

Finalmente, si la posesión es no sólo la tenencia de una cosa, sino también el disfrute de un derecho (art. 430 C. civil), y todo poseedor está protegido (art. 446), no debe existir inconveniente en otorgar la tutela interdictal a quien se vea inquietado en su *iuris vel facti possessio* por ruidos, gases tóxicos, trepidaciones y demás inmisiones que excedan la normal tolerancia según el uso del lugar y las sanas reglas de la equidad (83).

---

(83) SANTOS BRIZ no duda en otorgar la tutela interdictal ex art. 446 C. c. a quien se vea inquietado en su posesión por ruidos excesivos. Nada en contra se deduce de los preceptos de los artículos 1.652 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*La responsabilidad civil*, 3.<sup>a</sup> ed., cit., p. 700). Por su parte, LOIS ESTEVEZ ha sostenido recientemente la tutela interdictal de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Y, como este autor, no veo inconveniente en esta forma de defensa a unos derechos que sin duda, como reconoce, no están excluidos de los enunciados legales contenidos en los arts. 441 y 446 C. c. (*La protección interdictal de los derechos fundamentales*, "La Ley", año III, núm. 449, septiembre 1982, pp. 1-6).

# Sujetos de las capitulaciones matrimoniales (\*)

Por

JOSE MANUEL LETE DEL RIO

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Consideraciones generales y delimitación del tema.—II. Sujetos contrayentes (futuros o actuales cónyuges): 1. Consentimiento y capacidad: A) Consentimiento. B) Capacidad: a) Menores. b) Incapacitados. III. Sujetos otorgantes «no contrayentes»: 1. ¿Quiénes son los otorgantes de las capitulaciones «no contrayentes»? 2. Inasistencia de los otorgantes «no contrayentes» a la modificación de las capitulaciones matrimoniales.

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y DELIMITACIÓN DEL TEMA.—Entre los caracteres que se predicán de las capitulaciones matrimoniales figuran los de ser un contrato (1) complejo, *bilateral o plurilateral*, ya que —se hagan antes o después del matrimonio (2)— pueden intervenir en ellas no sólo los contrayentes (futuros o actuales cónyuges) sino también otras personas: padres, tutor, parientes o extraños, que lo hacen para complementar la capacidad de los contrayentes, para dar o prometer algo, efectuar la atribución de una mejora, o bien porque se aprovecha la forma pública de las capitulaciones (3); sin embargo, estas personas (padres, parientes o extraños) no son *parte* en el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio (contenido tí-

---

(\*) El texto original, que reelaborado constituye el presente trabajo, fue la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, el día 13 de mayo de 1982, con motivo de las «Jornadas jurídicas gallegas».

(1) Hay autores que prefieren hablar de *convención* cuando las capitulaciones se limitan a fijar el régimen económico del matrimonio. Vid. PLANTOL-RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2.<sup>a</sup> ed. por Boulanger, París, 1957, pág. 51.

(2) Cfr. artículo 1.326.

(3) En las capitulaciones se pueden incluir cuantos actos y negocios jurídicos es posible formalizar, de acuerdo con la ley, en documento público, aunque sean extraños al régimen económico del matrimonio.

pico de los capítulos), sino que su condición de parte deriva de las concretas estipulaciones que establecen, en función de las cuales se exige su asistencia y concurso para la modificación de las capitulaciones a que se refiere el artículo 1.331.

No ofrece duda que los sujetos por antonomasia de las capitulaciones son los contrayentes, sin ellos no puede haber capitulaciones; como dice Lacruz (4), únicamente los esposos son parte en todas y cada una de las estipulaciones. A ellos se refieren los artículos 1.315: «el régimen económico del matrimonio será el que los *cónyuges* estipulen en capitulaciones matrimoniales», y 1.325: «en capitulaciones matrimoniales podrán los *otorgantes* estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo», si bien —previene el art. 1.317— «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Ahora bien, bajo la denominación genérica de *otorgantes*, el artículo 1.331 contempla una segunda categoría de sujetos «*no contrayentes*», a la que se refiere por vía indirecta y con escaso tecnicismo «*como aquellas personas que conceden derechos*». Esta figura de los otorgantes «*no contrayentes*», y su necesaria participación (asistencia y concurso), si vivieren, en la modificación de las capitulaciones, se estructura como una excepción al régimen general de libertad de los contrayentes para modificar en cualquier tiempo y modo las capitulaciones otorgadas; es decir, el artículo 1.331 se establece como excepción al artículo 1.325. Desde luego, es obvio que si estas personas («*no contrayentes*») pueden intervenir en la modificación, en cuanto afecta a derechos por ellas concedidos, es porque previamente habían intervenido en el otorgamiento de los capítulos concediendo dichos derechos; por consiguiente, una interpretación literal de los artículos 1.325 y 1.331 pone de manifiesto que en las capitulaciones matrimoniales se pueden encontrar dos tipos de sujetos: a) los otorgantes *contrayentes* (futuros o actuales cónyuges), cuyas mutuas declaraciones de voluntad son imprescindibles para la existencia de los capítulos; y b) los otorgantes «*no contrayentes*», cuya intervención no es necesaria para la existencia y validez de los capítulos, pero que han intervenido inicialmente constituyendo o concediendo derechos, y precisamente por eso su asistencia y concurso es requerida, si vivieren, para el supuesto de novación de las capitulaciones, siempre que la modificación afectare a los derechos por ellos concedidos. Y, efectivamente, es cierto que la condición de parte de los otorgantes «*no contrayentes*» se encuentra subordinada, en cuanto deriva de las concretas estipulaciones que establecen, pero también lo que ya no puede afirmarse que sólo los esposos son los que van a estar sometidos a las normas que regulan la econo-

(4) *Elementos de derecho civil*, vol. IV (derecho de familia), ed. experimental, 2.º fasc., Barcelona, 1982, pág. 319.

mía de su matrimonio, pues no cabe desconocer que esas específicas estipulaciones capitulares otorgadas por los «no contrayentes» pueden referirse a la estructuración de una auténtica sociedad familiar; es decir, a la capitulación de un régimen económico que afecte no sólo a la sociedad conyugal, sino también a terceras personas que vienen a quedar integradas en una sociedad —en sentido no técnico— familiar, así como el carácter sucesorio de determinadas estipulaciones (5).

En el nuevo artículo 1.331 se ha suprimido la referencia a los otorgantes «no contrayentes» en cuyo favor los cónyuges han constituido derechos (6); lo que parece acertado, pues —como dice Lacruz (7)— la modificación de las capitulaciones no podía afectar a los derechos concedidos por los contrayentes en favor de los «no contrayentes», para los que lo pactado entre los cónyuges es «*res inter alios acta*», y cuyos derechos ya adquiridos en ningún caso podrán ser perjudicados por la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio (8).

Como se observa, la determinación de la naturaleza y características de los sujetos «no contrayentes» tiene un interés específico, por lo que parece oportuno examinar ambas figuras con independencia: la de los otorgantes *contrayentes* y la de los otorgantes «no contrayentes».

II. SUJETOS CONTRAYENTES (futuros o actuales cónyuges).—Los contrayentes mayores de edad son libres para regular las relaciones económico-patrimoniales de su matrimonio, sin más limitaciones que las establecidas en el Código civil. Los futuros cónyuges, si las capitulaciones se otorgan con anterioridad al matrimonio, o los cónyuges ya, si se otorgan con posterioridad a la celebración del mismo (9), pueden —a tenor de lo establecido en los arts. 1.315 y 1.325— estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio (sea convencional o legal), así como cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. También pueden, simplemente, excluir el régimen pactado, en cuyo caso se aplicará el de gananciales, o excluir el de la sociedad de gananciales, supuesto en el que se aplicará el régimen de separación de bienes (10). Igualmente pueden mantener el régimen legal elegido, modificándolo en aspectos singulares, siempre que no sobrepasen las limitaciones legales (11).

(5) Cfr. artículos 826, 827 y 831. Este último, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, permite ordenar la fiducia sucesoria a ambos cónyuges de común acuerdo en capitulaciones y a uno sólo en su testamento.

(6) Cfr. artículo 1.319 derogado.

(7) *La reforma del derecho de familia del Código civil español*, fasc. 1.º (Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad), Madrid, 1979, pág. 26.

(8) Cfr. artículo 1.317.

(9) Cfr. artículo 1.326.

