba en la presunción de que el *animus donandi* entre los esposos derivaba de una suerte de captación de la voluntad, que las tachaba de nulas, aunque con posibilidad de convalidación por muerte del donante sin haberla revocado¹⁵⁸.

– La *presunción Muciana* (art. 23 CDC)¹⁵⁹, en virtud de la cual los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia o el precio invertido en ellos, no podía justificar, se consideraba que habían sido donados por el marido (con la consiguiente revocabilidad de la donación y las consecuencias correspondientes para el patrimonio de la mujer)¹⁶⁰.

Crítica separada merece que la Compilación de 1960 mantuviera la prohibición de que la mujer pudiese otorgar fianza a favor de tercero, salvo que cobrara por ello, fuere mujer comerciante o llegara a ser deudora principal de la obligación y, para la mujer casada la prohibición de otorgar fianza o intercesión a favor de su marido (arts. 321

¹⁵⁸ Sobre la prohibición de donaciones y la presunción muciana me remito a lo que estudié, *in extenso*, en *op. cit.*, «Comentarios a los artículos 20 a 23 CDC». Tomo XXVII Vol. 1.

¹⁵⁹ Decía este precepto: «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido».

¹⁶⁰ El origen del precepto se encontraba: de una parte en sendos textos del *Cuerpo Justiniano*: *Codex V, 16, 6* y *Digesto XXIV, 1, 5*; de otra, el Derecho Municipal Local Catalán: *Costums de Tortosa, V, 1, 8*. Sin embargo, la redacción moderna de la presunción derivó directamente de la interpretación que de la misma hizo el compilador Roca Sastre; lo que provocaba un desfase entre la norma genuinamente romana y la contenida en el artículo 23 Compilación. Me remito a lo que expliqué en *op. cit.* «Comentario al artículo 23 CDC».

y 322)¹⁶¹, que no desapareció hasta el texto refundido de la *Llei 13/1984*. Instituciones éstas que, curiosamente, de alguna manera se «resucitaron» por quienes redactaron la Compilación por el prurito de conservar todo lo que era propio, pues la equivalente que existía en el derecho castellano no pasó al Código civil. De hecho, tanto el *senadoconsulto Veleyano* como la *Auténtica si qua muller* habían dejado de practicarse y estaba al orden del día la renuncia.

En efecto, la doctrina y la práctica habían asumido la posibilidad de renuncia cuya validez no se discutió y la ley republicana de 1934, como se ha relatado, para evitar cualquier duda dejó sin efecto tanto el *senadoconsulto* como la auténtica. El que, finalmente se recogiera en la Compilación de 1960 se inició a partir de que Durán i Bas calificara como «nulo el acto (...) cuando la mujer intercede a favor del marido contra lo que la Auténtica *Si qua muller* previene (...) sin que valga la renuncia a aquella, ni aún corroborada con juramento»¹⁶². Pese a ello, en la trayectoria que llevó a la redacción de la Compilación de 1960, no todos los proyectos introdujeron la prohibición, aunque sí el de 1955-1956 que fue la base del texto definitivo¹⁶³.

En lo que afecta a la *mujer comerciante* la situación derivada de la Compilación y de la normativa general del Código de Comercio fue, durante bastante tiempo, paradójica por más que el hecho de que en la Compilación no se recogiera la necesidad de licencia marital y que ésta se vinculara al régimen de bienes, que no a la capacidad patrimonial, pareciera que solucionaba cualquier duda que pudiera plantearse. Antes al contrario, al no haber efectuado

¹⁶¹ Artículo 321: «La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello.

No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudoras principales de la obligación.

Este beneficio será renunciabile de modo expreso en todo momento».

Artículo 322: «Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión.

Cuando marido y mujer se obliguen conjuntamente, ésta, aunque participasen otras personas, responderá con carácter mancomunado simple.

Serán válidas las hipotecas constituidas conjuntamente por marido y mujer, solos o con otros partícipes, si la obligación garantizada es mancomunada y proporcional a sus respectivas cuotas o derechos en la cosa hipotecada».

¹⁶² DURÁN I BAS, *op. cit.*, *Memoria*, p. 160. En consecuencia, en el texto articulado, proponía lo siguiente: artículo CLXXXVII: «En Barcelona la mujer no queda obligada en los contratos de mútuo y depósito que celebra con su marido mientras sean suficientes los bienes de éste; y en caso de no serlo, sólo lo queda en cuanto a la mitad, aún cuando hubiere jurado y renunciado al beneficio del Senadoconsulto Vellejano y a los demás que la favorezcan».

¹⁶³ PUIG FERRIOL/ROCA TRÍAS, *op. cit.*, *Fundamentos*, II, p. 184.

una previsión expresa acerca de este extremo, en el sentido positivo de que la mujer no quedaba sometida a la autoridad del marido en el ámbito patrimonial, creó, en palabras del profesor Delgado Echeverría ¹⁶⁴ «(...) un vacío legal en la disciplina de las relaciones entre cónyuges catalanes, que muestra su trascendencia sobre todo en tema de capacidad de la mujer casada para el ejercicio del comercio (...)» lo que deriva en ¹⁶⁵ «(...) que la situación de la mujer casada catalana en cuanto al ejercicio del comercio es pintoresca y contradictoria».

En efecto, según las reglas del Código de Comercio conocidas ¹⁶⁶ la mujer casada requería autorización del marido para ejercer o continuar el comercio. La eficacia de dicha licencia se proyectaba, no en la validez o invalidez de su actuación jurídica patrimonial, regida por las normas civiles, sino sobre los bienes que resultaban comprometidos como consecuencia del ejercicio del comercio. Pues bien, la mujer casada catalana bajo el régimen de separación de bienes, que actuaba con el asentimiento del marido en nada amplía sus facultades patrimoniales sobre otros bienes distintos de los propios. Civilmente, recordemos, el matrimonio no veta, a la mujer casada catalana su capacidad personal, pero tampoco patrimonial porque es autónoma e independiente al no requerir licencia marital.

De donde se seguía la situación pintoresca, contraria a los principios mercantiles (facilitar el comercio y evitar trabas), denunciada por Delgado Echeverría, que hacía de peor condición jurídica a la mujer casada catalana para el ejercicio del comercio que para el desempeño de cualquier otra profesión u oficio a los que podía acceder libremente, por aplicación de las reglas civiles, a salvo de las excepciones que existían en algún sector concreto ¹⁶⁷. Lo absurdo de la situación se revelaba a la hora de adoptar un criterio sobre la validez o no de los actos efectuados por la mujer, en el ejercicio de un comercio para el que no tenía licencia o incluso para los que se había opuesto el marido. «¿Qué podía hacer el marido? ¿Acudir a la autoridad gubernativa para que cierre el establecimiento de la mujer? ¿Cerrarlo por su propia autoridad? ¿Retener a la mujer incomunicada con sus clientes? ¿Cambiar de residencia y obligar a la mujer a seguirle? ¿Exigirle indemnización pecuniaria por la infracción de sus deberes familiares? ¹⁶⁸».

¹⁶⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, p. 60.

¹⁶⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, p. 139.

¹⁶⁶ En ese momento eran las que provenían de la *Ley 56/1961 de 22 de julio* (sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer). *Vid* más adelante, apartado 5.3.2.

¹⁶⁷ Como la derivada de la Ley de Contratos de Trabajo. Sobre esta cuestión, en extenso *Vid* ESPUNY TOMÁS, *op. cit.*, «Aproximación histórica», pp. 1 y ss.

¹⁶⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 140.

Ante esta situación lo razonable era entender que los preceptos del Código de Comercio en Cataluña no se aplicaban, de manera que la mujer casada catalana no requería autorización del marido en el ámbito mercantil. No obstante, amén de que este problema no pareció preocupar a la doctrina que escasamente se ocupó de él¹⁶⁹, el resto y la jurisprudencia, como venía siendo la tónica inveterada en esta materia, mantuvo la tendencia formal y conservadora, característica de exigir licencia marital.

5.3 LAS LEYES DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

A mediados de los años cincuenta del siglo xx, motivado por los compromisos asumidos por el estado, el desarrollo de la sociedad e incorporación de España al ámbito internacional, se empezaron a dictar leyes, unas de modificación del Código civil, otras separadas de éste, que introdujeron algunas novedades y cierta mejora en la posición jurídica de la mujer. Se han de mencionar, fundamentalmente, tres: la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil, la Ley 56/1961, de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer y la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código civil y de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Además se ha de hacer referencia a la modificación del Título preliminar del Código civil que se produjo en 1974.

5.3.1 Ley de 24 de abril de 1958

La Ley de 24 de abril de 1958, se dictó¹⁷⁰, según nos indica su Exposición de Motivos «(...) para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 agosto 1953 entre la Santa Sede y el Estado español (...)» y, entre otras cuestiones «(...) aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer, que hace mucho tiempo se hallaba planteado (...)». Consecuencia de ello fue que se admitió que la mujer pudiera ser designada como tutora y que pudiera actuar como testigo en los testamentos.

¹⁶⁹ Los estudios más significativos son los de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.* *El régimen matrimonial*, pp. 135 a 144, y PUIG SALELLAS, *op. cit.*, «Notas sobre la autonomía patrimonial» p. 219.

¹⁷⁰ Explica VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, pp. 262 y 263 que la elaboración de la ley «(...) se debe en gran medida a la intervención de la abogada falangista Mercedes Fórmica».

En lo que afectaba al ámbito patrimonial la ley modificó alguno de los artículos del Código civil, para tomar en consideración la autonomía de la mujer, aunque sin eliminar la jefatura única del cabeza de familia. La explicación se lee en la Exposición de Motivos, de la que huelga cualquier comentario¹⁷¹: «Si bien es cierto que el sexo, por sí, no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, *pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales, que, conforme al Derecho natural, está llamada a cumplir*. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección, que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen, en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica, que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo, las relaciones entre los cónyuges».

De una parte, se modificaron los preceptos relativos a las medidas cautelares y los efectos de la separación y declaración de nulidad del matrimonio. Los nuevos preceptos (arts. 68 y 72 y 73 CC)¹⁷² mantenían el mismo criterio anterior de hegemonía del marido en

¹⁷¹ El subrayado es mío.

¹⁷² Artículo 68 CC: «Admitidas las demandas de nulidad o de separación de matrimonio, el Juez adoptará, durante la sustanciación del proceso, las medidas siguientes: (...)

4.^a En cuanto al régimen económico matrimonial se seguirán las siguientes reglas:

El marido conservará la administración y disposición de sus bienes.

Se transferirá a la mujer la administración de los parafernales que hubiese entregado al marido pero necesitará autorización judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria.

Se mantendrá, en cuanto a los bienes dotales, el régimen anterior a la presentación de la demanda, salvo que el Juez estime conveniente transferir a la mujer la administración de los bienes de la dote inestimada.

El Juez, atendidas las circunstancias del caso, podrá excepcionalmente, conferir a la mujer la administración de los bienes gananciales o de alguno de ellos.

Será necesaria licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales cualquiera que sea el cónyuge que los administre.

Se procederá con criterio análogo al señalado en esta regla cuarta cuando el régimen económico matrimonial sea distinto del de gananciales.

5.^a Señalar alimentos a la mujer, y en su caso al marido, así como a los hijos que no queden en poder del obligado a dar alimentos, sin que éste pueda optar por prestarlos en la propia casa.

6.^a Acordar si procede, el abono de litis expensas, determinando la cuantía y la persona obligada al pago».

Artículo 72 CC: «La sentencia firme de nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio los mismos efectos que la disolución por muerte, pero el cónyuge que hubiera obrado de mala fe no tendrá derecho a los gananciales.

Si la mala fe se extendiera a ambos, quedará compensada».

Artículo 73 CC: «La ejecución de separación producirá los siguientes efectos (...):

la administración de los bienes, pero introducían variantes: se admitía que la mujer pudiera recuperar los bienes parafernales que hubiere entregado en administración al marido e incluso se preveía que le fueran asignados bienes gananciales en administración; para los actos que excedieran de la administración ordinaria, tanto la mujer como el marido debían recabar autorización judicial. Sin embargo, no se tocaron los artículos relativos a los derechos y deberes de los cónyuges, en los que se contenían, como se vio, los principios del sistema.

La innovación más significativa de esta ley afectó al poder omnímodo de administrar y disponer del marido en relación con determinados bienes de la sociedad de gananciales para los que introdujo la necesidad de que la mujer prestara su consentimiento. En concreto, dispuso que para los actos de disposición y gravamen de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, había de contarse con el consentimiento de la esposa. La nueva redacción del artículo 1413 CC establecía que:

«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero *necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial* a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, *para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.*»

«Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.»

«En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

También, son clarificadoras las palabras de la Exposición de motivos en las que se justifica la matización: «Los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales quedan, sin mengua del siste-

4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal, teniendo cada uno el dominio y administración de los que le correspondan.

5.º La conservación por parte del cónyuge inocente y pérdida por el culpable del derecho a los alimentos.

6.º El cónyuge inocente, el tutor de los hijos o el Ministerio Fiscal podrán pedir hipoteca legal suficiente sobre los bienes del culpable, retención de sueldos y salarios, depósito de valores y cuantas medidas cautelares sean necesarias para que pueda cumplirse lo estatuido en el párrafo segundo del artículo 1434».

ma, más protegidos, al exigirse su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles o establecimientos mercantiles y al preverse posibles cauciones judiciales, que los defiendan frente a una imprudente actuación marital. No ha dejado de considerarse la crítica de que podría ser objeto tal criterio, habida cuenta de la importancia económica del patrimonio mobiliario; pero se ha juzgado oportuno orientar en tal sentido la reforma, con el propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición. Por otra parte, se ha tenido presente que los bienes inmuebles, si no representan en todos los casos un mayor valor económico, sí son los que de ordinario encarnan valores de uso y afección, muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia, al paso que los establecimientos mercantiles son, frecuentemente, la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica».

En el ámbito *comercial*, se preguntaba Garrigues si, después de la Ley de 24 de abril de 1958, la mujer necesitaba del consentimiento del marido para realizar actos de disposición sobre sus bienes gananciales, a lo respondía que no porque el artículo 10 no se había derogado¹⁷³.

5.3.2 Ley 56/1961 de 22 de julio

Cronológicamente, la siguiente norma es la Ley 56/1961 de 22 de julio (*sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*), ley separada de los cuerpos codificados¹⁷⁴.

En ésta, al menos teóricamente, se reconocía el derecho de la mujer a ejercitar «todo tipo de actividades políticas, profesionales y de trabajo» (art. 1) sin más limitaciones que la que establecía la misma. Se otorgaba a la mujer el derecho a concertar cualquier clase de contrato de trabajo (art. 4). Sin embargo, salvo disposición expresa la mujer no podía acceder a las Armas y Cuerpos de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire; tampoco a los Institutos armados y Cuerpos, servicios o carreras que impliquen normalmente utilización de armas para el desempeño de sus funciones, la Administra-

¹⁷³ GARRIGUES, *op. cit.*, *Curso*, I, p. 241.

¹⁷⁴ «(...) esta disposición, de nuevo, sale de las entrañas del régimen, concretamente de la Sección Femenina, cuya presidenta, Pilar Primo de Rivera, en su intervención en Cortes fija el alcance de la reforma: «No es ni por asomo una ley feminista –seríamos infieles a José Antonio si tal hiciéramos–; es solo una ley de justicia para las mujeres que trabajan nacida de la experiencia de una asidua relación humana y cordial con todos los problemas que a la mujer atañen (...)» (...)» (VALPUERTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 265).

ción de Justicia en los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales, salvo en las jurisdicciones de menores y laboral y el personal titulado de la Marina Mercante, excepto las funciones sanitarias (art. 3.2).