(10) Cfr. artículo 1.435, p. 2.º.

(11) Cfr. artículo 1.315.

1) *Consentimiento y capacidad.*

A) *Consentimiento.*—Las capitulaciones matrimoniales requieren el consentimiento de los contrayentes. El consentimiento es siempre necesario, tiene que existir y no estar viciado. Ahora bien, tratándose de vicios del consentimiento, ¿se aplicarán las reglas del derecho común, que consagran tres clases de vicios (error, violencia y dolo) o, como el contrato de capitulaciones es accesorio del matrimonio, habrá de aplicarse la normativa especial de éste relativa a los vicios del consentimiento, que no reconoce más que dos: error y violencia? Aunque la cuestión es mucho más teórica que práctica, se estima por la generalidad de la doctrina que prevalece el aspecto contractual de los pactos nupciales sobre el carácter matrimonial y, por tanto, el contrato de capitulaciones puede ser declarado nulo por dolo. Que el legislador haya establecido una regulación muy particular en materia de matrimonio, y haya excluido el dolo, se justifica —como dice García Cantero (12)— «por la dificultad que habría de diferenciar el *dolus bonus* de las verdaderas maquinaciones insidiosas determinantes del consentimiento, lo cual daría lugar a frecuentes impugnaciones»; es decir, lo hace en vista a disminuir las causas de nulidad, ya que los inconvenientes derivados de la invalidez de unas capitulaciones son evidentemente mucho menores, pues los esposos permanecen casados.

Por consiguiente, nada obsta a que las capitulaciones matrimoniales sean válidas y no el matrimonio o bien que no lo sean las capitulaciones y sí el matrimonio, sin que ello atente a la dependencia o accesoriedad de los capítulos respecto del matrimonio, siendo de notar que la no celebración del matrimonio o su disolución o nulidad incide de muy distinta manera sobre las capitulaciones: en el supuesto de que el matrimonio no se celebre no se discute la validez de las capitulaciones, simplemente se produce la caducidad de las mismas, o como dice el artículo 1.334 «todo lo que se estipule quedará sin efecto»; si la disolución del matrimonio tiene lugar por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio tampoco se va a cuestionar la validez de las capitulaciones, ni su funcionamiento anterior; en cambio, la nulidad del matrimonio arrastra consigo la nulidad retroactiva de las capitulaciones, si bien «la declaración de nulidad no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe» (13), además de la opción sobre el modo de practicar la liquidación de los bienes que integran la comunidad conyugal y el derecho de indemnización que los artículos 95, párrafo 2.º, y 98 del Código civil conceden al cónyuge de buena fe (14).

(12) *El vínculo de matrimonio civil en el derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 178.

(13) Cfr. artículo 79.

(14) Sobre esta cuestión vid. LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, vol. I (Matrimonio y divorcio), Madrid, 1982, págs. 163 a 174.

Precisamente para garantizar la libertad del consentimiento y dado el carácter personalísimo que se atribuye a la facultad de otorgar las capitulaciones matrimoniales, como lo demuestra el hecho de que se conceda capacidad al menor de edad para otorgarlas por sí mismo, así como la accesoriedad de éstas al matrimonio, justifican el que sea generalmente reconocido por la doctrina que el contrayente imposibilitado de asistir al acto no puede conceder un mandato general para otorgar las capitulaciones en su nombre, dejando al mandatario completa libertad para discutir y establecer las condiciones económicas del matrimonio, sino que únicamente se admite la interposición de la figura del «*nuntius*», lo que quiere decir que el poder que se otorgue ha de ser especial e imperativo, en el que consten de modo expreso todas y cada una de las estipulaciones (15), pues solamente así se podrá tener la certeza de que éstas han sido aceptadas libremente por el contrayente mandante (16).

B) *Capacidad*.—De acuerdo con las reglas generales de la contratación, y entre ellas el precepto fundamental del artículo 1.263, párrafo 1.º, «los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento» y, por consiguiente, no tienen capacidad para celebrar contratos, de lo que en principio se deduce que para otorgar capitulaciones matrimoniales sería necesaria la capacidad plena: la mayoría de edad; sin embargo, como advierte Castán (17), «no puede el Derecho exigir para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales la capacidad plena del mayor de edad, puesto que pudiendo el menor (a partir de ciertas edades) contraer matrimonio, sería absurdo se le privara del derecho a regular la organización económica de la familia que va a crear». De ahí que el Código civil extienda la capacidad para capitular a aquellas personas que carecen de ella según las normas comunes, pero que tienen la posibilidad de contraer matrimonio válido (18), si bien complementando su capacidad con el asentimiento de determinadas personas. Es la aceptación y traducción del antiguo brocardo «*habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*», aunque este adagio, en el que se inspira nuestra ley, no debe ser interpretado literalmente para llevarlo a sus últimas consecuencias, pues —como observa Lacruz (19)— «hay personas capaces de contraer matrimonio válido, y que no pueden capitular válidamente sin asentimiento de

(15) El poder habrá de acreditarse en forma auténtica (art. 1.280, núm. 5).

(16) En este sentido, RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., Bruxelles, 1978, pág. 90.

(17) *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1.º, 9.ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, 1976, páginas 306-307.

(18) En este sentido, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, t. IV, vol. 1.º, Barcelona, 1967, pág. 402. En contra, VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, pág. 112), que distingue entre *posibilidad legal y capacidad*.

(19) *Elementos*, vol. IV, *cit.*, pág. 320.

otras (20), o bien personas que por el momento no pueden casarse entre sí, pero sí capitular, como sería el caso de personas entre las que media impedimento indispensable de parentesco» (21).

Las normas especiales sobre capacidad para capitular, y que constituyen una importante excepción a las reglas generales de la contratación, se hallan contenidas en los artículos 1.329, por lo que se refiere a los menores, y 1.330, para los incapacitados judicialmente. Pero, es de notar que si las capitulaciones matrimoniales contienen actos, negocios o contratos ajenos al estatuto patrimonial del matrimonio, es decir, que no constituyen un verdadero pacto nupcial, la capacidad de las partes intervinientes estará sujeta a las normas generales y a las específicas que regulan cada caso concreto.

a) *Menores*.—Según el artículo 1.329, «*el menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación*».

Este precepto, en atención a la subordinación del contrato de capitulaciones respecto del matrimonio (*causa matrimonii*) (22), contiene la excepción a la regla general consignada en el artículo 1.263, párrafo 1.º, ampliando la capacidad de obrar del menor, al que concede una dispensa de edad. Dispensa que, después de la ley de reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981, hay que entender alcanza y comprende igual al menor de edad que al emancipado, lo sea por concesión o por matrimonio; pues, obsérvese: 1.º que la ley, al establecer una normativa común para *todos los*

---

(20) Como dice CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, ed. revisada y puesta al día por Cossio y Gullón, t. II, Madrid, 1959, página 488), este adagio no quiere decir que basta la capacidad para casarse, y que ésta cubre la capacidad contractual, sino que la incapacidad contractual es suplida con la asistencia de determinadas personas.

(21) No son válidas las capitulaciones otorgadas antes de la edad nupcial, aunque el matrimonio se celebre después de tenerla cumplida, pues el artículo 1.329 dice que podrá otorgar capitulaciones «*el menor que con arreglo a la ley pueda casarse*». Tampoco serán válidas, aunque LACRUZ opina que es discutible (*Tratado teórico-práctico de derecho civil*, t. IV, vol. 1.º. Derecho de familia. El matrimonio y su economía, Barcelona, 1963, pág. 279, nota 3), las capitulaciones otorgadas cuando existía un impedimento indispensable, aunque éste desaparezca después y con anterioridad a la celebración del matrimonio.

(22) «Como causa, suele asignarse a los capítulos la celebración del matrimonio». Sin embargo, LACRUZ (*Elementos*, vol. IV, *cit.*, págs. 318-319) opina que «en nuestro Derecho positivo no puede hablarse propiamente de *causa* de los capítulos, que son un *instrumentum* capaz de contener estipulaciones, en cuanto *negotium*, radicalmente influidas por un matrimonio que es su presupuesto y base, pero no su causa. Sobre todo, en el actual régimen la posibilidad de capítulos postnupciales elimina cualquier papel protagonista de la boda». No obstante, considera este autor que «los capítulos son *matrimoniales*, es decir, que el matrimonio juega, en la producción de sus efectos, un papel esencial».

emancipados referente a la capacidad para disponer de sus propios bienes (art. 323), ha equiparado en efectos ambas clases de emancipación (por concesión y por matrimonio), sin perjuicio de que el emancipado por matrimonio, en cuanto a los bienes comunes haya de atenerse a lo dispuesto en el artículo 324; 2.º que el artículo 1.329 habla de menores, exigiendo el asentimiento de los padres o tutor tanto para las capitulaciones matrimoniales que se lleven a cabo *antes* como para las que se otorguen *después* de la boda, sin hacer distinción de los ya casados y los emancipados al casarse, y como dice Lacruz (23) «el período en cuestión sólo pudo introducirse en el texto legal para imponer también a aquellos el consentimiento paterno o tutelar»; y 3.º que, como advierte De los Mozos (24), «tampoco tiene sentido, con la mayoría de edad a los dieciocho años, restringir tanto la aplicación del precepto que quede reducida a una hipótesis meramente académica, como sería: los mayores de catorce años y menores de dieciséis que no pacten la separación de bienes o el régimen de participación». Por tanto, hay que concluir afirmando que el que tiene capacidad para casarse, por haber sido emancipado o por haber obtenido dispensa de edad (25), también la tiene para otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en ambos supuestos se trata de menores de edad que con arreglo a la ley pueden contraer matrimonio válido.

Efectivamente, al menor se le reconoce capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales; pero, como observa Castán (26), «para hacer la excepción menos violenta», el artículo 1.329 ha establecido un suplemento de capacidad, exigiendo el *concurso* y *consentimiento* de sus padres o tutor. Lo que quiere decir que la iniciativa debe provenir del propio menor (27), que interviene personalmente, aunque asistido de sus padres o tutor, o lo que es lo mismo que la facultad de capitular la tienen sólo los cónyuges (actuales o futuros) y no sus representantes legales, que se limitan a asistirles. Precisamente de este carácter personalísimo se deduce, como ya se dijo antes, que únicamente será admisible la figura del «*nuntius*», que deberá actuar con poder especial y expreso, en el que habrá de constar el texto íntegro de las capitulaciones.

De otra parte, respecto de la intervención de los padres o tutor, entiendo que el artículo 1.329 acoge la doctrina del principio de unidad de acto: necesidad de asistencia física al acto de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, es decir, se exige no

(23) *Elementos*, vol. IV, *cit.*, pág. 321.

(24) *Comentarios al Código civil español y Compilaciones forales*, tomo XVIII, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 218.

(25) Cfr. arts. 46 y 48.

(26) *Ob. cit.*, pág. 307.

(27) Como dice DE CASTRO (*Derecho civil de España*, parte general, tomo II-1, Madrid, 1952, pág. 236), «quien hace el negocio jurídico o la enajenación es el emancipado; es su negocio y es la suya la voluntad y la declaración negocial. El consentimiento o asistencia se agrega o une, completando el negocio, pero sólo en el sentido de hacerle completamente eficaz».

sólo el consentimiento (*asentimiento*) sino también el concurso (*asistencia*). Por consiguiente, este consentimiento (asentimiento) no puede ser posterior al acto de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y al matrimonio (28) (aunque es posible que la persona obligada al concurso preste su consentimiento con posterioridad al otorgamiento de los capítulos y *antes* de la celebración del matrimonio) (29), así como tampoco cabe una delegación o representación concebida en términos generales y que sustituya la presencia personal; si bien sí que podrá ser anterior al acto de otorgamiento, en el supuesto de que estas personas estuviesen impedidas de asistir, sustituyendo su presencia por la de un tercero («*nuntius*»), que concurrirá a aprobar unas capitulaciones matrimoniales cuyo contenido deberá constar íntegra e imperativamente en el poder notarial otorgado a tal efecto (30), y —como dice Peña (31)— no estamos en este caso ante una representación: el tercero facultado no tiene más poder que el de firmar.

El consentimiento o asentamiento habrán de prestarlo, según el artículo 1.329, «*sus padres*» (los del menor). Referencia que ha de interpretarse, de acuerdo con el vigente sistema de atribución conjunta de la patria potestad al padre y a la madre (32), como consentimiento o asentimiento de ambos progenitores (33), si los

---

(28) Como dice PEÑA (*El «concurso» de las personas designadas en el art. 1.318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ley aplicable al régimen económico matrimonial de española con extranjero. Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955, ADC, 1956, pág. 316*), apoyándose en DE CASTRO (*Ob. cit.*, pág. 237), «parece que aquí juega la misma razón invocada para el consentimiento o asistencia del emancipado por el padre, madre o tutor: el posterior no es eficaz, pues el padre, madre o tutor no tienen ya poder para despojar al emancipado de la acción de impugnación ya nacida. En las capitulaciones sin concurso, las personas que habían de prestarlo carecen también de poder para despojar al menor de la acción de impugnación».

(29) Vid. en este sentido, Díez PICAZO-GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Madrid, 1978, pág. 149) y LACRUZ (*Elementos*, vol. IV, *cit.*, pág. 322).

(30) MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo IX, 6.<sup>a</sup> ed., rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1969, págs. 166-167), al comentar el antiguo art. 1.318, antecedente del actual art. 1.329, admitía «excepcionalmente la posibilidad de suplir la concurrencia con una escritura pública en la que el llamado a consentir determine con precisión, detalle y claridad los pactos que han de contener las capitulaciones matrimoniales del menor a que presta su asentimiento». «Y esto —dice este autor— hay que admitirlo por razones de equidad, atendiendo al favor que merecen al legislador las capitulaciones matrimoniales, a las dificultades que en algunos casos pueden presentarse en la práctica para la concurrencia personal simultánea de los menores y de sus padres o tutor, y a que en el fondo el consentimiento en esa forma precisa y detallada equivale a la asistencia o presencia en el acto del contrato, pero sin desconocer por ello que las frases *concurrencia*, *concurso* y *firma*, que se emplean en nuestro art. 1.318, pueden dar lugar a dudas, que creemos deben resolverse en el sentido expuesto, porque la ley no prohíbe para dicho caso la comparecencia por medio de apoderado con poder especial que equivalga a la presencia del poderdante».

(31) *Ob. cit.*, pág. 316.

(32) Cfr. art. 154.

(33) Cfr. art. 156, párrafo 1.º.

tuviere. Pero como la actual regulación de la patria potestad distingue entre titularidad y ejercicio, el artículo 156 comienza estableciendo la regla general del ejercicio conjunto (mancomunado) por ambos progenitores, y seguidamente —en el propio precepto— contempla las excepciones en que se permite el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los padres, lo que obliga a distinguir los diferentes supuestos:

1.º La patria potestad puede ser ejercida, dice el artículo 156, párrafo 1.º, proposición 2.ª, «por uno solo (de los padres) con el consentimiento expreso o tácito del otro». Esta declaración obliga a efectuar tres tipos de consideraciones: *primera*, de carácter general, para precisar que no se trata de una verdadera excepción a la regla general de actuación conjunta, puesto que —como afirma Uribe (34)— «aunque la actuación concreta la realice uno solo de los padres, lo que no ofrece dudas es que no actúa sólo por sí, sino también y además en nombre del otro padre, en su representación y en uso del consentimiento expreso o tácito que éste le hubiere prestado», es decir, se trata de una actuación conjunta no simultánea; *segunda*, referida igual que la siguiente al caso concreto de capitulaciones matrimoniales, para indicar que únicamente será posible el consentimiento expreso, que —a tenor de lo dispuesto en el art. 1.280, núm. 5— deberá constar en escritura pública; y, *tercera*, para opinar en pro de la posibilidad de que el consentimiento que uno de los progenitores concede al otro, para asentir al acto de otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales del menor, sea genérico: una delegación o autorización en blanco en el otro cónyuge cotitular, si bien el padre o madre actuante no podrá a su vez delegar esta facultad (35)

2.º «En caso de desacuerdo», en el artículo 156, párrafo 2.º, se contemplan dos hipótesis: *Primera*: el «desacuerdo simple»; en cuyo caso, al producirse éste en el concreto tema que nos ocupa del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento o asentimiento habrá de prestarlo aquél de los padres al que el Juez haya atribuido la facultad de decidir. La decisión judicial se adopta después de oír a ambos progenitores y al hijo si tuviera suficiente juicio, y sin posibilidad de ulterior recurso (36). *Segunda*: que «los desacuerdos fueran reiterados»; en este supuesto el Juez, con las garantías de procedimiento que antes se ha hecho

(34) *La representación de los hijos*, AAMN, tomo XXV, Madrid, 1982, pág. 253.