La norma matizó de manera importante la autorización marital que, de acuerdo con la ley correspondiente, se exigía para *el ejercicio de una actividad profesional*: después de indicar que «deberá constar en forma expresa» agregaba que «si fuere denegada, la oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare judicialmente que ha sido hecha de mala fe o con abuso de derecho», declaración judicial «que se hará por el Juez de primera Instancia del domicilio habitual de la mujer, a solicitud de ésta, con audiencia de ambos cónyuges, por plazo máximo de 10 días y sin otro trámite ni ulterior recurso» (art. 5).

No tienen desperdicio las explicaciones de la Exposición de Motivos de la Ley: «En segundo lugar, la Ley contempla, claro es que referido únicamente a la mujer casada, las limitaciones de Derecho, una vez más confirmado en la reforma del Código Civil en mil novecientos cincuenta y ocho, que el matrimonio exige una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido. *Sigue siendo norma programática del Estado español, anunciada por la Declaración segunda del Fuero del Trabajo, la de «libertar a la mujer casada del taller y de la fábrica»*; pero ni esta norma veda el acceso de la mujer a la multiplicidad –por lo demás creciente– de ocupaciones no manuales, ni en cuanto a las manuales puede ni debe conseguirse por normas discriminatorias y prohibitivas, que más perjuicios que beneficios causan, sino por la elevación general de las rentas de trabajo, reales y no nominales, del marido que, en conjunción con otros programas, señaladamente el de la vivienda, al que tantos desvelos y esfuerzos está dedicando el Estado, *permitan al cabeza de familia el mantenimiento con lo procedente de su sólo trabajo y esfuerzo de un nivel digno de vida para su familia*»¹⁷⁵.

En lo que concierne a *la mujer comerciante* el régimen de licencia marital exigido en el Código mercantil se modificó por lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de 1961; a partir de ella no sólo cabía su sustitución por la autorización judicial sino también que el juez pudiera declarar que la oposición del marido se había formulado de mala fe o con abuso de derecho. La doctrina¹⁷⁶ entendió que aunque no lo dijera expresamente el precepto, la intervención

¹⁷⁵ El subrayado es mío.

¹⁷⁶ GARRIGUES, *op. cit.*, *Curso*, I pp. 237 y 238.

judicial también procedía para impedir que el marido revocara de mala fe o con abuso de derecho, la autorización expresa o tácita.

5.3.3 Ley 14/1975 de 2 de mayo

La ley 14/1975 de 2 de mayo, *sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges*, dictada ya en las postrimerías del régimen franquista, supuso un avance para la posición jurídica de la mujer, aunque aún restaba un largo camino a recorrer¹⁷⁷.

Se lee, en su Exposición de Motivos¹⁷⁸: «Una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. Sufre ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido. Por lo demás, las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar»¹⁷⁹.

Los preceptos modificados en el Código Civil, incidían en el ámbito personal y el patrimonial y se podían agrupar en tres: los efectos personales del matrimonio, la capacidad para contratar y el régimen de bienes del matrimonio. Pese a la pretendida igualdad a la que se apelaba en algún momento, sin embargo, los efectos de la reforma fueron menores y sólo comportaron equiparación entre marido y mujer, el desequilibrio entre las posiciones y situaciones de uno y de otro se mantenía.

a) *En los derechos y deberes de los cónyuges* (arts. 57 a 66 CC) lo más significativo fue la desaparición de la licencia marital y de la sujeción y sometimiento de la mujer al marido. En contrapartida se configuraron cómo derechos recíprocos entre ellos

¹⁷⁷ La ley se elaboró «a impulsos de otra mujer, María Tello» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 266).

¹⁷⁸ Apartado I.

¹⁷⁹ Y continúa: «Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente, una revisión del derecho de familia. Tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que pueden aportar el derecho comparado y sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas que de modo muy particular inciden sobre este sector del derecho».

el de protección y socorro mutuo, se introdujo «el deber de actuar en interés de la familia» y se determinó, de manera expresa que «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida voluntariamente» (art. 63 CC), desapareciendo, así la anómala situación anterior.

Complemento de esta configuración fue la declaración programática de que «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges», salvo la excepción de los menores de edad (art. 62 CC)¹⁸⁰. Comentaba críticamente, con razón, el profesor Lacruz Berdejo¹⁸¹ que «En realidad, el precepto no era necesario: para que el matrimonio no restrinja la capacidad basta que no se enuncie en la ley ninguna restricción (...) Y si se trataba de una explicación «histórica», como el matrimonio nunca ha restringido la capacidad del varón y sí de la mujer, había que decir «el matrimonio no restringe la capacidad de la esposa». Sin embargo, continuaba vigente la administración de los bienes «de la sociedad conyugal» por el marido (art. 59 CC), lo que se había de interpretar, en dicho momento con más razón, sólo referido a la sociedad de gananciales.

La potestad doméstica de la mujer se convirtió en recíproca por vía de establecer una equiparación, que no igualdad¹⁸², entre los cónyuges y se cambió el enfoque y consideración de aquélla. El nuevo artículo 66 CC disponía que «cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos relativos a cosas o servicios para atender las necesidades ordinarias de la familia, *encomendadas a su cuidado*, conforme al uso del lugar y a las circunstancias y posición de la misma». La referencia explícita a las funciones correspondientes y que pertenecen a cada uno de los cónyuges, afloraba la posición de preeminencia que aún ocupaba el marido.

La falta del asentimiento del otro cónyuge para los actos en los que fuere necesario: «Cuando la ley requiera para actos determinados que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente

¹⁸⁰ Artículo 60 CC: «El marido y la mujer menores de dieciocho años no podrán administrar los bienes comunes, cuando les corresponda, sin el consentimiento del otro cónyuge si fuere mayor de edad. Si éste fuere menor de edad y, en todo caso, si se tratare de bienes privativos, el menor de dieciocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre, en defecto de éste, sin el de su madre, y, a falta de ambos, sin el de su tutor»

Artículo 61 CC: «En ningún caso, mientras no lleguen a la mayor edad, podrán el marido o la mujer, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el artículo anterior, tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces».

Artículo 62.2 CC: «El casado menor de edad necesitará para comparecer en juicio, según los casos, el consentimiento de las personas mencionadas en los artículos 60 y 61».

¹⁸¹ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, II, p. 341.

¹⁸² LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, *Derecho de familia*, II, p. 343) dice que «En este punto concreto, y merced a sucesivos retoques de la Comisión de justicia de las Cortes, se ha prescindido del principio de igualación para pasar al de equiparación de los cónyuges».

confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos» (art. 65 CC)¹⁸³. Aunque la norma se expresaba, también, de manera general, era evidente que sólo podía aplicarse a la sociedad legal de gananciales, pese a que en la Exposición de motivos de la ley¹⁸⁴ se lea que «(...) no se ha albergado el propósito de alterar el régimen de las comunidades conyugales, nada se ha estatuido acerca de ellas, limitándose la reforma a referirse globalmente y en abstracto a los casos en que las Leyes exijan que cada cónyuge deba actuar con el consentimiento de su consorte.» Y se dice, equivocadamente¹⁸⁵, recoger «(...) en este punto la diferencia teórica, hoy admitida con carácter general, entre el consentimiento, que versa sobre actos o negocios jurídicos de carácter común, y la licencia que, como complemento de capacidad, tiene por objeto los actos o derechos privativos. Si bien se suprimen las licencias, es respetado el actual régimen de los consentimientos. Se aclara, eso sí –porque en la actualidad constituye una laguna legal que la desaparición del actual artículo 62 podría hacer aún más grave–, que en aquellos casos en que se requiera el consentimiento de ambos cónyuges para un acto o negocio jurídico y falte o no haya certeza suficiente de su manifestación por uno de ellos, el acto, si no tiene lugar la confirmación, podrá ser anulado. De esta regla quedan excluidos los actos y contratos que responden a las necesidades ordinarias de la familia, para los cuales ambos cónyuges han de estimarse plenamente legitimados como medio indispensable de atender a sus obligaciones».

b) En el ámbito *contractual*, finalmente, desapareció la incapacidad de la mujer para prestar el consentimiento (art. 1263 CC) y todos aquellos preceptos en los que se limitaba su poder de actuación.

c) En lo que se refiere al *régimen de bienes*, como se ha comentado, la equiparación se tradujo en la administración y disposición de las masas patrimoniales que se individualizan en el régimen de bienes de la sociedad de gananciales.

La eliminación de la licencia marital produjo que la administración de los bienes parafernales por la mujer perdiera el carácter de

¹⁸³ Se añadía un párrafo final al artículo 1301 CC: «Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

¹⁸⁴ Apartado III.

¹⁸⁵ La crítica es de LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia* II, pp. 346 y 347, que dice que no le parece que se pueda distinguir como hace el autor de la Exposición, que no es correcto hablar de consentimiento porque es un acto de asentimiento (unilateral), que el precepto no aclara nada y, en general no se entiende bien.

excepción para convertirse en la regla, de modo que en los casos de duda la interpretación, siempre habría de ser a favor de la mujer¹⁸⁶. El marido, en ningún caso, podía ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales, para lo que necesitaba poder expreso (art. 1383 CC), aunque la mujer podía conferirle la administración de manera expresa, en cuyo caso aquella se regía por las reglas del contrato del mandato (art. 1389 y 1390 CC)¹⁸⁷. La disposición de los bienes parafernales, asimismo, corresponde en exclusiva a la mujer (art. 1387 CC). Del mismo modo se reconoce la capacidad de la mujer para comparecer en juicio y litigar sobre los bienes parafernales (art. 1388 CC). En lo que afecta a los bienes que componen la dote inestimada (de los que la mujer mantiene la propiedad), ésta, con el consentimiento del marido, podía enajenarlos, gravarlos e hipotecarlos, en cuyo caso «Si los enajenare, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca, del propio modo y con iguales condiciones que respecto a los bienes de la dote estimada» (art. 1361 CC).

Finalmente, una de las novedades más relevantes fue la admisión de que la mujer, en determinados casos previstos legalmente, pudiera ser la administradora de los bienes gananciales. Por ministerio de la ley la mujer devenía administradora de los bienes gananciales cuando fuere la tutora del marido, se hubiere pedido la declaración de ausencia de éste mientras se acuerde la separación de bienes, y cuando el marido haya sido declarado prófugo por la autoridad militar o rebelde en causa criminal. Asimismo, «los Tribunales conferirán también la administración a la mujer si el marido hubiere abandonado a la familia o si, hallándose absolutamente impedido para la administración, no hubiera proveído sobre ella» (art. 1441 CC). También se le transfería la administración de su dote en el caso de ella fuere la tutora cuando se hubiere declarado pródigo al marido (art. 1443 CC).

En estos casos en los que se transfería la administración de los bienes a la mujer a ésta se le atribuían «las mismas facultades que al marido otorga el artículo 1413, y necesitará la autorización judicial prevista en el mismo para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles» (art. 1444 CC)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia* II, pp. 357 y ss.

¹⁸⁷ Artículo 1389 CC »El marido a quien hubieren sido entregados bienes parafernales está sometido, en el ejercicio de su administración, a las reglas establecidas en las capitulaciones matrimoniales y, en defecto de ellas, a las del mandato contenidas en este Código».

Artículo 1390 CC »La enajenación de los bienes parafernales de derecho a la mujer para exigir la constitución de hipoteca por el importe del precio, si lo hubiere entregado el marido».

¹⁸⁸ Artículo 1413 CC, en la redacción dada en 1958 (que no se modificó en 1975) decía: «El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el

No se variaron los criterios generales de la administración única de parte del marido de los bienes gananciales. En general, como se lleva dicho, fue un cierto avance porque aún no existía igualdad de poderes entre marido y mujer en lo relativo a los bienes; cualquier modificación de este principio, en dicha época y pese a los nuevos aires, se valoraba, de acuerdo con los principios que aun imperaban, como un peligro para la estabilidad de la familia.

Las disposiciones del *Código de Comercio que se reformaron por la Ley de 1975*, incidieron en los requisitos exigidos para el ejercicio del comercio y, por supuesto en la autorización marital que se exigía.

La capacidad para el ejercicio del comercio se redujo a la mayoría de edad, establecida en dicho momento en 21 años¹⁸⁹, y a tener la libre disposición de los bienes (art. 4 CCom); se eliminó cualquier referencia a la licencia marital.

Conforme al criterio de que la capacidad de los cónyuges no quedaba afectada por el matrimonio, la nueva normativa aclaró, como se había interpretado por la doctrina, que las particularidades incidían en los bienes que podían quedar sujetos a la responsabilidad derivada del desarrollo del comercio: «En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges» (art. 6 CCom). Consentimiento que se presume cuando se ejerce el comercio «con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo» (art. 7 CCom), también «cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro» (art. 8 CCom). Por supuesto, y en consecuencia, «El consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso» (art. 9 CCom). En todo caso, todos los consentimientos pueden ser

consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes no comprendidos en el párrafo anterior que entrañen grave riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados».

¹⁸⁹ La edad de 18 años como mayoría se instauró a partir del Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre (art. 3), para facilitar y ampliar la participación ciudadana en la aprobación de la Constitución. Aunque existía una amplia aceptación social en rebajar la edad de la mayoría. *Vid.*, sobre ésta lo que señalé en *op. cit.*, *La nueva normativa*, p. 169.

revocados libremente por el cónyuge del comerciante en cualquier momento pero no perjudicarán a los derechos adquiridos con anterioridad (arts. 10 y 11 CCom)¹⁹⁰.

En el *derecho catalán*, las modificaciones introducidas por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, no tuvieron trascendencia porque regían las normas propias en las que no se exigía licencia marital alguna a la mujer, desde siempre y con mayor razón desde la promulgación de la Compilación de Derecho civil especial en 1960.

5.3.4 El título preliminar del Código civil

La reforma del título preliminar del Código Civil por el *Decreto 1836/1974, de 31 de mayo* introdujo una variación importante en lo referente a la aplicación de las reglas del mismo relativas a la mujer casada, en los demás ordenamientos civiles (los derechos forales).

En efecto, en el artículo 13.1 CC¹⁹¹, aún vigente hoy, se indicaba que las disposiciones del Título IV del Libro I (de las personas) tendrán aplicación general y directa en toda España «con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial».

De ahí se seguía que la interpretación correcta, en la materia que nos ocupa es que las reglas que se refieren a la capacidad de la mujer casada por la trascendencia que tienen en la organización económica familiar, han de ser las que se contienen en las normas del régimen de bienes y no las generales de la capacidad (las que están en el Libro I del Código civil), que no se aplican a aquellos territorios con derecho propio. Así señalaba Lacruz Berdejo¹⁹² que «(...) por su parte el redactor de los nuevos artículos 59 y siguientes no pensó en modificar el régimen propio de Cataluña, Baleares o Navarra (o, en Aragón, el art. 137 Comp.)».

Dicho de otra forma, desde la modificación introducida por esta ley de reforma del título preliminar del Código civil, resulta claro que los únicos efectos del matrimonio de carácter general son los que afectan a la esfera puramente personal pues los patrimoniales, incluidos entre ellos los relativos a la capacidad de la mujer, dependen de cada derecho, allí donde exista. De alguna manera la vieja reivindicación catalana de la inaplicabilidad de la licencia marital

¹⁹⁰ Artículo 10 CCom: «El cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los artículos anteriores».