(35) Sobre las razones a favor de un consentimiento general y previo, vid. DÍEZ PICAZO (*Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*, ADC, 1982, págs. 10-11), DE PRADA (*La patria potestad tras la reforma del Código civil*, AAMN, tomo XXV, Madrid, 1982, pág. 368) y URIBE (*Ob. cit.*, págs. 253-254).

(36) Sobre el sentido y significado de la frase «sin ulterior recurso», así como la posible contradicción entre el art. 156 y la disposición transitoria décima, vid. DE PRADA, *Ob. cit.*, págs. 373-374.

mención, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 156, párrafo 2.º, proposición 2.ª, podrá atribuirle (hay que entender la patria potestad, y más concretamente su ejercicio) total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones». En esta segunda hipótesis se contemplan, a su vez, distintas y variadas soluciones: a) *atribución total* del ejercicio de la patria potestad a uno solo de los padres; b) *distribución de funciones*, que, si se ha efectuado con arreglo al enunciado de deberes y facultades del artículo 154, mediatiza la intervención, en el sentido de que aquel de los padres al que se haya atribuido la facultad de «representar al hijo y administrar sus bienes» será quien deberá prestar su concurso y consentimiento a las capitulaciones matrimoniales, y ello sin perjuicio de que —como dice Díez Picazo (37)— pudiera haberse hecho una disección más amplia del elenco de funciones; c) *atribución parcial*, en cuyo caso también caben dos posibilidades: una, que el tema de las capitulaciones matrimoniales del hijo menor fuese de aquellas que se ha atribuido a uno solo de los padres; otra, que la cuestión de los capitúlos se encuentre entre aquellas funciones que no han sido distribuidas, sino que continúan en el ejercicio conjunto de ambos progenitores.

3.º «En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro» (38). La expresión «*en defecto*» debe entenderse referida al caso de muerte o de declaración de fallecimiento de uno de los padres, al de que el menor no tenga padre o madre legalmente conocido, o al supuesto de que uno de los progenitores hubiere sido privado de la patria potestad. Por ausencia o incapacidad debe entenderse las judicialmente declaradas. Y la *imposibilidad* comprende la ausencia e incapacidad de hecho (39).

4.º Y el último párrafo del artículo 156 dice que, «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva». Según el tenor literal de este precepto parece lógico considerar incluidos todos los casos de padres separados, siempre que la separación no sea consecuencia de un procedimiento pendiente o resuelto de nulidad, separación o divorcio, pues en este supuesto el Juez habrá aprobado el acuerdo contenido en el convenio o bien adoptado las medidas a que se refieren sobre este extremo los artículos 103-1.ª y 94-4.

En defecto de ambos padres, según el artículo 1.329, el menor necesitará el concurso y consentimiento de su tutor, el cual necesitará autorización del Consejo de familia por tratarse de acto o contrato sujeto a inscripción (40) o susceptible de inscripción (41).

(37) *Ob. cit.*, págs. 13-14.

(38) Cfr. art. 156, párrafo 4.º.

(39) En sentido contrario, DE PRADA (*Ob. cit.*, pág. 382).

(40) Cfr. art. 269, 5.

(41) Vid. LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo IV, Madrid, 1978, pág. 308.

Autorización que habrá de versar sobre un proyecto acabado de capitulaciones matrimoniales Y si no está constituido el organismo tutelar, el tutor habrá de ser nombrado «ad hoc», se trataría de una tutela «restringida», sistemáticamente adicionable a la de los menores emancipados o habilitados de edad (42).

Contra la decisión de prestar o no el consentimiento (asentimiento) no cabe recurso alguno; sin embargo, los inconvenientes que se pudieran derivar de esta negativa han quedado paliados, después de las leyes de reforma del Código de 1975 y 1981, ante la posibilidad de poder los cónyuges capitular constante matrimonio y, además, poder pactar, sin necesidad de consentimiento, los regímenes de separación de bienes o de participación.

Precisamente esta segunda posibilidad pone de relieve, en comparación con la normativa derogada, la importante novedad introducida por el legislador de 1981: al menor de edad, que se limita a pactar el régimen de separación de bienes o el de participación, se le reconoce plena capacidad, sin que necesite ser asistido de sus padres o tutor. Aunque, como dice Albaladejo (43), «más correcto hubiese sido decir que salvo que se limite a pactar un *régimen legal*, por si se da el insólito caso de que se capitula pactando el de gananciales, que aunque regiría en defecto de pacto, nada impide que se pacte. Y es evidente que pactarlo en capitulaciones no requeriría el concurso en éstas de padres o tutor». Es decir, el menor puede libremente elegir entre cada uno de los tres regímenes que el Código civil le ofrece, bien no capitulando, en cuyo caso regirá la sociedad de gananciales, o bien capitulando y eligiendo entre uno de los otros dos: el de separación de bienes o el de participación. Ahora bien, es necesario señalar que el menor que desea prescindir de la asistencia de sus padres o tutor se le aplica rígidamente un sistema de «*numerus clausus*» de regímenes económico-matrimoniales, ya que viene obligado a estipular única y exclusivamente uno de dichos regímenes, y asumirlo tal y como la ley lo regula, sin que pueda introducir en él variación alguna: no cabe alterar los rasgos, principios y reglas del sistema elegido. Por consiguiente, parece lógico concluir afirmando que si en los capítulos se contienen pactos distintos al establecimiento del régimen y que inciden en su regulación legal, modificándola o alterándola, aquéllos serán ineficaces y regirá la sociedad de gananciales; pero si, en cambio, los pactos no alteran ni modifican el régimen de separación o de participación elegido, aquéllos no serán válidos y sí el establecimiento del régimen (44).

(42) Vid. SANCHEZ REBULLIDA, *Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados*, ADC, Madrid, 1966, págs. 767 y ss.

(43) *Curso de Derecho civil*, vol. IV, Barcelona, 1982, pág. 138, nota 1.

(44) ALBALADEJO (*Ob. cit.*, pág. 138) opina que «no se ve por qué no habría de prescindirse de tal intervención (la de los padres o tutor), si el pacto que sea le proporciona liberalmente algo a lo que, si no, no tendría derecho, o le exime o aminora, sin nada a cambio, un deber que le correspondería».

¿Cuál es la razón por la que un menor de edad puede libremente pactar, sin el asentimiento de sus padres o tutor, el régimen de separación de bienes o el de participación? Desde luego, no resulta fácil encontrar una explicación a este reconocimiento de plena capacidad del menor. A primera vista podría parecer que el legislador se ha fijado en la naturaleza del acto a concluir, en la distinción entre actos de administración y de disposición o de enajenación, y trasvasando esta distinción considera necesaria la capacidad de disposición para adoptar un régimen de comunidad, en cuanto que establecer esta clase de régimen supone, en definitiva, disposición o enajenación de una parte más o menos importante de los bienes de un cónyuge en provecho de la comunidad; en cambio, estima suficiente la capacidad para administrar en la hipótesis de que el menor se limite a establecer un régimen de separación (45). En este sentido, cabría pensar que en la mente del legislador latía la idea de que estipular un régimen de separación de bienes o de participación ofrece mayores garantías para los bienes privativos del cónyuge menor, ya que no se compromete el valor, la individualización y la permanencia de los bienes en el seno del patrimonio de cada uno de los cónyuges (46).

Sin embargo, un planteamiento de esta naturaleza quiebra desde el mismo instante en que conectamos con el artículo 1.316; pues, a tenor de lo dispuesto en este precepto, «a falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales». Es decir, que si los cónyuges no han establecido que el matrimonio estará sometido a otro régimen diferente (el de separación de bienes o el de participación), o en el caso de que las capitulaciones matrimoniales devengan ineficaces, la ley declara imperativamente que regirá un régimen de comunidad: el de la sociedad de gananciales. Ante esta objeción se podría discurrir de otra manera, y argumentar que es suficiente la capacidad para casarse para encontrarse sometido al régimen legal de comunidad (sociedad de gananciales), y que, en cambio, la capacidad de disposición o enajenación solamente es requerida en el supuesto de que los contrayentes pretendan alterar o modificar la regulación legal de la sociedad de gananciales, del régimen de separación de bienes o del de participación. No obstante, considero que la calificación de acto de administración o de disposición se compagina mal con una opción tan importante como es elegir un régimen económico-matrimonial, y que —como dice Renauld (47)— puede tener una trascendencia decisiva sobre el patrimonio y el porvenir de los cónyuges. Por ello entiendo que, si lo que se pretende es salvaguardar la posible inexperiencia del menor y proteger sus intereses, el plan-

(45) Vid. OVERSTAKE, *Le contrat de mariage des incapables*, RTDC, 1971, pág. 2.