Artículo 11 CCom: «Los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los artículos 7, 9 y 10 habrán de constar, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Los de revocación no podrán, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad».

¹⁹¹ Que sustituía, por su contenido, al originario artículo 12 CC.

¹⁹² LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia* II, p. 347.

se hizo efectiva, una pírrica victoria conseguida cuando ésta ya había desaparecido.

5.3.5 De Castro versus Lacruz Berdejo

De hecho, durante este período temporal en el que se sucedieron las modificaciones del Código civil comentadas, se suscitó una ardua discusión entre dos de los ilustres civilistas que más han influido en la redacción y modificación de la doctrina y las normas sobre el derecho de la persona y el derecho económico familiar: don Federico De Castro y Bravo y don José Luis Lacruz Berdejo.

En opinión de De Castro (1955), quien consideraba, frente a otros autores, que la mujer casada gozaba de capacidad, «(...) las restricciones que impone a la mujer casada el Código, con esa apariencia de generalidad que ha extraviado a la doctrina, hasta hacerle hablar de su incapacidad a la manera que estableció el Código de Napoleón, se refieren sólo al régimen de gananciales. A su lado se conservan limitaciones concretas, con carácter general, residuos del carácter imperativo que tuviera en el Derecho castellano el régimen de gananciales, y de envejecidos preceptos del Derecho romano»¹⁹³, de donde, indica, no deriva una propia incapacidad de la mujer casada.

Tesis que, después, con amplia argumentación, desarrolló De La Cámara¹⁹⁴ para el que, en síntesis, la exigencia de licencia marital sólo se refería a la sociedad de gananciales y a cualquier otro régimen comunitario, pero no al régimen de separación de separación absoluta. En definitiva, en base a un entendimiento determinado de los precedentes históricos, ambos autores vinculaban las restricciones o limitaciones de capacidad de la mujer al régimen de bienes de gananciales del matrimonio.

Frente a esta teoría el profesor Lacruz Berdejo (hacia mediados de los años sesenta) disintió con amplia argumentación, del criterio que había mantenido De Castro. En palabras del jurista aragonés, por «(...) la historia de los artículos 59 y siguientes, que nos da la clave de su interpretación: al menos, si se entiende que los textos legales son, primariamente, manifestación de la voluntad del legislador»¹⁹⁵. En síntesis, pasaba revista a la razón que podría justificar la diferencia de exigencia o no, de licencia, en el régimen comunitario o en el

¹⁹³ DE CASTRO, *op. cit.*, *Derecho civil*, Tomo II, p. 263. Las restricciones concretas a las que se refería eran la incapacidad para comparecer en juicio (art. 61 CC), para aceptar o repudiar la herencia por sí sola (art. 995 CC), pedir la partición de la herencia (art. 1053 CC), ser albacea (art. 893 CC), aceptar el contrato de mandato (art. 1716 CC).

¹⁹⁴ DE LA CÁMARA, *op. cit.*, «Reflexiones en torno» pp. 95 y ss.

¹⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, pp. 117 y 118, nota 1.

de separación del Código civil, para concluir que aunque debería modificarse la redacción del mismo, los preceptos eran generales y se aplicaban a cualquier régimen de bienes, lo que se seguía, fundamentalmente, de la colocación sistemática de los mismos. Y frente a la posible contradicción que pudiera darse entre estos dos datos: de una parte la consideración del marido como representante de la mujer y de otra, el que éste tuviera que otorgar licencia a la mujer, argüía el ilustre profesor, que sólo era una contradicción aparente «(...) porque el marido no es un representante legal de la esposa (y el) verdadero sistema del Cc es el del artículo 61, de licencia para muchos de los actos de la mujer /que/ presupone, por su propia naturaleza, la condición de persona capaz en el sometido (...)»¹⁹⁶.

A lo que concluía su discípulo Delgado Echeverría¹⁹⁷ que pese a ser cierto que quien redactó los preceptos del Código civil de 1889 tenía en mente, dado que lo que se codificaba era el derecho castellano, el régimen de bienes de gananciales para el que estaba previsto el sistema de la licencia marital, sin embargo cuando se redactó no hizo excepción alguna para los demás regímenes de bienes. A lo que agrega que, a su parecer, algo similar sucedió en la Compilación catalana donde se prescindió de la licencia «teniendo *in mente* el régimen de separación, pero es dudoso que se haya hecho depender lo uno de lo otro».

En definitiva, antes de la Constitución de 1978, existía un descontento prácticamente unánime en la doctrina, sobre la manera que se regulaba la posición de la mujer casada que no se avenía ni a la tradición histórica ni, por descontado, a la realidad social y a las necesidades del momento.

6. DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 A LA ACTUALIDAD

6.1 LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD FORMAL

6.1.1 Instrumentos internacionales

A finales de los años 70 la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa comienzan a trabajar en la lucha por la igualdad formal y material del hombre y la mujer, dentro y fuera del matrimonio.

¹⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, *Derecho de familia*, I, p. 119.

¹⁹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, *El régimen matrimonial*, pp. 62 y 63.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1979, firmada por España el 17 de julio de 1980 y ratificada el 1983, en su artículo 1.º define el concepto de «discriminación contra la mujer» como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado mermar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, con independencia de su estado civil, en base a la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera». Por su parte, el artículo 16 dispone que «Los estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. En particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: *a)* el mismo derecho a contraer matrimonio; *b)* el mismo derecho para escoger libremente cónyuge, solamente de acuerdo con su libre albedrío y pleno consentimiento; *c)* los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; *d)* los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil en materias relacionadas con los hijos. En todos los casos, los intereses de los hijos serán la condición primordial; *e)* los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que los permitan ejercer estos derechos; *f)* los mismos derechos y responsabilidades respecto la tutela, curatela, custodia y adopción de hijos o instituciones análogas cuando estos conceptos existan en la legislación nacional. En todo caso, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; *g)* los mismos derechos personales como marido y esposa, entre ellos al derecho a escoger los apellidos, profesión y ocupación; *h)* los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial».

En el mismo sentido se había pronunciado ya el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Resolución 78/37, de 23 de septiembre de 1978. La Resolución recomienda a los gobiernos de los Estados miembros promover la igualdad de los cónyuges en Derecho civil actuando en la línea de: *a)* tomar todas las medidas

necesarias para que el derecho civil no contenga disposiciones que otorguen a uno de los cónyuges una supremacía sobre el otro, especialmente designándolo como jefe de familia o reconociéndole a él solamente el poder de tomar decisiones que conciernan al otro cónyuge o lo representen; y *b*) asegurar a los cónyuges derechos iguales cuando el derecho civil prevé disposiciones para resolver cuestiones en caso de falta de acuerdo entre ellos. Y concreta a continuación medidas específicas que hay que adoptar en las relaciones personales entre los cónyuges, en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y en las relaciones entre los cónyuges y los hijos comunes.

6.1.2 La Constitución española de 1978

En el derecho interno, la proclamación por la Constitución Española de 1978 supone un punto de inflexión en el tratamiento de los derechos fundamentales de libertad e igualdad de las personas pues comporta la prohibición de cualquier tipo de restricción de los mismos. Como regla general, el artículo 14 CE establece que «los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Igualdad jurídica que se debe hacer efectiva en la propia relación matrimonial y familiar. También la igualdad de los cónyuges (art. 32 CE) y de los hijos (art. 39.2 CE) se contemplan desde la perspectiva de la libertad inherente a la persona.

La Constitución española proclama asimismo el derecho a la libertad religiosa y el principio de la aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE) que habrá de regir la regulación del matrimonio basada hasta entonces en una determinada ideología político-religiosa canónica.

A partir de la Constitución se suceden una serie de reformas que tienen como principal objetivo adaptar el ordenamiento jurídico privado vigente a los mandatos constitucionales y, en lo que aquí interesa, equiparar los derechos del hombre y de la mujer en el ámbito patrimonial, personal y familiar, especialmente los derechos de la mujer casada y/o con hijos.

6.1.3 La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico

del matrimonio, supone una primera adaptación del Código Civil a los principios de la Constitución y a las normas y pactos internacionales en materia de no discriminación por razón de sexo: equipara en derechos de todo orden a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales; admite la investigación de la paternidad; otorga la patria potestad a ambos progenitores por igual; y la gestión de la comunidad de bienes a ambos consortes. Así se avanza en la aplicación del principio de igualdad entre los cónyuges, eliminando algunas diferencias que persistían en las relaciones personales y confiriendo a cada uno en el aspecto patrimonial iguales facultades, derechos y obligaciones:

1. En materia de filiación, la Ley 11/1981 comporta un cambio radical respecto la regulación anterior que distinguía diferentes clases de hijos con distintos estatutos jurídicos en función de la situación de los padres: los hijos legítimos gozaban de *status familiariae*; los hijos naturales gozaban solamente de un *status filii* respecto del progenitor cuya paternidad/maternidad estaba determinada; y los hijos ilegítimos no naturales no gozaban ni de uno ni de otro, de modo que no podían reclamar el reconocimiento ni la declaración judicial de su filiación y sólo se les reconocía el derecho a los auxilios necesarios para su subsistencia del progenitor conocido.

Con la reforma se consigue «equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no el uno casarse con el otro» (frase de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley que desapareció en la Ley definitiva). La equiparación alcanza a todos los hijos extramatrimoniales y desaparece la diferencia de tratamiento entre los hijos naturales y los ilegítimos no naturales. La distinción entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial se mantiene exclusivamente en orden a la determinación de la filiación (art. 108 a 125 CC)¹⁹⁸.

También se avanza en la búsqueda de la verdad biológica y la coincidencia de ésta con la relación jurídica de filiación mediante una regulación más cuidada de las acciones de filiación (arts. 127 a 141 CC) que dispone de normas generales y distingue entre las acciones de reclamación e impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial; el establecimiento del régimen de impugnación de la paternidad matrimonial; la posibilidad de la investigación de

¹⁹⁸ El nuevo artículo 108 CC dispone: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

cualquier paternidad o maternidad; y la admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, en los pleitos sobre filiación.

2. En materia de patria potestad la Ley 11/1981 dispone también una nueva regulación con la que se pretende acentuar el carácter de función, que ya ostentaba esta institución en el Código. En este sentido la Exposición de motivos del Proyecto de Ley explica que «en el Código civil, si bien se advierten residuos del planteamiento romano, como el usufructo paterno, en conjunto la patria potestad se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo y, por tanto, que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes».

Hasta aquel momento, el padre tenía atribuido tanto el usufructo de los bienes del menor y la representación de su persona, como la gestión de su patrimonio y la decisión sobre sus destinos, así como, en contrapartida, la obligación de alimentarlo. La madre quedaba en condición de suplente para el desarrollo de los destinos o la prestación de sostén.

La reforma de 1981 tiene tres objetivos: estructurar la patria potestad como una función dual del padre y de la madre; establecer el principio general básico del respeto a la personalidad del hijo; y potenciar la intervención y vigilancia de la autoridad judicial en el ejercicio de la patria potestad, en consideración del interés del hijo¹⁹⁹.

Con la modificación introducida el padre y la madre tienen iguales derechos, oportunidades y obligaciones. La potestad se atribuye al padre y a la madre y el ejercicio debe ser conjunto (arts. 154 a 171 CC). Se trata de igualar a los progenitores no sólo en atributos sino también en obligaciones, de forma que el hombre no tenga ninguna ventaja a la hora de eximirse de sus responsabilidades frente a sus hijos.

3. En materia de régimen económico matrimonial, a partir de la reforma de 1981 desaparecen la dote como institución legal y los bienes parafernales, de modo que todos los bienes de la mujer son de una sola clase, y cada cónyuge regirá sus bienes y actividades económicas sin más limitaciones que la preceptiva contribución a las cargas familiares o las derivadas del hecho de que los bienes sean comunes o de la eventual obligación de rendir cuentas de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. En la economía conyugal, y particularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos cónyuges tendrá atribuidas por ley o por pacto facultades o privilegios limitativos de los derechos que le correspondan.

¹⁹⁹ Vid. RAMS ALBESA, *op. cit.*, *Elementos de Derecho Civil IV*, p. 572.

Cabe señalar que es esta Ley 11/1981 la que introdujo el derecho de compensación de uno de los cónyuges por el trabajo realizado para el hogar en el supuesto de extinción del régimen de separación, al que nos referiremos más adelante.

6.1.4 La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

Expresamente menciona la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que esta Ley toma como referencia «El expreso reconocimiento constitucional de la igualdad, como presupuesto de la seguridad jurídica y la justicia, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos».

La Ley 30/1981, de 7 de julio, modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, con el objeto de promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos.

Como se ha visto, hasta la reforma de 1981, con el paréntesis de 1932 a 1938, la única causa de disolución del matrimonio era la muerte de uno de los cónyuges. La Ley 30/1981 introdujo el divorcio como causa de disolución del matrimonio.

En esta reforma, el legislador se apartó del sistema del divorcio-sanción, entendido como aquel que constituye una sanción en consideración de determinados hechos cometidos por uno de los cónyuges, cuya imposición queda al arbitrio del cónyuge que no los ha cometido mediante el ejercicio de la acción de divorcio, y que comporta en el procedimiento un juicio sobre la culpabilidad y la inocencia de los cónyuges. Por el contrario, optó por establecer un sistema de divorcio-remedio que se fundamenta en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla, y que sienta como hecho determinante del divorcio o presupuesto del mismo la situación de separación que haya perdurado durante un tiempo razonable (el cese de la convivencia conyugal).

Paralelamente atribuye efectos a dos tipos de separación: *a*) la separación legal o judicial, que es la fundada en la concurrencia de los presupuestos prevenidos en la ley y acordada en virtud de una decisión judicial, y *b*) la separación de hecho, que es una situación puramente fáctica de cese de la convivencia matrimonial. En todo caso, la separación se configura como una situación de crisis matrimonial específica caracterizada por no disolver el vínculo matrimonial.

La modificación de 1981 también adaptó la regulación del matrimonio al principio constitucional de aconfesionalidad del Estado. Antes de la reforma de 1981, nuestro ordenamiento admitía dos tipos de matrimonio, el civil y el canónico²⁰⁰. El primero se regulaba en todos sus aspectos por el derecho del Estado y estaba sometido a sus tribunales, y el canónico por el derecho de la Iglesia católica y sujeto a los tribunales eclesiásticos, de modo que en los matrimonios canónicos decidía la Iglesia y el Estado concedía a estas decisiones la misma eficacia civil que si lo hubiera resuelto él²⁰¹. La Ley 30/1981 dispone la existencia un único tipo de matrimonio disciplinado por la ley civil (art. 60 CC), aunque admite diversas formas de contraerlo: la civil y la religiosa, que es la «forma prevista por una confesión religiosa inscrita (en el Registro que al efecto se lleva en el Ministerio de Justicia)» (art. 59 CC). En este sentido establece que la separación se decretará «cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio (art. 81 CC) y el divorcio es causa de disolución del matrimonio, «sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración» (art. 85 CC).

6.1.5 La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, retoma la cuestión y reconoce que, pese a las reformas substanciales del Código Civil que

²⁰⁰ El antiguo artículo 42 CC decía: «La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil».

²⁰¹ El antiguo artículo 76.1 CC disponía: «El matrimonio celebrado según las normas del derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles», y el artículo 80 CC: «El conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos...corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil a tenor del artículo 82». Por su parte el artículo 82 CC establecía: «La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica...La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica...o, a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio».

habían introducido las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981 de 7 de julio, en materia de patria potestad, filiación y relaciones conyugales, adaptando sus preceptos, entre otros, al principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 32 del Texto Constitucional «el Código Civil seguía acogiendo mandatos el contenido de los que era contrario a la plena efectividad del principio de igualdad, subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas se atiende a criterios que implican una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo». Y pretende «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad».

Las principales modificaciones que introduce esta norma, aunque de forma indirecta inciden en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o madre, afectan fundamentalmente a las normas de derecho internacional privado relativas a la determinación de la ley aplicable al matrimonio, a la adopción y a la sucesión por causa de muerte (art. 9 CC); a la determinación de la vecindad civil (art. 14 CC) y a la solución en caso de conflicto de leyes (art. 16 CC). Se abandona el criterio de la «unidad familiar» en la vecindad civil, según el cual la mujer que contare matrimonio con varón de otra vecindad y los hijos bajo potestad siguen la vecindad civil del cabeza de familia, de modo que el matrimonio ya no alterará la vecindad, y la posición de preferencia de la que hasta entonces gozaba la ley nacional del marido para regir los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC) o de la adopción conjunta (art. 9.5 CC), cuando faltaba la ley nacional común de los cónyuges²⁰².

6.1.6 La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, de nombres y apellidos y orden de los mismos

Esta norma modificó el Código Civil, a la luz del principio de igualdad reconocido en la Constitución Española, en materia de orden de inscripción de apellidos. Hasta entonces regía la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de éstos era el paterno y materno, reconociendo la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que hubiera alcanzado la mayoría de edad. La Ley 40/1999 permite que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apelli-

²⁰² De acuerdo con la versión derogada del artículo 9.2 CC: «Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última Ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la Ley nacional del marido al tiempo de la celebración.»

dos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo (art. 109 CC).

6.1.7 La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Explica la Exposición de motivos de la Ley 13/2005 que «la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta».

Sobre estas bases la Ley 13/2005 permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición, de forma que los efectos del matrimonio sean únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes, así, entre otros, los relativos a los derechos y prestaciones sociales y la posibilidad ser parte en procedimientos de adopción²⁰³. La ley también procede a adaptar terminológicamente todos los artículos del Código Civil que se refieren al matrimonio o contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes.

6.1.8 La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

La Ley 15/2005 pretende ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial: «se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la

²⁰³ La Ley 13/2005 añade un segundo párrafo al artículo 44 CC, de modo que este precepto queda redactado como sigue: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.»

voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación» (Exposición de motivos de la ley).

Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga la solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Se acaba así con la situación que se producía con anterioridad a esta reforma de dobles procedimientos –primero el de separación y después el de divorcio– con un importante ahorro de costes económicos y personales para las partes, aunque se mantiene la separación judicial como una figura autónoma al divorcio por la que pueden optar los cónyuges que decidan no disolver su matrimonio.

6.1.9 La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Esta ley aborda la consecución de la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. En su preámbulo, reconoce que «el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, en palabras escritas por John Stuart. Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos» y acomete la prevención de esas

conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

6.1.10 Las reformas más significativas del ordenamiento jurídico catalán que inciden en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o madre

La *Ley 13/1984, de 20 de marzo*, establece una serie de modificaciones en el texto de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960 para adaptarla a los principios constitucionales, suprimiendo las discriminaciones hasta entonces existentes en el texto de la Compilación por razón de sexo, nacimiento o estado civil. De una parte, se modifican los artículos 20 a 22 CDC que prohibían las donaciones entre cónyuges, se sienta el principio general de que dichas donaciones son válidas y se establecen las causas de revocación por supervivencia o supervinencia de hijos y nulidad del matrimonio, y se elimina la presunción Muciana que se sustituye por la presunción de donación entre los cónyuges, en caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges de los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de la retroacción, salvo que el segundo, al adquirir los bienes o antes dispusiera de recursos suficientes para adquirirlos (art. 23 CDC). De otra parte, desaparece definitivamente la prohibición de la mujer de otorgar fianza a favor de tercero, salvo que cobrara por ello, fuere mujer comerciante o llegara a ser deudora principal de la obligación y cuando fuere casada la prohibición de otorgar fianza o intercesión a favor de su marido, que todavía recogían los artículos 321 y 322 CDC.

En sucesivas reformas legislativas, el legislador catalán introdujo algunas medidas dirigidas a paliar los efectos perniciosos que el régimen económico legal supletorio catalán de separación de bienes ocasionaba, especialmente en la posición económica de la mujer, en el momento de su liquidación por disolución del matrimonio, tanto por causa de muerte como por ruptura de la relación. Y es que el régimen supletorio legal de separación de bienes, con la desaparición de la dote, se había transformado en la práctica en un régimen de separación absoluta, y esto acrecentaba la posición de desventaja de la mujer si se tiene en cuenta que, en el régimen catalán, no es legitimaria y tampoco ocupaba una buena posición (entonces) en el orden sucesorio intestado; con lo que si no había testamento la mujer patrimonialmente podía quedar en muy mala situación. Desde luego, el cónyuge beneficiario de estas medidas también puede ser el marido, pero la razón última de su

previsión es la protección de la mujer, que era la que en estos tiempos quedaba, con más frecuencia, en mayor medida desprotegida. Así:

La Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, mejora la posición del cónyuge viudo, de un lado, en la sucesión intestada, pues en concurrencia con descendientes se le otorga en todo caso el usufructo universal de la herencia; y de otro, con el reconocimiento al derecho a la cuarta viudal, que es el derecho de hasta una cuarta parte de la herencia cuando el cónyuge supérstite la necesita para su sustentación. Estos derechos del cónyuge supérstite se mantienen sin cambios en el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, donde, además, mejora la posición del cónyuge en la intestada (tanto para marido como para la mujer).

También la *Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges*, introduce una medida correctora de la liquidación del régimen de separación de bienes, en este caso, por ruptura en vida de la relación: se trata de una norma liquidadora que regula la compensación económica por razón del trabajo prestado en el hogar o al otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente. Con ella se procura una solución equitativa a la situación económica de las mujeres que habían dedicado años de su vida al trabajo en el hogar y al cuidado de los hijos y no disponían de patrimonio propio en el momento de la separación o el divorcio. Literalmente, explica la Exposición de Motivos que prevé «la posibilidad de que el cónyuge que se ha dedicado al hogar o ha trabajado desinteresadamente para el otro pueda obtener una compensación, en determinadas situaciones».

El *Código de Familia de Cataluña, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio*, mantiene como supletorio legal el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que dice literalmente «ha funcionado pacíficamente en Cataluña durante muchos años, incluso después de caer en desuso el sistema dotal, y se compagina perfectamente con la progresiva incorporación de la mujer en el mundo del trabajo». Conserva como factor correctivo, la posibilidad (introducida por la Ley de 1993) de que el cónyuge que ha trabajado desinteresadamente para el hogar o para el otro cónyuge pueda obtener una compensación económica en las situaciones de crisis matrimonial, como medida de protección de la parte más débil. Y por primera vez, la ley catalana se ocupa de regular los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial.

El título III del libro II del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, mantiene la sistemática del Código de Familia, al que deroga, aunque incorporando otros modelos familiares como la pareja estable y las familias monoparentales y las familias reconstituidas, e introduce algunas novedades que inciden directamente en el ámbito patrimonial de la mujer casada y/o con hijos, a las que nos referimos más adelante. Son muy significativas especialmente las relativas a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, la compensación económica por el trabajo realizado en el hogar y las medidas relativas a la custodia de los hijos y a la atribución y distribución del uso del domicilio familiar tras las crisis de convivencia.

6.2 LA MUJER COMERCIANTE

El Código de Comercio ha sufrido una única reforma desde su entrada en vigor en 1886 en relación al tema que nos ocupa. Es la que introduce la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código Civil y del Código en Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que es anterior a la Constitución Española.

En la actuación de la mujer casada en la esfera mercantil, el Código de Comercio recogía la limitación general de la capacidad jurídica de la mujer casada que establecía también el Código Civil. La ley 14/1975 viene a modificar ambos códigos eliminando dicha limitación. En la nueva ordenación relativa al ejercicio del comercio por la mujer casada –o, dicho en términos recíprocos, por cualquiera de los cónyuges– ha de reputarse como norma básica la del artículo 12, según el cual todo lo dispuesto en los artículos que le preceden se estima sin perjuicio de lo pactado en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil. A falta de previsión o de acuerdo, es decir, cuando no se llegue a una solución convencional hecha pública por el Registro, y como régimen legal supletorio, se ha establecido el que reflejan los artículos 4 al 11, guiados todos del propósito de facilitar el ejercicio del comercio por cualquiera de los cónyuges, eliminando también aquí el rigor de la vieja regla de la autoridad marital.

En otro orden de ideas, pero en el mismo, dentro del análisis de la situación de la mujer comerciante merece la pena insistir en la cuestión de la transformación de la presunción muciana:

El artículo 23 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960 recogía la llamada presunción muciana por la que se pre-

sumía que los bienes adquiridos por la mujer procedían de la donación del marido y si ésta demostraba que había adquirido a título oneroso se presumía que el dinero para adquirir el bien era del marido. La Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, modificó el concepto de dicha presunción que tal y como estaba configurada era discriminatoria y contraria al principio de igualdad de los cónyuges, y la transformó en lo que se ha dado en llamar la presunción muciana concursal.

La última versión de la misma se recoge en el actual artículo 231-12 (presunción de donación) CCCat según el cual: «1. En caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración se sujetan al régimen siguiente: *a)* Si la contraprestación para adquirirlos procedía del cónyuge concursado, se presume la donación. *b)* En aquella parte en que no se pueda acreditar la procedencia de la contraprestación se presume la donación de la mitad. 2. La presunción del apartado 1.b se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para hacerla. 3. Las presunciones que establece este artículo no rigen si los cónyuges estaban separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición».

En el ordenamiento estatal, la Ley 11/1981, de 13 de mayo introdujo una regla similar en el artículo 1442 del Código Civil español que, en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes, dice: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho».

Por su parte, el artículo 78 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, establece que: «1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso. 2. Las presunciones a que se refiere este

artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. 3. Los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. El cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno. 4. Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.»

6.4 IGUALDAD FORMAL Y DESIGUALDAD MATERIAL

Las leyes vigentes en los diversos sistemas jurídicos coexistentes en España parecen haber alcanzado la igualdad formal entre hombres y mujeres también en lo que se refiere a la creación, gestión y disposición patrimonial. Sin embargo, el análisis desde una perspectiva de género del resultado de la aplicación de sus normativas pone en evidencia que todavía existen escollos legales que perjudican gravemente la situación patrimonial de la mujer a favor de la del hombre, e incluso (y lo que es aún más grave) que hay situaciones de este tipo de nueva generación, esto es que han sobrevenido tras las más modernas reformas legislativas y la más novedosa doctrina jurisprudencial. Especialmente afectan al patrimonio personal de las mujeres casadas y/o con hijos, y en mayor medida después de que acontezca una crisis de convivencia de una relación matrimonial o no matrimonial. En este sentido, adelantamos ya que es urgente adoptar medidas de discriminación positiva, y llevar a cabo reformas legales, que adecúen la legislación vigente al derecho fundamental de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

En las páginas que siguen expondremos, sin ánimo de exhaustividad, concretas situaciones en las que la aplicación de las normas vigentes comporta efectos discriminatorios para la mujer que inciden negativamente en su situación patrimonial. Igualmente se

apuntará cómo algunas de las más novedosas doctrinas jurisprudenciales en materia de daños morales en el derecho de familia atentan contra el derecho de igualdad de la mujer y afectan negativamente de forma directa a su situación patrimonial.

6.3.1 Pactos en previsión de una ruptura matrimonial

El artículo 231-20 CCCat²⁰⁴ regula, por primera vez en nuestro ordenamiento –hasta el momento ninguna norma autonómica o estatal se había ocupado de esta cuestión– los pactos en previsión de una ruptura matrimonial²⁰⁵, si bien es cierto que tradicionalmente se han considerado válidos dentro de los límites establecidos por la ley y el orden público.

En primer lugar, hay que advertir que se dispone que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial puedan otorgarse en capitulaciones matrimoniales pero también en escritura pública distinta (art. 231-20.1 CCCat).

Aunque el principio general que rige en esta materia sigue siendo el de la libertad de pacto, el artículo 231-20.2 CCCat establece una norma, de carácter proteccionista dirigida a tratar de asegurar que los cónyuges entiendan bien el contenido de los pactos que están celebrando y sus posibles consecuencias. Así, establece que cuando los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se celebren en escritura pública, el notario tiene que informar por separado a cada uno de los otorgantes acerca del alcance de los cambios que pretenden introducir con los pactos respecto al régimen legal supletorio y les ha de advertir de su deber recíproco de proporcionarse información sobre su patrimonio, ingresos y expectativas económicas. De este modo se subraya la función que

²⁰⁴ El artículo 231-20 CCCat dispone: «1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en una escritura pública. En caso que sean antenuptiales solamente son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que hace referencia el apartado 1, ha de informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el ámbito de los cambios que se pretenden introducir con los pactos respecto al régimen legal supletorio y les ha de advertir de su deber recíproco de proporcionarse la información a que hace referencia el apartado 4. 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia. 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre que esta información fuera relevante con relación al contenido del pacto. 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si éste acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron no se podían razonablemente prever en el momento en que se otorgaron».

²⁰⁵ El artículo 234-5 CCCat hace una remisión expresa al artículo 231-20 CCCat para su aplicación a los pactos en previsión del cese de la convivencia de la pareja estable.

competente al Notario de explicar a las partes, en este caso por separado por mandato legal, las posibles consecuencias del contenido de los pactos que convienen en el documento público que otorgan ante él. En la misma línea –garantizar que se entienden y se quieren los efectos o consecuencias de los pactos– se exige también que los pactos de exclusión o limitación de los derechos precisen con claridad los derechos que se limitan o aquellos a los que se renuncia (art. 231-20.3 CCCat).

De esta forma se apuesta por la autonomía de la voluntad en relación a los efectos de la ruptura matrimonial, aunque tomando una serie de medidas o precauciones que tratan de asegurar que ésta se fundamenta en el suficiente conocimiento, que es el que garantiza su libertad.

Otra exigencia legal, con base en el principio de igualdad entre los cónyuges (art. 231-20.3 CCCat), es que los pactos que limitan o suponen la renuncia de derechos deben tener carácter recíproco. En esta sede conviene remarcar que, en líneas generales, parece evidente que el requisito de reciprocidad de los pactos de exclusión o limitación de derechos que establece el artículo 231-20.3 CCCat no aporta una garantía significativa ni consigue igualar los derechos de los cónyuges: de poco le sirve a una de las partes, la más débil económicamente y, por tanto, aquella a favor de la que pueden generarse derechos en el momento de la disolución, que la otra parte, aquella en favor de la cual con toda probabilidad no se generarán estos derechos, sino en todo caso obligaciones, acepte limitar o renunciarlos. Siendo así, parece que se puede sostener que, mientras sean las mujeres las que de forma mayoritaria resulten acreedoras de percepciones económicas en el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, el reconocimiento legal de la validez de la renuncia anticipada de estos derechos en los pactos en previsión de la ruptura futura, ha de valorarse, cuanto menos, como poco equitativo.