(46) Vid. GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 19.

(47) *Droit patrimonial de la famille*, tomo I (*Régimes matrimoniaux*), Bruxelles, 1971, pág. 287.

teamiento debe ser diferente: la capacidad para contraer matrimonio conlleva la mera capacidad electiva, de opción que se circunscribe a los tipos legales, dentro de un sistema que para el menor, que desea actuar sin complemento de capacidad, es de *numerus clausus* y normas imperativas; o, dicho de otro modo, que la facultad de determinación del régimen económico del matrimonio se encuentra limitada a las posibilidades legales, cuya normativa en ningún caso puede ser alterada o modificada.

Obsérvese que el menor tiene facultad de elección de régimen económico para su matrimonio, pero, ¿la tiene también para cambiarlo o sustituirlo por otro distinto sin necesidad de concurso y consentimiento de sus padres o tutor? Cabe plantear, a este respecto, algunos supuestos:

*Primero.*—El régimen inicialmente pactado es el de separación de bienes y, después de celebrado el matrimonio, el menor (emancipado) desea sustituirlo por el de la sociedad de gananciales. ¿Necesitará de la asistencia de sus padres o tutor, o podrá actuar sin ella? En principio, habría que pronunciarse a favor de que el menor pueda novar el régimen económico del matrimonio sin necesidad de ser asistido, en base a las razones siguientes: a) según el artículo 1.325, en capitulaciones pueden los cónyuges sustituir el régimen económico de su matrimonio, y a tenor del artículo 1.329 el menor puede otorgar capitulaciones *antes o después de la boda*; b) el régimen de la sociedad de gananciales hubiera podido tenerlo sin necesidad de pacto, y caso de haberse pactado dicho régimen inicialmente no hubiera sido requerido el concurso de los padres o tutor; y c) los bienes propios de cada uno de los cónyuges continuarán teniendo este mismo carácter. Y por lo que se refiere a la liquidación del régimen de separación de bienes, que viene limitada al pago de las contribuciones atrasadas o los gastos comunes y a las compensaciones a que hubiere lugar entre los patrimonios de ambos cónyuges, no veo especial inconveniente siempre que no haya necesidad de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor; y en el supuesto de que existieran bienes de esta naturaleza, respecto de los cuales se dudase de su carácter privativo o fueren comunes, cosa perfectamente posible, habría que predicar la necesidad de asistencia, igual que en el supuesto anterior, de los padres o tutor.

*Segundo.*—El régimen pactado, antes del matrimonio, es el de participación, y con posterioridad se quiere sustituir por el de la sociedad de gananciales. En este caso, además de lo dicho antes, cabe argüir que no se trata de una liquidación propiamente dicha, sino más bien de establecer un estado de cuentas. Pero qué duda hay de que también, vigente este régimen de participación, podrían existir bienes comunes o presuntamente comunes, o que se produzca la necesidad de tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar

bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, supuestos todos que demandarían el concurso y consentimiento de los padres o tutor.

*Tercero.*—El matrimonio se ha contraído bajo el imperio de la sociedad de gananciales, y posteriormente se intenta sustituir este régimen por el de separación de bienes o el de participación. Si bien hay que advertir que no sería necesario convenir expresamente el régimen de separación de bienes, puesto que el simple acuerdo de eliminar la comunidad (sociedad de gananciales) da entrada al régimen de separación de bienes (48).

Pues bien, desde la perspectiva del artículo 1.329, que permite dicho pacto antes o después de la boda, siempre que se contraiga al establecimiento del régimen de separación de bienes o del de participación, se podría sostener la posibilidad de llevarlo a cabo. Sin embargo, el problema se plantea en este caso con mayor intensidad en cuanto a la liquidación del régimen, pues aquí hay que distribuir y adjudicar indefectiblemente bienes comunes. Por consiguiente, siempre que entre dichos bienes haya inmuebles establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor será de aplicación el artículo 324, y a tenor del mismo como existe una manifiesta contradicción de intereses entre los dos cónyuges, aún en el supuesto de que uno de ellos fuere mayor de edad, se hará necesaria la asistencia de los padres o tutor del otro.

Conviene aclarar que, a tenor de como se ha argumentado, he tratado de demostrar que la necesidad de la asistencia de los padres o tutor, en último término, viene arrastrada la mayoría de las veces por la necesidad de liquidación del régimen económico que se trata de sustituir. Y esto viene a demostrar que al ser necesaria la asistencia para la liquidación también lo será para la novación del régimen, por la sencilla razón de que no será posible mantener sin liquidar el régimen sustituido, así como tampoco mantener la masa común en copropiedad y coexistiendo con el régimen elegido, ya que esto supondría alterar la plantilla legal.

¿Qué sucede en el supuesto de que las capitulaciones matrimoniales hayan sido otorgadas por el menor sin el complemento de capacidad legalmente preterminado? Los términos literales del actual artículo 1.329 son más ambiguos que los del artículo 1.318 derogado, sin embargo, la regulación de las capitulaciones es más completa a estos efectos de la invalidez o ineficacia. Como es sabido, «en la interpretación de los preceptos del Código no hay que estar exclusivamente a su tenor literal cuando éste pugne abiertamente con el sentido general del Derecho reflejado en las demás normas» (49), lo que quiere decir que hay que poner en relación el artículo 1.329 con el artículo 1.335, a cuyo tenor «la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales

---

(48) Cfr. art. 1.435.

(49) Cfr. Sentencia de 13 de octubre 1952.

de los contratos», y precisamente la aplicación de la doctrina general de los contratos determina que la falta de concurso y consentimiento de los padres o tutor, que es un complemento de capacidad que tiene una finalidad de garantía y protección de los intereses del menor, dé lugar a la nulidad relativa (anulabilidad), que es el tipo de ineficacia que el Código utiliza para los actos del menor (50). La acción de impugnación habrá de ejercitarse conforme a lo establecido en los artículos 1.300 y siguientes; es decir, la acción corresponde a la persona en cuya protección es acordada, que puede hacer uso de la misma durante el plazo de duración de la acción (cuatro años), el cual deberá computarse desde que el menor sale de ese estado civil (51), o sea desde la válida celebración del matrimonio (momento en que se produce la emancipación) o desde su convalidación (52), siendo posible la convalidación del vicio o defecto por medio de la confirmación o por el transcurso del plazo de duración de la acción

b) *Incapacitados*.—Según el artículo 1.330 «el incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el Consejo de familia».

Este artículo exige clara y taxativamente que la persona que otorgue las capitulaciones se encuentre ya incapacitada judicialmente, es decir, que hubiere recaído sentencia judicial declarando su incapacidad, y que contra la misma no quepa impugnación o recurso alguno; por consiguiente, la norma no alcanza a aquella persona cuyo procedimiento de incapacidad se encuentra en trámite. Sin embargo, no faltan autores que traen a colación el precedente de esta norma, el artículo 1.323 derogado, y postulan que el espíritu del nuevo artículo 1.330 comprenda también el supuesto de aquellos que están en vías de ser incapacitados por haberse promovido el juicio correspondiente (53). Postura, a mi

(50) Vid. DE CASTRO, *Ob. cit.*, pág. 237.

(51) Cfr. art. 1.301.