Además, la eficacia de estos pactos se sujeta a la presencia de determinadas circunstancias. Así:

a) De acuerdo con el artículo 231-20.4 CCCat, el cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, cuando esta información fuera relevante con relación al contenido del pacto. En verdad puede resultar muy complicado demostrar tales hechos a no ser que en la propia escritura en la que se otorgan los pactos los cónyuges reconozcan tener dicha información, por lo más previsible es que dicha declaración de conocimiento se incor-

pore como una fórmula de estilo en todas las escrituras de este tipo, salvando de este modo el requisito de eficacia de los pactos celebrados impuesto en esta norma; y

b) El artículo 231-20.5 CCCat establece que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial que en el momento en que se pretende su cumplimiento sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, no son eficaces si éste acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron. De este modo, vuelve a supeditarse la eficacia de estos pactos, ahora a la existencia de una determinada situación que puede plantearse en muchos casos, y en mayor medida cuando la ruptura matrimonial se produzca habiendo transcurrido mucho tiempo desde que se celebraron los pactos, pues evidentemente pueden haber sucedido muchos cambios, de índole muy diversa, no solamente en el ámbito patrimonial sino incluso en el familiar o personal que necesariamente eran imprevisibles en aquel tiempo. Entonces, los pactos no serán eficaces, de acuerdo con el literal de la ley.

Habrá que ver cuál será la aplicación práctica de esta limitación de la eficacia de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Cuanto más se limite la excepción de la efectividad de los pactos identificando la «imprevisibilidad» como posibilidad remota, más se perjudicará de forma sistemática los intereses de la parte económicamente más débil, que suele ser la mujer.

6.3.2 El valor del trabajo para el hogar y del trabajo para el otro cónyuge en los regímenes matrimoniales

El trabajo que uno de los cónyuges realiza para el hogar, el cuidado de los hijos u otros familiares que conviven con la pareja o dependen económica o asistencialmente del matrimonio, tiene en las relaciones económicas internas entre los cónyuges una distinta valoración en función de cuál sea el régimen económico matrimonial que regula un concreto matrimonio.

Es sabido que en los regímenes económico matrimoniales comunitarios, así, por ejemplo el régimen legal supletorio del Código Civil, el de sociedad de gananciales, que es el que rige la inmensa mayoría de los matrimonios en el ámbito de aplicación del Código Civil, el trabajo para el hogar –igual que el trabajo para el otro cónyuge– no se cuantifica ni compensa a la extinción del régimen, en otras palabras, no se paga, pero sí se valora, porque los cónyuges se reparten las ganancias obtenidas a lo largo de su vigencia, lo que significa que todo el trabajo, el realizado fuera del hogar

y el efectuado dentro, tiene el mismo valor o la misma consideración porque los beneficios obtenidos del trabajo fuera del hogar, incluso por uno solo de los cónyuges, se reparten con aquel que ha colaborado trabajando para el hogar y la crianza de los hijos: entre los dos hemos ganado 100, aunque yo he ganado 100 porque sólo yo he trabajado fuera del hogar y tú 0 porque solamente has trabajado en el hogar, así que nos corresponden 50 a cada uno. O, hemos ganado 100 entre los dos, yo 70 y tú 30 porque has dedicado más tiempo al cuidado del hogar, de modo que nos corresponden 50 a cada uno.

Lo mismo puede predicarse del régimen mixto de participación en las ganancias, que es un régimen voluntario que se aplica cuando los cónyuges lo han pactado en capitulaciones matrimoniales, en el que se genera un crédito de participación al momento de la liquidación a favor del cónyuge que ha obtenido menos ganancias constante el matrimonio: yo he ganado 100 trabajando fuera del hogar y tú 0 trabajando en casa, así que te corresponden 50. O yo he ganado 70 trabajando fuera y tú 30 porque has trabajado dentro y fuera, nos corresponden 50 a cada uno.

En el régimen de separación de bienes, en cambio, el trabajo para el hogar recibe un tratamiento *sui generis*: de una parte, por regla general, se reconoce como una forma de contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio (art. 1438 CC, 231-6 CCCat, art. 12 Ley valenciana 10/2007); y, en ocasiones, además, da derecho a una compensación económica a la extinción del régimen, de modo que debe pagarse el trabajo efectuado para el hogar, y ello porque no se produce una comunicación de patrimonios similar a la de los regímenes de comunidad: no se hacen comunes las ganancias mientras se generan, ni a la liquidación del régimen se origina ningún crédito de participación, y pertenecen en exclusiva a cada cónyuge las ganancias que obtenga de forma individual, que le aprovechan, en principio, de forma personal.

En esta línea, algunos de los ordenamientos jurídico-civiles coexistentes en el territorio español regulan el derecho a la compensación de quien ha trabajado para el hogar constante el matrimonio, cuando el régimen que rige las relaciones económicas es el de separación de bienes.

Así, el artículo 1438 CC²⁰⁶ regula el derecho a la compensación económica del cónyuge que ha trabajado para la casa, a la extin-

²⁰⁶ El artículo 1438 CC dispone: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

ción del régimen de separación. Cabe recordar aquí que en el ámbito de aplicación del Código Civil español, el régimen de separación de bienes es voluntario y solamente rige la economía de los matrimonios que lo pactan, lo que implica que no es el más habitual.

Con todo, recientemente, la STS de 21 de julio de 2011²⁰⁷, se ha referido expresamente a la no necesidad de la existencia de incremento patrimonial del cónyuge deudor como requisito de generación de la compensación económica. En este sentido declara que: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Además, el Tribunal Supremo entendió que la cuantía de la compensación podía determinarse «en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar».

También regulan esta compensación algunos ordenamientos autonómicos en los que la separación de bienes sí es el régimen económico matrimonial legal supletorio, así, los artículos 12 y ss. de la ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano; y los artículos 232-5 a 232-11 CCCat. Por el contrario, no se prevé la compensación económica por razón del trabajo prestado por el hogar en la Compilación del Derecho Civil Balear, a pesar de que también este cuerpo legal establece el régimen de separación de bienes como régimen económico matrimonial legal supletorio.

Es evidente que reconocer el derecho a la compensación económica por razón del trabajo prestado significa valorar en mayor medida el trabajo realizado para el hogar o el cuidado de los hijos u otros familiares que convivan con el matrimonio, pues no solamente vale como obligada contribución a los gastos familiares, sino que genera un derecho de crédito a favor de aquel que por su dedicación ha tenido menos posibilidades de incrementar su patrimonio y ha perdido oportunidades laborales. Compensación a cargo de aquel otro que ha podido dedicarse en mayor medida a

²⁰⁷ La STS de 21 de julio de 2011 ha sido comentada por Ariadna Aguilera Rull, «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2012.

trabajar en su profesión o industria y además se ha ahorrado pagar a alguien para que realizara una actividad que le correspondía (la mitad del trabajo realizado por su cónyuge). Y así, pareciera que no se trata de una cuestión de valoración subjetiva que pueda quedar en el ámbito de la política legislativa, sino de una cuestión objetiva que se circunscribe dentro de la teoría general del enriquecimiento injusto: uno de los cónyuges se ha enriquecido por el trabajo realizado por el otro, que se ha empobrecido. La actividad es el nexo causal, de modo que se dan los requisitos exigibles para la existencia de un enriquecimiento injusto, que se debe compensar.

Pues bien, en principio, aquí debe buscarse la justificación de la compensación económica por razón del trabajo en los ordenamientos que la regulan. En esta línea, la Ley valenciana 10/2007 reconoce el derecho a compensar los trabajos para la casa (y también la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional) al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los siguientes criterios: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario en tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos²⁰⁸.

²⁰⁸ Transcribimos a continuación los artículos 12 a 15 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano, que regulan la compensación económica por razón de trabajo:

Artículo 12. El trabajo para la casa y conceptos asimilados.

1. El trabajo para la casa será considerado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio.
2. La misma consideración tendrá la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio.
3. También se considerará trabajo para la casa la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Artículo 13. Criterios de valoración del trabajo para la casa.

1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.
2. La consideración de los servicios previstos en este artículo como colaboración para el levantamiento de las cargas del matrimonio determina la obligación de compensar-

En el CCCat, en cambio, la compensación económica por razón del trabajo adquiere una nueva dimensión poco congruente con esta justificación²⁰⁹. Nada que ver con la compensación del enriquecimiento injusto originado por la dedicación de uno de

los al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial, atendiendo a los criterios de valoración señalados en el apartado anterior.

Artículo 14. Excepciones a la compensación del trabajo para la casa.

1. Salvo pacto en contrario, la compensación a que se refiere el artículo anterior no tendrá lugar cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio.

2. No obstante, tal compensación será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge que pueda exigir aquella y que tengan causa jurídica diferente de la del derecho a obtener la compensación como la pensión compensatoria.

Artículo 15. Reglas para la compensación del trabajo doméstico y asimilados.

1. El pago de la compensación por el trabajo para el hogar se hará en la cuantía, forma, plazos y con las garantías, en su caso, que acuerden las partes, cumpliendo siempre lo establecido en el artículo 13.1 de la presente Ley. Todo ello sin perjuicio de lo que, a falta de acuerdo, decida el juez.

2. La prescripción de la acción para reclamar el pago de la compensación por trabajo doméstico se regirá por lo dispuesto en el Código Civil.

²⁰⁹ La compensación económica por razón del trabajo prestado se regula en los artículos 232-5 a 232-11 del Código Civil de Cataluña, que transcribimos a continuación:

Artículo 232-5. Compensación económica por razón de trabajo.

1. En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección.

2. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente.

3. Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges.

4. La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 232-6. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía.

5. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería.

Artículo 232-6. Reglas de cálculo.

1. Los incrementos de los patrimonios de los cónyuges se calculan de acuerdo con las siguientes reglas:

El patrimonio de cada uno de los cónyuges está integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones.

Debe añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes de que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las

los cónyuges al cuidado del hogar, en el régimen de separación de bienes. En su nueva configuración, la compensación económica por razón del trabajo prestado se significa como una medida dirigida a mitigar los efectos de la liquidación del régimen de separación de bienes —un factor corrector.

donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuados con la intención de perjudicar al otro cónyuge.

Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante el tiempo de convivencia.

2. Las atribuciones patrimoniales que el cónyuge deudor haya hecho al cónyuge acreedor durante la vigencia del régimen se imputan a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

Artículo 232-7. Pactos sobre la compensación.

En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón de trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20.

Artículo 232-8. Forma de pago de la compensación.

1. La compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, la autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes.

2. A petición del cónyuge deudor o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo del interés legal a contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor.

Artículo 232-9. Actos en perjuicio del derecho a la compensación.

1. Si en el patrimonio del cónyuge deudor no existen bienes suficientes para satisfacer la compensación económica por razón de trabajo, el acreedor puede solicitar la reducción o supresión de las donaciones y atribuciones particulares en pacto sucesorio hechas por aquel durante la vigencia del régimen, comenzando por la más reciente, siguiendo por la siguiente más reciente y así sucesivamente, por orden inverso de fecha. La reducción debe hacerse a prorrata si la fecha es la misma o es indeterminada. El acreedor también puede impugnar los actos a título oneroso realizados por el deudor en fraude de su derecho.

2. Las acciones a que se refiere el apartado 1 caducan a los cuatro años de la extinción del régimen y no son procedentes cuando los bienes estén en poder de terceras personas adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Artículo 232-10. Compatibilidad.

El derecho a la compensación económica por razón de trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar estos derechos y, si procede, para modificarlos.

Artículo 232-11. Ejercicio del derecho a la compensación.

1. En caso de nulidad del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón de trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen, y en el caso de resoluciones o decisiones eclesiásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la sentencia matrimonial puede pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él.

2. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón de trabajo prescribe a los tres años del fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento.

Con ella, tras la extinción del régimen, el cónyuge que ha trabajado para el hogar o para el otro cónyuge, que es económicamente más débil, puede resultar acreedor de una compensación económica que correrá a cargo del cónyuge económicamente más fuerte. Persigue, en definitiva, la comunicación de bienes entre las masas patrimoniales que, de otro modo, permanecerían inalteradas por la liquidación. En otras palabras, no va a compensar el trabajo prestado en el sentido de remunerarlo como se haría con el trabajo realizado por una tercera persona (a la valenciana), sino que toma la mayor dedicación de uno de los cónyuges al hogar o la actividad para el otro cónyuge como un mero presupuesto de su nacimiento o procedencia. Busca que el cónyuge que ha trabajado para el hogar o para su consorte sin retribución o con retribución insuficiente y ha obtenido menos ganancias pueda participar de las mayores ganancias obtenidas por su consorte y, siendo así, aproxima en gran medida, en lo que a la esencia se refiere, el régimen de separación de bienes al régimen de participación en las ganancias. Sin embargo, establece un límite a dicha participación que, como regla general, no puede superar la cuarta parte de la diferencia entre los aumentos patrimoniales de los cónyuges, y que solamente se excepcionará si se consigue demostrar que la contribución ha sido «notablemente superior». Un límite que, de un lado, no se explicaría como regla general en un régimen de comunidad y, de otro, no casa con un régimen de separación porque nunca podría aplicarse si el trabajo lo realizara un extraño.

Pues bien, si el trabajo para el hogar va a originar un derecho de compensación de un máximo de una cuarta parte de la diferencia de incrementos patrimoniales entre los cónyuges, lo cierto es que no «sale a cuenta», y ahora menos que nunca, trabajar para el hogar: yo he ganado 100 y tú 0 porque solamente has trabajado para el hogar, así que te corresponden 25. O, yo he ganado 70 y tú 30 porque has trabajado más para el hogar, así que te corresponden 10.

Claro que la solución pudiera parecer aún peor en el ordenamiento civil balear que, como se ha dicho, no reconoce el nacimiento de ningún derecho a la compensación del trabajo prestado para el hogar. Si bien, es cierto que con ello al menos no se desnaturaliza el régimen de separación de bienes (absoluta) que rige en las Islas y que, en todo caso, podrá ser modificado por pacto entre los cónyuges²¹⁰.

²¹⁰ También en Cataluña los cónyuges pueden pactar otras formas de liquidación del régimen de separación como por ejemplo la renuncia a la compensación, pero habrá que ver que dicen los tribunales acerca de hasta donde alcanza la validez de estos pactos, dado el especial régimen de eficacia que establece el artículo 231-20 CCCat en relación con los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que genera una gran inseguridad jurídica.

En nuestra opinión, la compensación económica por razón del trabajo en el régimen de separación de bienes debería estructurarse, en todo caso, como una indemnización por un enriquecimiento injusto, que es el que obtiene el cónyuge que no trabaja o trabaja menos en el hogar que el otro, que con esta dedicación también sufre además la correspondiente pérdida de oportunidades laborales. Así, la solución debería ser: da igual cuánto hemos ganado cada uno, si tú has dedicado más tiempo que yo (más del que te corresponde, que es la mitad) al trabajo para el hogar, yo debo pagarte esta dedicación de más que me he ahorrado. Por supuesto el cálculo de este valor no será una cuestión fácil, pero, en todo caso, debería indemnizar el enriquecimiento injusto producido considerando, en su caso, la pérdida de oportunidades laborales de quien se ha dedicado en mayor medida al hogar y a la crianza de los hijos, sin límites mínimos ni máximos y sin necesidad de que el cónyuge acreedor haya obtenido un mayor incremento patrimonial que el deudor (en la línea de lo que dispone el art. 13 de la Ley valenciana 10/2007). Para su reconocimiento solamente debería exigirse la presencia de los requisitos del enriquecimiento injusto que son; el enriquecimiento del acreedor, el empobrecimiento del deudor y el nexo causal, requisitos que, de otro lado, se encuentran normalmente en la base de todos los supuestos en que falta el equilibrio o la igualdad entre las contribuciones al trabajo para el hogar de los cónyuges.

6.3.3 El ejercicio de las responsabilidades parentales tras la crisis matrimonial

Es sabido que la «atribución de la custodia de los hijos tras la ruptura de la convivencia» ha pasado por diferentes etapas en las soluciones jurisprudenciales²¹¹. Así, en una primera etapa, se atribuía sistemáticamente a la madre, porque se entendía que era con ella con quien los menores estarían mejor atendidos, pero más tarde se comenzó a aceptar la aptitud de los padres para atender adecuadamente a sus hijos, hasta el punto de que con el tiempo se llegó a reconocer que *a priori* nada demuestra que la madre tenga mayores aptitudes que el padre para ello, constatación que obligó a abandonar el prejuicio de que la custodia a favor de la madre garantiza la atención al principio del interés superior del menor. Esta evolución, en parte, se vio forzada, por la circunstancia de que algunos padres, en las situaciones de rup-

²¹¹ Ver GARCIA RUBIO y OTERO CRESPO, *op. cit.*

tura, han exigido el respeto a su derecho de tener a sus hijos en su compañía.

Es evidente que si la práctica habitual constante la convivencia de la pareja fuera la de una auténtica colaboración en las labores de atender a los hijos, las medidas que se han tomado durante mucho tiempo, habrían sido muy injustas, ya que ninguno de los progenitores tiene un mejor derecho respecto a los hijos comunes. Sin embargo, en la realidad del día a día es patente que en muchos casos es la madre quien se hace cargo del cuidado y atención de los hijos de forma casi exclusiva, a pesar de convivir todos, progenitores e hijos comunes, en el mismo domicilio. Por este motivo, las decisiones jurisprudenciales que otorgan la guarda y custodia de los hijos a la madre, en estos casos, han sido bien aceptadas, prácticamente sin oposición, o sino pactadas en el convenio regulador.

Tampoco pueden perderse de vista las consecuencias económicas que lleva aparejada la atribución del uso de la vivienda familiar, porque de buen seguro que ello también ha propiciado que se cuestione la solución tradicional. Y es que la atribución de la guarda y custodia de los menores a uno de los progenitores comportaba la del uso de la vivienda familiar, de forma que el progenitor excluido, aunque fuera propietario único de la misma o copropietario, debía abandonarla y buscarse otra vivienda.

En todo caso, entendemos que considerar la custodia compartida como regla general en la solución de las crisis convivenciales puede representar un elemento fundamental para iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones más acorde con los derechos fundamentales de todas las personas implicadas y, al mismo tiempo, puede incidir en los comportamientos de ambos progenitores para con sus hijos constante la convivencia, es decir, antes de iniciarse la crisis de la pareja, fomentando la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsable.

El artículo 92 CC español, tras la modificación introducida por la Ley 15/2005 establece que: «1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe *favorable* del Ministerio Fiscal²¹², podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.»

Los tribunales vienen sujetando la atribución de la custodia compartida, a la presencia en el caso concreto que se decide, de una serie de requisitos.

a) Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores,

²¹² El requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal ha sido declarado nulo e inconstitucional por Sentencia 185/2012, de 17 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

- b) Buena comunicación y cooperación entre ellos,
- c) Residencias cercanas o geográficamente compatibles,
- d) Rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles,
- e) Edad del menor que permita su adaptación,
- f) Cumplimiento de los progenitores de las obligaciones económicas
- g) Respeto mutuo por ambos progenitores,
- h) Que no haya excesiva judicialización de la separación,
- i) Existencia de un vínculo afectivo del menor con ambos padres,
- j) Que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida, en definitiva características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres.

Se nos ocurre que si se dieran todas estas condiciones lo que parecería raro es que la pareja se hubiera separado, ya que el escenario sería casi ideal. Por otra parte la comunicación y cooperación entre los progenitores así como el cumplimiento de sus obligaciones económicas deben darse sea cual sea el sistema de guarda al que estén sometidos los hijos (compartida o no) y el respeto mutuo no es una obligación entre ex cónyuges, sino que es un derecho-deber entre las personas que incumbe a todos con independencia de las relaciones personales o familiares que se sustenten.

Con todo, la falta de algunos de estos requisitos ha fundamentado la denegación de custodia compartida en no pocos casos. Por ejemplo: por falta de acuerdo de las partes, conflictividad entre las partes, diferentes domicilios, edad de los menores, falta de prueba de que la custodia compartida pudiera ser beneficiosa, etc. Si bien se advierte que, a pesar de requerir todas estas condiciones, hay sentencias que otorgan la custodia compartida.

En todo caso, cabe afirmar que la nueva regulación de la custodia compartida, como una forma de cumplir los padres las obligaciones para con sus hijos, de las cuales la separación, la nulidad o el divorcio no les eximen (art. 92.1 CC), es un tímido avance hacia la igualdad en el cumplimiento de las obligaciones de los progenitores respecto a sus hijos, pero sólo a los efectos de introducir expresamente el sistema de la custodia compartida, porque el tratamiento que la ley le otorga es el de situación excepcional.

En este sentido, la SAP de Toledo de 16 de mayo 2008 (*JUR* 2008/330924), en su Fundamento de derecho Segundo, hace un repaso de la jurisprudencia anterior a la Ley 15/2005 y pone varios ejemplos de sentencias de Audiencias Provinciales que después de la entrada en vigor de dicha ley han acordado custodias compartidas, concluyendo que: «en la práctica, se puede decir que la situación no ha experimentado una variación sustancial, dado que, tanto antes como ahora, se puede conceder la guarda y custodia compartida siempre y cuando el interés del menor así lo aconseje».

En la práctica, las custodias compartidas se conceden básicamente en los casos en que se solicitan de mutuo acuerdo. Y de esta manera se corre el riesgo de perpetuar el sistema patriarcal de dependencia de la mujer, ahora sin convivencia con su expareja; porque la mujer tiene en mayor medida asumida su responsabilidad para con sus hijos y normalmente accederá a quedarse con la custodia individual que raramente solicitará el padre que no ha optado por la compartida, de donde se potencia la discriminación que se quería superar: la mujer va a criar a los hijos comunes prácticamente sola, dedicación que le restará oportunidades en su vida profesional y además dependerá económicamente del padre de sus hijos²¹³.

Algunas Comunidades Autónomas disponen de normativa propia sobre custodia compartida y adoptan soluciones muy distintas a la del Código Civil español. Así:

El *Código de Derecho Foral de Aragón* refunde la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, vigente hasta el 23 de abril de 2011. El artículo 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título

²¹³ Resulta interesante, en este punto, la consulta de los axiomas de partida en la negociación que propone CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 464 y ss. Transcribimos tan solo un par de ellos. Afirmar el autor:

«En un cierto sentido, los hijos no son un «bien» para los progenitores cuando la pareja está rota, sino un mal. Si fueran un bien, pagaría por los hijos el cónyuge que se queda con la custodia, y no como ahora, que paga quien se libra de ellos. Yo tengo para mí que si a los padres pagadores se les ofreciera una reducción proporcional de los pagos debidos en función de un incremento en la cantidad y calidad de su trato con los hijos, no lo aceptarían en la inmensa mayoría.»

«Está estudiado y es irrefutable. Si no fuera por la innegable presencia de factores culturales, el varón acabaría manifestando el límite de su auténtico ligazón a su proge- nie: el varón no amaría a sus hijos, sino por el hecho de ser éstos los hijos de la mujer con la que convive, *hijos de su hembra*. En otras palabras, el varón sólo está ligado a sus hijos a través de la madre de éstos, y sólo mientras es su compañera. Propia natu- raleza de fieras, podría decirse. Pero también puede verse la cosa de una manera más amable: que los varones no son capaces de sentirse seguros como padres fuera del matrimonio.»

de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que a falta de pacto entre los progenitores, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos²¹⁴.

La *Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril*, de relaciones familiares de los hijos e hijas los progenitores de los cuales no conviven, entró en vigor el 5 de mayo, sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la suspensión de su vigencia desde la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno del Estado, el 4 de julio de 2011, hasta que por interlocutoria de 22 de noviembre de 2011, se levantó dicha suspensión. Esta ley atribuye a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin

²¹⁴ El artículo 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón dispone con relación a la Guarda y custodia de los hijos:

«1. Cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos.

En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

En los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a. La edad de los hijos.
- b. El arraigo social y familiar de los hijos.
- c. La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d. La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

3. Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

4. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

5. La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.

6. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.»

que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos²¹⁵.

Por contra, la *Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo*, de custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de

²¹⁵ El artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas los progenitores de los cuales no conviven dispone que:

«1. A falta de pacto entre los progenitores, será la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la que fijará los extremos enumerados en el apartado 2 del artículo 4 de esta Ley.

2. Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.

3. Antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores:

a. La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.

b. La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

c. La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.

d. Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

e. Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.

f. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

g. La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.

h. Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

4. La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.

5. La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia.

6. Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.»

los padres, insiste en la valoración de la existencia de una serie de condiciones para otorgar la custodia individual o compartida²¹⁶.

También el ordenamiento jurídico catalán, el artículo 233-11 CCCat, establece una serie de criterios a tener en cuenta por el juez cuando deba decidir sobre el régimen de guarda de los menores así como la forma en que dicha guarda debe ser ejercida.

²¹⁶ El artículo 3 de la Ley Foral 3/2011 dispone:

«1. En el caso de ruptura de la convivencia, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos.

2. En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

3. El Juez decidirá sobre la modalidad de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, teniendo en cuenta la solicitud que haya presentado cada uno de los padres, y atendiendo, además de a lo dispuesto en esta Ley Foral, a los siguientes factores: *a)* La edad de los hijos; *b)* La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas; *c)* El arraigo social y familiar de los hijos; *d)* La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; *e)* La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos; *f)* Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; *g)* Los acuerdos y convenios previos que pudieran existir entre los padres y que estos le hayan justificado; *h)* Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. En cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos.

5. Si decide la custodia compartida, el Juez fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos, adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.

6. Si decide la custodia individual, el Juez fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las facultades y deberes propios de la patria potestad que tenga atribuidos conforme a la Ley 63 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

7. Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos.

8. No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: *a)* Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas; *b)* Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos.»

El juez deberá tener en cuenta las propuestas de plan de parentalidad que hayan presentado las partes, pero además debe ponderar conjuntamente las siguientes circunstancias:

«a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las demás personas que conviven en los hogares respectivos».

Esta consideración es importante, especialmente porque no sólo se trata de que los menores continúen conviviendo con sus progenitores, sino que estos últimos pueden haber establecido una nueva relación y el menor debe pasar a convivir con las nuevas parejas de sus progenitores y con las demás personas que formen esta nueva familia reconstituida.

No se ha de olvidar que el artículo 236-14 CCCat dota de facultades sobre el menor al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor, es decir, consagra la figura del padrastro o madrastra por partida doble, (pareja o nuevo cónyuge del padre y pareja o nuevo cónyuge de la madre), con la característica de que al menor no le falta ninguno de sus progenitores.

«b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.»

Este criterio se refiere no tan sólo a la situación económica sino a la clase de vida que lleva cada uno de sus progenitores, situación de hecho que debe tenerse en cuenta para determinar cuál es la más acorde con las necesidades del menor. Ahí podemos hallar las situaciones tantas veces recurrentes de las obligaciones profesionales o laborales de los progenitores, que a menudo priman al deber de atención a los hijos.

El peligro de esta consideración es la perpetuación de un sistema, desgraciadamente todavía no superado, basado en la división del trabajo y una mayor valoración para el progenitor con mayores ingresos, generalmente el padre, que así justifica su menor atención a los hijos. Si bien es cierto que en muchas ocasiones la situación no depende de los progenitores y obedece a la necesidad, en cambio en otras, la cuestión no es estrictamente económica ni de aptitud sino de conflicto de intereses entre las obligaciones de atención a los hijos y la ambición profesional.

«c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a los efectos de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de los mismos con ambos progenitores.»

Esta colaboración, se trata sin duda de una decisión unilateral de los progenitores, una actitud personal. En procedimiento contencioso seguramente lo que desean las partes es perderse de vista, y sin embargo esta consideración debería hacerles recapacitar para superar sus desencuentros a favor de la estabilidad de sus hijos.

Aunque también es posible que una o ambas partes consideren que la relación con el otro progenitor no ayuda a la estabilidad de sus hijos. Todo ello deberá ser tenido en cuenta por el juez.

«d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura, y las tareas que ejercía efectivamente para procurarles el bienestar.»

Los progenitores que ya cumplían equitativamente sus obligaciones de atención a sus hijos, seguramente puedan continuar haciéndolo a través de un régimen de custodia compartida. Aunque en muchos casos habrá sido la madre quien más directamente ha atendido a los hijos, con lo cual, lo más probable es que le adjudiquen la custodia individual, perpetuando la situación, poco equitativa, que ya existía constante el matrimonio.

«e) La opinión expresada por los hijos.»

Los menores tienen derecho a ser escuchados en todas las situaciones en las que la decisión puede afectarles. Es evidente que el sistema y ejercicio de la guarda es una cuestión que les afecta, como consecuencia de un procedimiento judicial instado por sus progenitores del que ellos no han sido parte. Se trata de los terceros sobre los que recaen directamente los efectos de decisiones ajenas. Por ello el juez deberá ponderar lo expresado por dichos menores, teniendo en cuenta la edad, madurez e intereses legítimos expresados en la audiencia, para decidir sobre su custodia.

«f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.»

Estos acuerdos regulados en el artículo 233-5 CCCat, deberán ser aportados por la parte interesada, si bien los referidos a la «guarda y a las relaciones personales con los hijos menores, así como los pactos de alimentos a favor de los mismos, sólo serán eficaces si están de acuerdo con el interés de los menores, en el momento en que se pretenda el cumplimiento», de forma que al final dependerá de si el juez considera que dichos acuerdos respetan el interés del menor.

«g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos y de los progenitores.»

Respecto al domicilio de los progenitores, se supone que si ambos desean tener una relación continuada con sus hijos ya procurarán que los domicilios sean adecuados para los menores. Ahora bien, si uno de los progenitores decide librarse de su familia, le basta con fijar el nuevo domicilio en otra ciudad, o tan alejado del domicilio familiar que haga imposible una comunicación fluida.

Aparte de los criterios indicados, el artículo 233-11 CCCat contiene unas normas de carácter imperativo. Así, el artículo 233-11.2 CCCat dispone que en la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, a no ser que existan circunstancias que lo justifiquen. Y el artículo 233-11.3 establece que no se puede atribuir la guarda al progenitor contra el que se haya dictado sentencia firme, o existan indicios fundamentados, por actos de violencia familiar o machista de los cuales los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas.

El Instituto Nacional de Estadística presenta los datos en valores absolutos de divorcios según el cónyuge que ejerce la custodia por comunidades autónomas de 2011, que demuestran que en aquellas comunidades en las que rige el Código Civil español, como Andalucía, esta solución es sensiblemente menos frecuente que en las que la legislación propia la recoge como solución preferente, como es el caso de Aragón, o como regla general, como hace la Ley valenciana (que solamente estuvo en vigor tres meses durante el año 2011). Los datos también reflejan los efectos del Código Civil de Cataluña en este sentido:

	Padre	Madre	Ambos	Otros
Andalucía	465	9.131	761	50
Aragón	85	887	234	11
Cataluña	526	7.142	2.014	93
Com. Valenciana	386	5.540	949	55
Navarra	43	475	60	1

En estos momentos existe un Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que parece que pretende avanzar hacia el sistema de guarda y custodia compartida.