(52) Es de tener en cuenta que —como dice LACRUZ (*Ob. cit.*, págs. 322-323, nota 2—, «según el art. 48-3.º, la dispensa ulterior convalida desde su celebración el matrimonio, etc., pero de este precepto no cabría deducir que el plazo de prescripción de la acción de nulidad de los capítulos del menor (mayor de catorce años, no emancipado) que se casa sin dispensa de edad, comienza a contarse, una vez obtenida dicha dispensa, a partir del día de la boda. La retroacción se refiere a los efectos legales, personales y económicos del matrimonio, pero no comprende una acción de nulidad como ésta, fundada en la falta de madurez psíquica del capitulante, que sólo podría comenzar a prescribir cuando ha desaparecido presuntamente tal tacha, que es en el momento exacto de la convalidación del matrimonio, en el cual quedá el contrayente emancipado. En la época anterior, es decir, en el tiempo que medía entre la boda nula y la convalidación, legalmente el casado menor no podía ejercitar la acción, y dicha convalidación no puede conferirle una legitimación pretérita, ni sería justo que el plazo se considerase transcurrido para él, por efecto de la retroacción, en un tiempo en el cual la prescripción, con arreglo al art. 1.301, no había comenzado».

(53) Vid. en este sentido, ALBALADEJO (*Ob. cit.*, pág. 139) y DE LOS MOZOS (*Ob. cit.*, pág. 221).

juicio, arriesgada; pues el sentido literal del precepto es diáfano y terminante, y, además, es también obvio que el legislador quiso eliminar el supuesto de que se hubiese promovido juicio de incapacidad, como lo demuestra el hecho de que en la tramitación parlamentaria de la ley de reforma de 13 de mayo de 1981, en el debate del dictamen de la Comisión de Justicia, al discutirse el artículo 1.330, el señor Pons Irazazábal defendió la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, propugnando volver a la redacción originaria del texto del Proyecto remitido por el Gobierno, por cuanto se había introducido en el dictamen de la Comisión la expresión «o *pendiente del procedimiento sobre el particular*», saliendo triunfante dicho voto particular (54).

La norma contenida en el artículo 1.330 se refiere tanto a los dementes (en el caso de que el loco pueda contraer matrimonio) e interdictos como a los sordomudos que no saben leer y escribir y a los pródigos, si bien no puede olvidarse que en estos dos últimos casos la extensión y límites de la incapacidad vienen determinados en la sentencia, por lo que la aptitud para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales dependerá de los términos de la sentencia judicial por la que se declare la incapacidad (55).

El incapacitado, dice el artículo 1.330, ha de complementar su capacidad con la *asistencia* de su representante legal. Aquí, a diferencia del artículo 1.329 respecto del menor, se habla de *asistencia* en lugar de *concurso* y *consentimiento*, y aunque es claro que el cambio de expresión no debe suponer diferencia alguna entre uno y otro supuesto, indudablemente hubiera sido más acertado hablar de *asistencia* en ambas situaciones.

El representante legal será el tutor o los padres si la patria potestad había sido prorrogada (art. 171) (56), de ahí que la expresión «*en su caso*» *autorizado por el Consejo de familia* viene referida al supuesto de que quien asista al incapacitado sea el tutor, aunque esta aclaración que hace la norma era innecesaria, pues entiendo que, en tanto se mantenga la tutela de familia (está pendiente la reforma de la tutela), la autorización del Consejo de familia para el tutor venía requerida en virtud de lo dispuesto en el artículo 269, núm. 5. Desde luego, en el caso de que el incapacitado no tuviera constituido el organismo tutelar, el Juez deberá proveerlo de tutor, conforme a los llamamientos que la ley previene para la tutela legítima, sin el resto de los órganos tutelares, y al sólo efecto de prestar asistencia para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales (tutor «*ad hoc*»), por lo que con-

(54) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 140, año 1980, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9005-9007.

(55) Vid. LETE DEL RÍO, *Ob. cit.*, comentario a los arts. 218 y 221, páginas 194 y ss. y 203 y ss.

(56) La patria potestad prorrogada se ejercerá de acuerdo con lo dispuesto en la resolución judicial de incapacidad y subsidiariamente por las normas contenidas en el título VII del libro I del Código civil.

sidero que la autorización, en esta circunstancia, deberá ser prestada por la autoridad judicial.

Finalmente, hay que notar cómo el artículo 1.330, a diferencia del artículo 1.329, no autoriza a los incapacitados a prescindir de la asistencia del representante legal para pactar uno de los regímenes legales (sociedad de gananciales, separación de bienes o participación). No se ve la razón o motivo para que no se conceda este ámbito de actuación al pródigo y al interdicto (57).

III. SUJETOS OTORGANTES «NO CONTRAYENTES».—Nuestro Código civil había establecido el principio de la invariabilidad del régimen económico del matrimonio. Según los artículos 1.315 y 1.321, en su redacción original, las capitulaciones matrimoniales únicamente podían otorgarse antes de la celebración del matrimonio, y sólo hasta este momento podían ser alteradas o modificadas. La regla de la inmodificabilidad es rectificadas por la Ley de reforma de 2 de mayo de 1975, que introduce el sistema de mutabilidad antes y después de celebrado el matrimonio. Régimen que mantiene la también Ley de reforma de 13 de mayo de 1981 en los actuales artículos 1.325 y 1.326, en los que se proclama la libertad de los otorgantes para «modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio», «antes o después de celebrado el matrimonio».

En principio, la modificación de las capitulaciones matrimoniales, a tenor de la regla general contenida en el artículo 1.325, pueden realizarla los cónyuges de común acuerdo o, si alguno de ellos fuere menor, complementada su capacidad con la asistencia de las personas a que alude el artículo 1.329. Pero, el actual artículo 1.331 (igual que el derogado art. 1.319) (58) se refiere a la necesidad, para la validez y eficacia de las capitulaciones matrimoniales, de la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes, si vivieren, y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas. En base a este precepto se suele caracterizar a los capítulos como un contrato plurilateral, en el que junto a los contrayentes (o, en su caso, cónyuges) deben concurrir para la modificación (o pueden concurrir en su otorgamiento) terceras personas; si bien la plurilateralidad de vínculos se desarrolla en planos distintos, sin perjuicio de que puedan interferirse.

A primera vista, ante la diferente expresión utilizada por los artículos 1.331 y 1.325, podría parecer que *modificación de las capitulaciones matrimoniales* y *modificación del régimen económico del matrimonio* son dos determinaciones negociales distintas e

(57) Vid. LACRUZ (*Ob. cit.*, pág. 323) y DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo IV, 2.ª ed., Madrid, 1982, pág. 201).

(58) Ambos preceptos tienen una redacción similar y se diferencian en que en el derogado art. 1.319 la exigencia de asistencia y concurso comprendía dos supuestos: cuando «la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas (terceros) en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos».

independientes, cuando en realidad —como dice Lacruz (59)— «a la segunda se llega a través de la primera: la alteración del régimen es un resultado de la de los capítulos. La primera se realiza, como vemos (art. 1.331), con posible intervención, como otorgantes, de personas no cónyuges, que entonces no pactan las nuevas reglas de la economía del matrimonio, lo cual es incumbencia exclusiva de los cónyuges, sino que concurren a efectos de aquellos pactos que afectan a *derechos concedidos* por ellas. La existencia de estos *derechos concedidos*, la circunstancia de quedar afectados por la modificación, y la supervivencia del otorgante, son, pues, tales presupuestos de la necesidad del llamamiento de dichos *otorgantes adicionales*».

1. *¿Quiénes son los otorgantes de las capitulaciones «no contrayentes»?* Su determinación, por vía indirecta y poco técnica, la efectúa el actual artículo 1.331, diciendo que son aquellas personas que «conceden derechos»; por lo que cabe preguntarse ¿cuáles son esos derechos concedidos? En principio, parece que se está aludiendo a aquellas aportaciones o atribuciones que realizan los «no contrayentes» sin contrapartida, o bien en correspondencia a alguna obligación que asumen los contrayentes. Pero, esta matización obliga precisamente a enfocar el tema desde diferentes ángulos, y concretamente en función de la pluralidad de personas que pueden concurrir en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales.

En primer lugar, si los contrayentes o uno al menos de ellos es menor, deben concurrir al otorgamiento o, en su caso, modificación de los capítulos sus padres o tutor; sin embargo a este supuesto lógicamente no se refiere el artículo 1.331, por ocuparse del mismo el artículo 1.329, que ya se ha examinado. También pueden concurrir terceros ajenos al matrimonio y a la familia en general, en cuanto se aprovecha la forma pública para realizar cualquier tipo de negocio o contrato, y no parece que éstos sean otorgantes de las capitulaciones (es, por ejemplo, el caso de la estipulación en favor de tercero, cuando el favorecido haya hecho saber su aceptación al obligado antes de que hubiese sido revocada, conforme al art. 1.257). Evidentemente pueden concurrir a los capítulos personas que constituyan derechos en favor de los cónyuges (por ejemplo: un pariente de la novia hace donación de unas porcelanas, un locutor de radio entrega los billetes de un sorteo al matrimonio del año, etc.) y tampoco parece que, en realidad, sean otorgantes de los capítulos.