Entre las principales novedades que incorpora, por lo que aquí interesa, cabe destacar que el Anteproyecto exige la presentación por parte de los progenitores en caso de ruptura o de no convivencia de un plan de ejercicio de la patria potestad, como correspon-

sabilidad parental, en relación con los hijos, que habrá de incorporarse al proceso judicial. A estos efectos propone la modificación del artículo 90 CC²¹⁷ relativo al contenido del convenio regulador.

²¹⁷ Se modifica el artículo 90 CC. Que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre:

1.º La forma de compartir todas las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.

2.º El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.

3.º Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.

4.º El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.

5.º Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de la guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos.

b) Si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La contribución, si procediera, a las cargas familiares y alimentos, tanto respecto a las necesidades ordinarias como extraordinarias, así como su periodicidad, forma de pago, bases de actualización, extinción y garantías en su caso, con especial atención a las necesidades de los menores, al tiempo de permanencia de éstos con cada uno de los padres, a la capacidad económica de los últimos, a la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, a la contribución a las cargas familiares, en su caso, y al lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes.

d) La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener, en su caso, sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico.

e) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

f) El inventario y liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa, si hubiera.

g) La prevención, si así lo acordaren, de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de su aplicación, o para modificar algunos de los pactos para adaptarlos a las nuevas necesidades de los hijos o al cambio de las circunstancias de los padres.

2. Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de relación y comunicación de los hijos con los hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los interesados en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los padres.

4. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.»

También prevé la modificación del artículo 92 y la introducción del artículo 92 bis del Código Civil²¹⁸ que, de acuerdo con la litera-

²¹⁸ Se modifica el artículo 92, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

«1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre el ejercicio de la patria potestad, la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y considerará prioritario el interés superior de los mismos, asegurando el respeto completo y efectivo de todos sus derechos, así como su desarrollo integral.

3. La patria potestad, como corresponsabilidad parental, será ejercida conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, salvo que en interés de los hijos se acuerde por el Juez que lo sea total o parcialmente por uno de ellos.

En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.»

Se añade un nuevo artículo 92 bis, con la siguiente redacción:

«1. El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

2. El Juez, asimismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no convivan con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. El Juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de

lidad de su exposición de motivos, «tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor, quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero si en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí. Para determinar el régimen de guarda y custo-

la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el Juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito.

6. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el Juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.

7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el Juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el Juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.»

dia, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como la edad, arraigo social, escolar i familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, las situación de sus domicilios o el número de hijos.»

Una primera aproximación a la letra de este anteproyecto indica que en realidad el avance que propone hacia el sistema de guarda compartida es excesivamente tímido y de llegar a realizarse no supondría en la práctica un cambio significativo respecto la regulación vigente sobre custodia compartida en la forma en que está siendo interpretada y aplicada por los tribunales. En este sentido cabe recordar que la STS de 29 de abril de 2013 ya establece que «Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC EDL 1889/1 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»

Parece evidente la inspiración del legislador estatal en los recientes cambios de las normativas autonómicas, especialmente la catalana, a cuyo análisis nos remitimos.

Nosotros seguimos apostando por una reforma más ambiciosa que considere la custodia compartida como regla general y prefe-

rente en la solución de las crisis convivenciales, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo –en la línea de las normativas de Aragón y la Comunidad Valenciana–, y que podría representar un elemento fundamental para iniciar un cambio profundo en la solución de estas situaciones más acorde con los derechos fundamentales de todas las personas implicadas y, al mismo tiempo, podría incidir en los comportamientos de ambos progenitores para con sus hijos constante la convivencia, es decir, antes de iniciarse la crisis de la pareja, fomentando la corresponsabilidad y la paternidad y maternidad responsable.

6.3.4 La atribución o distribución del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial y el cumplimiento de las obligaciones por razón de la vivienda

En situación de crisis matrimonial, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, decidirá la autoridad judicial. El artículo 96 del Código Civil español dispone los criterios que han de aplicarse a esta decisión:

«El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella comprendidos corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la de otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.»

Responde de esta manera al interés de los hijos con la atribución del uso de la vivienda familiar, a quienes lo asigna prioritariamente junto con el progenitor custodio. Si no hay hijos ni menores ni mayores de edad que convivan con un cónyuge, el criterio de atribución será el interés del cónyuge más necesitado de protección. Aunque esta atribución será temporal y habrá de fijarse el periodo en el que se prevé que la necesidad pueda desaparecer, de lo contrario no cabría la posibilidad de prórroga contemplada en el mismo párrafo. Con todo, se trata de un punto conflictivo y de difícil previsión, si la necesidad se debe a problemas de salud o a la falta de trabajo remu-

nerado del cónyuge beneficiario de la atribución del uso, ya que la situación puede mantenerse indefinidamente.

La atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges genera un derecho distinto según se trate de una vivienda arrendada o propiedad de uno o de ambos cónyuges:

Si la vivienda es arrendada, y el uso de la misma, ha sido atribuido al consorte no titular del arrendamiento, éste podrá continuar en el uso de dicha vivienda, en las mismas condiciones que el consorte arrendatario, con comunicación al arrendador de la resolución judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 LAU.

Si la vivienda se detenta en propiedad, uno de los cónyuges (y en su caso, los hijos que conviven con él) adquiere el derecho de uso sobre la misma, con independencia de quien sea el propietario. Desde luego que los conflictos pueden aparecer solamente cuando es propiedad indivisa de ambos cónyuges o cuando es propiedad individual del cónyuge no beneficiado con el derecho al uso (no así cuando el propiedad individual del cónyuge a quien se otorga el uso, que es una facultad inherente del derecho de propiedad).

El Código Civil español, en la redacción vigente, no resuelve la cuestión de cómo deben afrontarse, después de la atribución del uso de la vivienda, las obligaciones que pueden estar pendientes relacionadas con su adquisición o mejora y cómo han de distribuirse los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación de la misma.

Con todo, de una parte, la doctrina jurisprudencial considera que la atribución uso de la vivienda al cónyuge que no es beneficiario debe ponderarse como contribución en especie a los efectos de determinar la pensión de alimentos o la pensión compensatoria que puede corresponder al otro cónyuge.

También, la doctrina jurisprudencial ha sentado el criterio que los gastos ordinarios o de conservación mantenimiento y reparación de la vivienda corresponden a aquel de los cónyuges que dispone de su uso, mientras que las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora corresponden al titular o titulares.

Estas cuestiones sí se encuentran resueltas en la regulación que el Código Civil de Cataluña, que introdujo novedades importantes en este punto y que, como tendremos ocasión de comprobar, inspiran el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, sobre el que volveremos más adelante.

De una parte, reconoce la exposición de motivos de la Ley 25/2010, se pone énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto, de ahí que se prevea que, a solicitud del interesado se pueda excluir la atribución del uso de la vivienda

familiar si quien resultaría beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si quien debe cederlo puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de éste. Por el contrario, si aunque corresponde a un cónyuge el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad de éste continúe después de llegar los hijos a la mayoría de edad, la atribución de la vivienda se puede hacer inicialmente en este concepto. En todo caso, la atribución por razón de necesidad es siempre temporal, sin perjuicio que se puedan instar las prórrogas que correspondan. Se pretende, sigue reconociendo la exposición de motivos, poner freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido a la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular.

El artículo 233-21.3 CCCat reconoce expresamente que los cónyuges pueden haber pactado en previsión de la ruptura matrimonial, sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar y sobre las modalidades de dicho uso. Pactos que serán eficaces siempre que no perjudiquen el interés de los hijos ni comprometan las posibilidades de atender las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

En todo caso, los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar a uno de ellos a los efectos de satisfacer, en la parte correspondiente, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso, o la prestación compensatoria de éste, en su caso. También pueden distribuirse el uso de la vivienda por periodos determinados (art.233-20.1 CCCat).

A falta de acuerdo, o si éste no es aprobado judicialmente, el artículo 233-20.2 CCCat, establece que la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes, mientras ésta se mantenga. La atribución de la vivienda familiar al cónyuge que tenga la custodia de los hijos menores, ha de ampliarse al que la tenga de los mayores incapacitados. Aunque no parece que opere de forma imperativa, sino tan sólo como indicación, «preferentemente».

El siguiente criterio de atribución que menciona el artículo 233-20.3 CCat es el de la atribución del uso al cónyuge más necesitado. Cabría plantear qué debe entenderse por «cónyuge más necesitado». Si se refiere a menor capacidad económica o a situación de necesidad, o a ambas cosas según las circunstancias. El criterio, del cónyuge más necesitado de protección se aplicará: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores;

- b) Si los cónyuges no tienen hijos o éstos son mayores de edad; y
- c) Si a pesar de corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de llegar los hijos a la mayoría de edad».

Este último supuesto previsto en la letra c) se distingue del contemplado en el apartado 2 de este mismo precepto en que mientras en dicho apartado 2 la atribución del uso está limitada al tiempo en el que el cónyuge tenga la custodia de los hijos, en el presente supuesto, este plazo no es aplicable, y ello aunque la atribución del uso siempre es temporal.

Excepcionalmente, la autoridad judicial puede atribuir el uso al cónyuge que no tiene la guarda de los hijos menores, si es el más necesitado y el cónyuge al que corresponde la guarda de los hijos comunes tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de sus hijos. (art. 233-20.4 CCCat).

En todo caso, la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga se debe pedir dentro de los seis meses anteriores al vencimiento del plazo fijado y se debe tramitar por el procedimiento establecido por la modificación de medidas definitivas (art. 233-20.5 CCCat).

La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos (art. 233-20.6 CCCat).

La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge que no es propietario o sólo lo es en parte, debe ponderarse en la contribución en especie del cónyuge no beneficiario, para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria, en su caso» (art. 233-20.7 CCCat).

Sin embargo, tras disponer estas reglas generales de atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, el CCCat prevé una serie de supuestos en los que, a instancia de uno de los cónyuges, la autoridad judicial puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar. Son los siguientes (art. 233-21 CCCat):

- «a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.»

Es el caso de que el cónyuge que no tiene la guarda de los hijos pide al juez que le sea atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar. Téngase presente que en ningún lugar se dice que el cónyuge que solicita dicha atribución deba encontrarse en estado de necesidad, ni

tan sólo se requiere que tenga menos posibles que su consorte custodio de sus hijos, basta que demuestre las posibilidades de su consorte. Seguramente esta posibilidad se debe circunscribir al supuesto del cónyuge propietario único o copropietario de la vivienda.

«b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos, y en su caso, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de los mismos.»

Este supuesto se fundamenta exclusivamente en la suficiente capacidad económica del cónyuge que solicita la no cesión del uso para atender de otro modo las necesidades de vivienda de sus hijos y el cónyuge custodio.

En otro orden de ideas, el artículo 233-21.2 CCCat distingue el alcance del derecho al uso de la vivienda familiar en función del título por el que se posee y otorga rango legal a lo que en este punto ya había resuelto la doctrina jurisprudencial. En este sentido dispone que «Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente del de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo que disponga el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama la restitución. Para este caso, de acuerdo con lo que establece el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las prestaciones alimentarias o compensatorias pertinentes».

El derecho de uso de extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y si fue concedido por razón de la guarda de los hijos, cuando ésta termina. Si el derecho de uso fue atribuido con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: a) por mejora la situación económica del cónyuge beneficiario o empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si ello lo justifica; b) por nuevo matrimonio o convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona; c) por la muerte del cónyuge beneficiario del uso; d) por el vencimiento del plazo para el que fue establecido, y de la prórroga, en su caso.

Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar la posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o la extinción de este derecho, y puede solicitar, en su caso, la cancelación registral del derecho de uso (art. 233-14 CCat).

Por último, el artículo 233-25 CCat dispone que:»El propietario o el titular de derechos reales sobre la vivienda familiar, tanto si es el

cónyuge como un tercero, pueden disponer libremente de su derecho sin necesidad del consentimiento del beneficiario del derecho de uso, y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso (art. 233-25 CCCat)». Como puede apreciarse, el tratamiento sobre la disposición de la vivienda familiar es completamente distinto después de la sentencia de nulidad separación o divorcio, que durante el matrimonio que se rige por lo establecido en el artículo 231-9 CCCat.

A efectos prácticos estas novedades apuestan por la limitación temporal de la cesión del uso de la vivienda y por la tangibilidad de la vivienda familiar, cuyo uso puede cambiarse por el de otra vivienda o incluso por dinero. Son medidas que, en términos generales, mejoran la posición del cónyuge titular que no goza del derecho al uso, en perjuicio de la posición que venía ostentado el cónyuge beneficiario. No podemos perder de vista el alto porcentaje de supuestos en que, como se ha visto en el apartado anterior, la guarda de los hijos menores se atribuye a la madre y con ello, también el uso de la vivienda familiar, y siendo así, se puede afirmar que estas previsiones afectan en diversa medida a mujeres y hombres.

Las novedades del Código Civil de Cataluña en materia de uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja abarcan también la previsión de que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y tasas de devengo anual son a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 233-23.2 CCCat). Ello es así, independientemente de que el propietario sea, o no, el cónyuge que tiene atribuido el uso, o sean ambos cónyuges copropietarios. Con anterioridad era la sentencia judicial la que determinaba a quien correspondían estos gastos y, en ocasiones, se atribuían, algunos o todos, al cónyuge que no gozaba del uso.

Respecto a las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidas las derivadas de los seguros vinculados a dichas obligaciones, se establece que deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución (art. 233-23.1 CCCat). Esta última previsión impide que la sentencia de separación o divorcio prevea, por ejemplo, que el pago de la hipoteca de la vivienda corra a cargo del cónyuge que tiene atribuido su uso y la cantidad que le corresponda al que no tiene el uso se compense con la cuantía de los alimentos o la pensión compensatoria que debe abonar a favor de los hijos o la expareja. Y así, en la práctica, también esta previsión perjudica a un gran número de mujeres que teniendo atribuido el uso de la vivienda quedan a expensas de que su expareja haga efectivo el pago mensual de la hipoteca, teniendo que afrontarlo ellas directamente cuando se retrasa o no se realiza, para

evitar las consecuencias de un embargo. Además, en este caso, para reclamar el pago de las cantidades avanzadas no podrán solicitar la ejecución de la sentencia por impago de las pensiones de alimentos o compensatoria y deberán acudir a un procedimiento declarativo de reclamación de cantidad, con lo que ello comporta de dilación en el tiempo para solucionar el problema.

También el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio plantea inconvenientes y discriminaciones por los efectos claramente perjudiciales de su aplicación con relación a las mujeres respecto a los hombres en esta materia –algunos ya se han señalado con relación a la normativa catalana–. Dicho Anteproyecto prevé la modificación del artículo 96 CC²¹⁹, y regula la asignación

²¹⁹ El artículo 8 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio dispone que:

«Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera:

1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquellas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento.

2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dis-

de la vivienda, según se explica en la exposición de motivos, «atendiendo al criterio general del interés superior del menor, por encima de cualquier otra consideración, y a los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo en la medida en que dichos intereses sean compatibles con el citado interés superior de cada menor». Al establecer los criterios de distribución distingue si se está en un supuesto de régimen de guarda compartida o individual, y de si la vivienda familiar es copropiedad de los progenitores o bien privado de uno de ellos.

Por regla general, aunque no aparece expresa en la letra del anteproyecto, el uso de la vivienda se atribuirá al cónyuge custodio y, esto si se dice, «excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

También se prevé la posibilidad de la atribución por periodos alternos a ambos progenitores, se entiende, para el caso de que existan hijos menores o con la capacidad judicialmente completada en régimen de custodia compartida y siempre que sea compatible con sus intereses.

Asimismo se dispone que cuando la custodia de los hijos sea compartida, los cónyuges no tengan hijos o estos sean mayores de edad, el uso se atribuirá al progenitor que tenga objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

puesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común, se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial.

7. Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.

8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.»

En todo caso, se insiste en que la atribución de la vivienda familiar tiene carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos o se liquide la vivienda, si se la hubiera atribuido por tener su guarda y custodia, y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos. En los demás supuestos, se establece que la atribución del uso lo será por un tiempo máximo de dos años prorrogables durante otro, si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o hasta que se le dé un destino definitivo. Parece que la limitación temporal no admitiría más prórroga que la legalmente prevista, lo que supone en nuestra opinión un límite excesivamente rígido a la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, que perjudicará en mayor medida a las mujeres que en un elevado porcentaje se sitúan en esta posición.

El Anteproyecto también dispone expresamente que la atribución a uno solo de los progenitores se tomará en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la pensión compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

Se dispone también que, los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados, en su caso, a lo dispuesto en el título diferente al de propiedad por el que los cónyuges posean la vivienda. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de atribución judicial de su uso acaban cuando se reclame la restitución.

En la misma línea que la normativa catalana antes comentada, el Anteproyecto establece criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda:

Mientras se mantiene la atribución del uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario, y los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios, aunque excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges, el juez puede disponer otra cosa.

La carga hipotecaria que recaiga sobre la vivienda, las obligaciones contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda y los seguros vinculados a esta finalidad han de satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

Valen aquí las consideraciones expuestas con relación al artículo 233-23.1 CCCat. Esta norma perjudica en gran medida a las mujeres que teniendo atribuido el uso de la vivienda quedan a expensas de que su expareja haga efectivo el pago mensual de la hipoteca, teniendo que afrontarlo ellas directamente cuando se

retrasa o no se realiza, para evitar las consecuencias de un embargo. La situación es, en este caso, aún más discriminatoria, en tanto que el Anteproyecto prevé en su literalidad que se satisfagan por los cónyuges de acuerdo con el título de constitución las «cargas hipotecarias» que recaigan sobre la vivienda, e incluye así obligaciones distintas a las contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda que cuentan con la garantía real de la misma y han sido asumidas por ambos o por uno solo de los cónyuges con otra finalidad.

6.3.5 La más novedosa doctrina jurisprudencial con relación al derecho de daños morales en materia de derecho de familia

Recientemente ha cobrado gran actualidad entre los autores el debate sobre la posibilidad de aplicar en nuestro ordenamiento jurídico las reglas de la responsabilidad extracontractual a las relaciones familiares.

La cuestión es muy compleja y no puede ser tratada aquí con toda la extensión que merece. Solamente interesa ahora señalar que la doctrina jurisprudencial ya ha sentado precedentes en la aplicación del derecho de daños a supuestos de filiación, abogando por la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por ocultar la esposa al marido la verdadera paternidad de un hijo resultado de una relación extramatrimonial, o por privar al padre de la relación con su hijo (Ver entre otras: SAP Valencia de 2 de noviembre de 2004, SAP Valencia de 5 de septiembre de 2007; SAP Barcelona de 16 de enero de 2007; SAP Cádiz de abril de 2008; SAP Alicante de 4 de octubre de 2010; SAP Ciudad Real de 29 de febrero de 2012; SAP Valencia de 28 de marzo de 2012; y SAP Asturias, de 18 de mayo de 2012).

Con todo, y en relación a la oportunidad de admitir la responsabilidad por el incumplimiento de alguno de los deberes conyugales, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el incumplimiento del deber de fidelidad no genera derecho a la indemnización (SSTS 22 de julio de 1999 y 30 de julio de 1999). En esta línea hay que señalar que reconocer la existencia de daño moral provocado por la conducta de uno de los cónyuges comportaría prácticamente el retorno del divorcio sanción ya superado en nuestro sistema, reconduciendo al ámbito de la responsabilidad extracontractual la reprobación de determinados comportamientos que con anterioridad eran causa de separación o divorcio.

Coincidimos con Josep Ferrer²²⁰ en que la configuración del matrimonio como una comunidad de vida voluntaria convierte en incoercibles los llamados «deberes conyugales» de imposible cumplimiento forzoso y de dificultosa cuantificación (los daños) en el cumplimiento por equivalencia.

Y es que, como apuntaba la profesora Rosario Valpuesta, lo que está en juego es la libertad personal de los cónyuges «con el riesgo añadido de dar cobertura a un tratamiento discriminatorio a las mujeres, al proyectar sobre las mismas la intolerancia que durante mucho tiempo se ha tenido acerca del ejercicio de su libertad»²²¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA RULL, Ariadna: «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres», *Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2012*.
- ÁLAMO MARTELL, M.^a Dolores: «La licencia marital y su supresión» en *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado* (Dir. S NAVAS NAVARRO, Coord. S. CAMACHO CLAVIJO, A. DE LAMA AYMÀ). Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 361 a 375.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel: *Derecho de Familia. Curso de Derecho Civil, IV*, 3.^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1987.
- ARENAL PONTE, Concepción: *La mujer del porvenir, 1884*. Feedbooks, disponible en <http://www.feedbooks.com>
- BORREL I SOLER, Antoni M.: *Dret civil vigent a Catalunya*. Volum IV, Dret de Família. Imprenta de la Casa de Caritat. Barcelona 1923.
- BROCÀ, Guillem M. de: *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Edición facsímil de la primera edición de 1918. Textos jurídicos catalans. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona 1985.
- BROCÁ Y MONTAGUT, Guillermo M.^a de, y AMELL Y LLOPIS, Juan: *Instituciones del derecho civil catalán vigente*. 2.^a ed. Tomo I, Imprenta barcelonesa, Barcelona 1886.
- CANCERUS, Jacobus: *Variae Resolutiones iuris Caesarie Pontificiet Municipalis Principatus Cathaloniae*. Venetis, 1642. Pars I, Cap. IX, n.º 193.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *La condición social y jurídica de la mujer: la diferenciación social de los sexos en sus aspectos biológico, ético y jurídico*. Instituto Editorial Reus, Madrid 1955.
- COMES, Joseph: *Viridiarum artis notariatus sive tabellionum*. Tomo I, Gerundae, 1715, Pars I, Cap. XXI, n.º 16.
- CORBELLA, Arturo: *Manual de derecho catalán*, Imprenta de Viuda de Vidiella y Pablo Casas. Reus 1906.
- DE CORTIADA, Miquel: *Decisiones Reverendi Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Barcinonae, 1689. Pars Quarta Decís, n.º 15.

²²⁰ FERRER I RIBA, *op. cit.* «Relaciones familiares y límites», p. 11.

²²¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, *La disciplina constitucional*, p. 348.

- DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho: *Comentario crítico-jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.^a ed. Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino. Madrid 1852.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*. Tomo II. *Derecho de la persona*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1952.
- DE SOCARRATS, Joan: Commentario, in tractatum Petri Alberti de Consuetudinibus Cathaloniae. Lugduni. 1551, Comentaría a la Consuetudo XXII, n.º 9; Comentaría a la Consuetudo XXVI, n.º 9.
- DE LA CÁMARA, Manuel: «Reflexiones en torno a la capacidad patrimonial de la mujer casada» en *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Vol. VI, Universidad de Navarra. Eunsa, 1969 pp. 95 a 153.
- DEL AMO DEL AMO, M.^a Cruz: *Mujer, familia y trabajo*. Madrid 1850-1900, Ateña, Estudios sobre la mujer. Universidad de Málaga 2010.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Editorial Tecnos, Madrid 1974.
- DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON BALLESTEROS, Antonio: *Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 9.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- Domat, Jean: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Seconde Edition. Tomo I. Chez la Veuve de Jean Baptiste Coignard, Imprimeur et Libraire ordinaire du Roy. Paris 1695.
- DURÀN I BAS, Manuel: *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña. Escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*. Imprenta de la Caridad, Barcelona 1883.
- ESPUNY TOMÁS, M.^a Jesús: «Aproximación histórica al principio de igualdad de sexos (IV): De la Ley del contrato de trabajo de 1944 a las últimas disposiciones franquistas» en *IUS/Labor 1/2008*, pp. 1 a 22.
- FERRER, Francisco: *Commentarius Analyticus ad Constitutionem ex insignioribus principatus Cathaloniae primam, subtitulo soluto matrimonio, incipientem Hac Nostra. Ilerdae, 1629. Tempus 3, Declaratio 12, n.º 32*.
- FERRER I RIBA, Josep: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001.
- FINESTRES ET DE MONSALVO, Joseph: *Praelectiones cervariensis sive commentari academici ad titulos pandectarum de inoficioso testamento ac de vulgari et pupilari substitutione*. Cerverae 1752.
- FINESTRES ET DE MONSALVO, Joseph: *De jure Dotium. Libri V, Cervariae, 1754, Lib. I, n.º 78*.
- FONTANELLA, Joan Petrus: *Tractatus de Pactis Nuptialibus sive de Capitulis Matrimonialibus. Tomus Posterior, Genevae, 1762. Cl. VI. Gl. II, Pars VII, n.º 5*.
- GALVE GÓRRIZ, Carmen, y SALAS FUMÁS, Vicente: *La empresa familiar en España. Fundamentos económicos y resultados*. Fundación BBVA, Bilbao 2003.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Tomo I y II. Madrid 1852. Edición anástática, Editorial Base, Barcelona 1973.
- GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil* (5.^a ed, revisada y puesta al día por Alberto BERCOVITZ). Tomo I. Madrid 1968.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «Comentarios a los artículos 20 a 25 y a los artículos 49 a 51 de la Compilación de derecho civil especial de Cataluña» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. ALBALADEJO). Tomo XXVII, Vol 1. Madrid 1981.

- *La nueva normativa en materia de capacidad de la persona*, Civitas, Madrid, 2.ª ed 1992.
- «La llei republicana del divorci de 2 de març de 1932 (La trajectòria del divorci de la Ley de 1932 a la Ley 15/2005)», en *Segona República i Món jurídic* (Coord. Maria Ysàs Solanes) Mataró (Barcelona) 2007, pp. 111 a 147.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen (Directora y autora), y SOLÉ RESINA, Judith (Coordinadora y autora): *Tratado de Derecho de la Persona*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, Pamplona, en prensa.
- GIBERT, Vicentius: *Theorica Artis Notariae*. Barcinonae, 1772, Pars Prima, Cap. II, Tit. I.
- GISBERT GRIFO, Marina: «Mujer y sociedad: Evolución de la mujer en la sociedad y en el mundo laboral en el Siglo XX. Realidad actual de la mujer en España» en *Mujer y trabajo en el siglo XXI: estudio y prevención de riesgos laborales*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Familia*, I. Librería Bosch, Barcelona 1974.
- *Derecho de Familia*, II. Librería Bosch, Barcelona 1975.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, y RAMS ALBESA, Joaquín: *Derecho de Familia, Elementos de derecho civil IV*. 4.ª ed., Librería Bosch, Barcelona 1997.
- LASSO GAITE, Juan Francisco: *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación civil* (Génesis e historia del Código). Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid 1970, Vol. I y Vol. II.
- MANCOMUNITAT DE CATALUNYA, Parafernals, Oficina d'Estudis jurídics. Barcelona, 1921.
- MIERES, Thomas: *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*. Barcinonae, 1621. Pars. I Collatio Sexta Rubrica De Iure Dotium, n.º 148.
- MOLÍ, Francisco: *Tractatus Celebris, et Insignis de Ritu Nuptiarum, et Pactis in Matrimonio Conventis*. Barcinonae, 1617. Lib. III. Quaest 67, n.º 5.
- MONTERO, Mercedes: «Los primeros pasos hacia la igualdad: mujer y universidad en España (1910-1936)» en *Historia crítica*, núm. 40, Bogotá 2010, pp. 148 a 168.
- MUJAL ET DE GIBERT, Joan Antoni: *Anotationes bene mutis iudicatus fontibus*. Cervera 1781.
- ORTEGA LÓPEZ, Margarita: «Una reflexión sobre la historia de las mujeres en la edad moderna» en *Norba*. 8-9 Revista de Historia. Cáceres 1987-1988, pp. 159 a 168.
- PELLA I FORGAS, José: *Código civil de Cataluña. Exposición del derecho catalán comparado con el código civil español*. 2.ª ed. Tomo IV., Editorial Velra, Barcelona 1943.
- PORTALIS, «Discours N.º 15 Livre I, Titre V, Exposé des motifs de la loi relative au mariage per le Conseiller d'Etat Portalis » (pp. 219 a 266) en *Code Napoléon, suivi de l'exposé des motifs, rapports, opinions et discours sur chaque loi*. A Paris, chez Firmim Didot, Libraire et fondeur en caractères d'imprimerie, Roue de Thionville n.º 10, 1808. Tomme deuxième.
- PUIG FERRIOL, Lluís: *L'estat civil de dona casada segons el dret civil a Catalunya*. Barcelona, 1971.

- PUIG FERRIOL, Lluís, ROCA TRÍAS, Encarna: *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*. Tomo II (Derecho familiar catalán), Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1979.
- *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*. Tomo I (Introducción y parte general del derecho civil de Cataluña), Bosch, Casa Editorial. 2.^a edición, Barcelona 1984.
- PUIG SALELLAS, Josep M.^a: «Notas sobre la autonomía de la mujer casada en la Compilación catalana», en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Cátedra Duran i Bas, Barcelona 1971.
- RAMÓN, Joseph: *Consiliorum iura cum Sententia Senatus Regii Cathaloniae*. Parmae, 1695. Lib III, *Observantium in Consilium* 96, n.º 25, Lib. IV, *Decis* 68, n.º 12 y 13.
- SALVADOR CODERCH Pablo, y MIRAMBELL I ABANCÓ, Antonio: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir: M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1990, Tomo XXVII - Vol. 1.º Artículos 1 a 51 de la Compilación de Cataluña.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Juana, y ZAYAS RIQUELME, Joaquín: «La mujer a través de los testamentos. Murcia, siglo XVIII» en *Contrastes. Revista de Historia*, núm 11, 1998-2000, pp. 153 a 168.
- SOLÀ PARERA, Angels: «Las mujeres como productoras autónomas en el medio urbano (siglos XIV-XIX)» en *La historia de las mujeres: perspectivas actuales* (Cristina BORDENRÍAS, ed). Icaria Editorial. Barcelona 2009, pp. 225 a 267.
- SOLE RESINA, Judith: «La situación de la mujer y los menores de edad en el derecho civil de la época (el 1977)», 30 años de la Ley de Amnistía (977-2007), M.^a Jesús Espuny y Olga Paz, Coords., Dykinson, S. L., Madrid, 2009, pp. 211-226.
- SUMNER MAINE, Henry: *El derecho antiguo. Parte general*. Traducción del francés, cotejada con el original, por A. GUERRA. Biblioteca jurídica de Autores contemporáneos. Madrid 1893. Reedición de Editorial Civitas, Madrid 1993.
- RAMOS, Rafael: *Capacidad de los menores para contratar y obligarse. Legislaciones forales. Estudios sobre Derecho civil*. Segunda Parte. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1892.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.