Pero, *¿a quiénes se refiere el artículo 1.331?* Entiendo que se refiere a todos los terceros, distintos de los contrayentes o cónyuges, que conceden derechos de cierta entidad en función de un concreto régimen económico-matrimonial (*contemplatio negotii*), o aquellos terceros que reciben derechos de los capítulos en carác-

(59) *Ob. cit.*, pág. 334.

ter de interdependencia causal con los derechos que ellos atribuyen a los contrayentes o de derechos atribuidos a los cónyuges por terceras personas. Por tanto, nos encontramos con dos tipos de terceros, y solamente a la segunda categoría puede referirse, en sentido estricto, el carácter de otorgantes.

En efecto, el donante (por ejemplo: los padres, familiares o extraños que donan a los contrayentes o cónyuges o a uno de ellos) no es propiamente otorgante de las capitulaciones matrimoniales. Hay que tener en cuenta que la regla de la irrevocabilidad de las donaciones, que se manifiesta en el principio *donner et retenir ne vaut*, sigue jugando en esta esfera jurídica y, por tanto, cualquier excepción a la misma —que, en realidad, supone prestar relevancia a los motivos de un acto gratuito, distinto del ánimo de liberalidad— debe ser objeto de interpretación restrictiva. El presupuesto del negocio (el régimen económico del matrimonio) tiene una eficacia muy relativa en orden a la revocabilidad de la donación. La no celebración del matrimonio (antes calificada de causa de revocación) determina la falta del supuesto contemplado como *causa donandi*, razón por la que el artículo 1.342 establece que quedará sin efecto la donación si el matrimonio no llega a contraerse en el plazo de un año, y si bien este precepto no indica la naturaleza de la ineficacia, obsérvese que se trata de una ineficacia que depende de una disposición legal, de una ineficacia provocada y que requiere la reclamación del donante, por ello debe reconducirse hacia la figura de la revocación (60). De otra parte, el legislador, al regular las causas de revocación de las donaciones por razón de matrimonio, se remite en el artículo 1.343, párrafo 1.º, a las causas comunes de revocación de donaciones, exceptuando la supervivencia o superveniencia de hijos; es decir, son causas de revocación de donaciones por razón de matrimonio la ingratitud (61) y el incumplimiento de la carga impuesta (62), con la particularidad de que en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.343 se puntualiza el significado de los artículos 647 y 648 respecto de este tipo de donaciones. Causas de revocación que tienen que ser objeto de interpretación estricta y no susceptibles de aplicación analógica. Por consiguiente, la nueva regulación de las donaciones por razón de matrimonio, efectuada por la ley de reforma de 13 de mayo de 1981, es una concreta cristalización, en esta sede jurídica, de la regla de la irrevocabilidad de las donaciones, sin perjuicio de la resolución de las donaciones que proviene del cumplimiento de condiciones resolutorias.

Entonces, ¿cuál es el sentido de la necesidad de asistencia y concurso de los que concedieron o constituyeron derechos en favor

(60) En este sentido, vid. DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*Ob. cit.*, pág. 215). LACRUZ (*Ob. cit.*, pág. 342) habla de *ineficacia sobrevinida*, debida en este caso a la resolución de la atribución, y entiende que la no celebración funciona como una condición resolutoria, que producirá sus efectos *ex nunc*.

(61) Cfr. art. 1.343 en relación con los arts. 648 y ss.

(62) Cfr. art. 1.343 en relación con el art. 647.

de los cónyuges, para la validez de la modificación de las capitulaciones matrimoniales?, ¿cuál es el sentido de llamar otorgantes de los capítulos a quienes conceden o constituyen derechos en favor de los cónyuges?, ¿cuál es el sentido de limitar la intervención de los otorgantes *no contrayentes* al supuesto de que *vivieren*? Primero, resulta claro que lo condicionado no será la validez de los capítulos, sino sólo la vigencia y pervivencia de la donación; segundo, que la modificación de las capitulaciones, como causa de revocación de la donación, deberá ser interpretada restrictivamente; y, tercero, que sólo, en un sentido impropio, es posible calificar a esos terceros de otorgantes de las capitulaciones matrimoniales. Ante estas afirmaciones, cabe preguntarse, ¿cuál es el sentido de esta categoría primera de otorgantes «*no contrayentes*»? En mi opinión no es otro que el de establecer una causa «*atípica*» de revocabilidad de las donaciones por razón de matrimonio, siempre que se demuestre que el régimen económico del matrimonio fue el presupuesto de la donación; lo cual, por otra parte, solamente tendrá relevancia en casos excepcionales.

En conclusión, el caso o supuesto típico de otorgantes «*no contrayentes*», al cual debe reconducirse en principio el artículo 1.331, es el de aquellos terceros que conceden o constituyen derechos en favor de los cónyuges o los reciben de los mismos en interdependencia causal con el régimen económico del matrimonio. Y es que, en esta sede jurídica, incide de modo primario lo que en otra ocasión he denominado el tema de la *foralización* o, si se prefiere, el matiz sucesorio que comporta el nuevo régimen de las capitulaciones matrimoniales (63). Pues el artículo 1.331 (igual que lo hacía el derogado art. 1.319), dentro del sistema del Código civil, está contemplando capitulaciones matrimoniales que son o contienen verdaderos *pactos de familia*, en las que pueden intervenir, con el carácter de otorgantes, no sólo los cónyuges, sino también familiares (por ejemplo: padres que donan todos sus bienes a cambio de compañía y ayuda en la vejez, hijos que permanecen en la casa a cambio de la certeza de una cuota hereditaria en su favor, etc.), e incluso extraños que van a quedar incorporados a la familia en un sentido económico (por ejemplo: viuda que deja la totalidad de sus bienes a cambio de compañía y ayuda en la vejez, aún más allá de los bienes donados, etc.). Es claro que, en estos casos, los que concurren a las capitulaciones matrimoniales son algo más que meros donantes, y que sus aportaciones al matrimonio son algo distinto de una donación cuyo problema sea determinar el grado de revocabilidad de la misma. Si se observa el fenómeno con atención, resulta indudable que existe una auténtica interdependencia causal entre las cláusulas de las capitulaciones que establecen un régimen económico-matrimonial y las estipulaciones que este tercero incorpora a los capítulos. El problema

---

(63) Vid. LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Notas sobre «mutabilidad» del régimen económico matrimonial en el Derecho común*, RDP, 1977, pág. 185.

reside en que se han otorgado unas capitulaciones matrimoniales que se refieren no sólo al establecimiento de un régimen económico-matrimonial, sino al conflicto patrimonial dentro de una auténtica sociedad familiar. Precisamente, por esto, el tema de los terceros otorgantes «no contrayentes» es confuso, difícil y, desde luego, no puede ni debe enfocarse desde una perspectiva uniforme.

2. *Inasistencia de los otorgantes «no contrayentes» a la modificación de las capitulaciones matrimoniales.*—Una vez examinadas las dos categorías de otorgantes «no contrayentes» y terceros que intervienen en las capitulaciones matrimoniales sin merecer el calificativo de otorgantes, paso a ocuparme de aquellas cuestiones que plantea su inasistencia a la modificación de los capítulos «si vivieren».

Esta figura de los otorgantes «no contrayentes» suscita diversos problemas, así por ejemplo: el carácter de la invalidez por su falta de asistencia y concurso, ¿nulidad?, ¿anulabilidad?; si la invalidez afecta a todo el negocio o solamente a aquellas estipulaciones capitulares en que ellos intervinieron como otorgantes; si la asistencia y concurso a que se refiere el artículo 1.331 ha de ser personal o admite representación o, al menos, la figura de un «*nuntius*»; y si, en caso de fallecimiento, deben intervenir los herederos.

En definitiva, la respuesta a todas estas preguntas depende de la naturaleza y carácter de la asistencia y concurso de estas personas. Pues, si las colocamos en pie de igualdad con los contrayentes o cónyuges, habrá que afirmar que el consentimiento exigido es requisito esencial del contrato y, por tanto, su falta acarrearía la nulidad del negocio, y en virtud del principio de unidad de acto sería ineludible su presencia física, sustituida en su caso por un *nuntius*, siendo muy discutible la posibilidad de representación. Por el contrario, si el carácter del concurso de estas personas es el de un mero *asentimiento*, se podrá decir que el negocio sería simplemente anulable, que la anulación alcanzaría únicamente a aquellas estipulaciones en que los *otorgantes* fueron parte, y que dicho asentimiento no exige la presencia física del otorgante «no contrayente», que, en principio, puede ser representada por tercera persona.

Por consiguiente, como ya se ha dicho, resulta difícil establecer un régimen jurídico unitario dentro del término *otorgante*, que utiliza el artículo 1.331. En primer lugar, encontramos a quienes hacen una «*donatio propter nuptias*» a los cónyuges o a uno de ellos, sin que existan derechos adquiridos como consecuencia de las aportaciones. Desde luego, no parece lógico que la validez de la modificación de las capitulaciones matrimoniales esté en función del consentimiento de un donante de bienes de, quizá, poca monta; y, de otra parte, el régimen general de los artículos 1.325 y 1.326 es el de que los cónyuges puedan «en todo momento» (antes o después de celebrado el matrimonio) modificar los capítulos matrimoniales, y no se prevé que dicha modificación pueda

estar condicionada a la necesidad de asistencia y concurso de un donante en realidad «ajeno» al negocio, además de que eso estaría en contradicción con el principio de irrevocabilidad de las donaciones. Por ello, es obvio que no se trata de un supuesto de «consentimiento» en sentido estricto; pues la intervención, en el acto de modificación de las capitulaciones matrimoniales, de las personas que inicialmente concurren como *otorgantes* no puede alcanzar a bienes sobre los que no tienen poder de disposición, ya que dichos bienes se integraron en el patrimonio privativo o consorcial y, en consecuencia, son los cónyuges, en cuanto titulares dominicales, quienes ostentan la facultad dispositiva sobre los mismos. De donde se sigue que su intervención está más próxima a la conocida en la doctrina germánica como acto de «asentimiento», por lo que solamente deberá ser exigida cuando el régimen económico matrimonial, inicialmente pactado por los contrayentes o cónyuges, haya sido presupuesto de la donación y aquél se modifique, en cuyo caso la asistencia y concurso de los otorgantes «no contrayentes» tiende a salvaguardar el *statu quo* existente al tiempo del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Y, como dice Lacruz (64), «no hay que exagerar el alcance de la vinculación entre las disposiciones de bienes por los terceros en favor de los cónyuges o esposos, y las determinaciones de éstos sobre el régimen patrimonial de su matrimonio»; por lo que, cuando no se logre el acuerdo entre los cónyuges y los terceros a que alude el artículo 1.331, o los cónyuges renuncian a los bienes donados y quedan liberados o bien el tercero ejercita su derecho a revocar la liberalidad (65). «Claro que, como apunta De los Mozos (66), si los que deban prestar su concurso se niegan a hacerlo, los cónyuges deberán acreditar esta circunstancia, por los medios establecidos en Derecho, para verse a cubierto de posibles impugnaciones. Un medio de llevarla a cabo puede ser el requerimiento notarial, al que haga referencia la escritura de modificación. De todos modos, en estos casos, se echa de menos la *homologación* judicial, que puede amparar perfectamente estas situaciones, como sucede en el Derecho francés».

La calificación que se ha realizado del acto de «asistencia y concurso» de quienes intervienen como «otorgantes» en los capítulos, que sólo es exigido excepcionalmente, facilita la delimitación de los efectos de la ausencia de aquellas personas al tiempo del otorgamiento de la escritura pública de modificación de las capitulaciones matrimoniales; pues, al no tratarse de un verdadero consentimiento, no puede hablarse de inexistencia o nulidad absoluta del pacto de modificación de las capitulaciones, sino que constituye un supuesto de nulidad parcial y relativa de los capítulos, que pueden ser impugnados por dichos terceros en cuanto no concurren a la modificación. Limitándose la nulidad a la cláu-

(64) *Ob. cit.*, pág. 338.

(65) Cfr. art. 1.331 en relación con el art. 1.343-1.º.

(66) *Ob. cit.*, pág. 228; nota 7.

sula o cláusulas en que aquellas terceras personas intervinieron, manteniéndose la validez de las restantes cláusulas capitulares, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 1.328, que declara la nulidad de las estipulaciones capitulares contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge, sin que tal nulidad se extienda a las cláusulas válidamente pactadas (67). También opino que no existe inconveniente en que los otorgantes (terceros), cuya asistencia y concurso es requerida para la modificación de las capitulaciones, actúen por sí o por medio de representante y, si se hallaren incapacitados, por su representante legal; y tampoco creo que exista inconveniente en que presten su asentimiento al cambio de régimen con anterioridad al otorgamiento de la escritura de modificación de los capítulos o incluso en la propia escritura de capitulaciones (es decir, no se exige el principio de unidad de acto).

Como ya se ha dicho, el artículo 1.331 (igual que el derogado artículo 1.319) muestra, en este punto, la voluntad de acercamiento del Derecho común a lo establecido en los derechos especiales o forales. Considero que el artículo 1.331 está contemplando estipulaciones capitulares que se refieren a la estructuración de una auténtica *sociedad familiar*; es decir, a la capitulación de un régimen económico que afecte no sólo a la sociedad conyugal, sino también a terceras personas que vienen a quedar integradas —en sentido no técnico— en una sociedad familiar. A modo de ejemplo, pueden citarse los casos siguientes: la donación que realizan los padres de los contrayentes o cónyuges en favor de éstos, reservándose o no la nuda propiedad, y condicionándola a la compañía y asistencia a los mismos en la vejez, aún más allá del valor de los bienes donados; el pacto de *acogimiento* a la casa, en virtud del cual el tercero dona sus bienes, o parte de los mismos, a los cónyuges a cambio de compañía y asistencia en vida y responsos después de su muerte; o el hijo mejorado en capitulaciones matrimoniales (supuesto del art. 827), y que por esta razón permanece en la casa, etc.

No ofrece duda que, en cualquiera de estos supuestos, el tercero es algo más que un simple donante. El tercero es parte otorgante de las capitulaciones matrimoniales. Es sujeto, parte, de un contrato plurilateral, al que serán de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 1.256 y 1.258 (68). Si bien hay que advertir

(67) LACRUZ (*Ob. cit.*, pág. 337) prevé la posibilidad de salvar la posición jurídica de los bienes afectados aunque se modifique el régimen económico del matrimonio, «así, por de pronto, en el ejemplo de la conversión de la comunidad de gananciales en universal, entiendo que si los cónyuges en los ulteriores capítulos que otorgan sólo exceptuasen de la nueva comunidad los bienes que recibieron por donación en los anteriores, de modo que para tales bienes siguiera valiendo en todo el régimen anterior, podrían pactarla, y ello aunque las aportaciones se hubieran realizado en vista del régimen económico estipulado en los capítulos (o de su no estipulación) y por causa de él: salvo que tal correlación se haya convenido expresamente en los propios capítulos».

(68) Vid. DE LOS MOZOS, *Ob. cit.*, pág. 230.

que el otorgante *no contrayente*, como dice Lacruz (69), no establece ni puede establecer nuevas reglas para la economía del matrimonio y se limita a un juicio de compatibilidad o conveniencia entre ellas y los derechos adquiridos por él en los anteriores pactos. Y, desde luego, la no concurrencia de estos otorgantes *no contrayentes* a las nuevas capitulaciones matrimoniales comporta, a tenor de lo establecido en el artículo 1.317, la ileividad de los derechos que ya hubieran adquirido; pero, como el artículo 1.331, exige la asistencia y concurso para que sea válida la modificación, de acuerdo con la interpretación que de este precepto se ha realizado, debe llegarse necesariamente a la conclusión de la nulidad radical de la modificación del régimen económico matrimonial establecido, por falta de consentimiento de una de las partes otorgantes del contrato, y dicha nulidad no es parcial sino que alcanza a la totalidad del negocio.

La intervención de las personas a que se refiere el artículo 1.331 (otorgantes *no contrayentes*) se encuentra supeditada al hecho de que vivan («si vivieren», dice el precepto) en el momento de la modificación de las capitulaciones matrimoniales. ¿Quiere esto decir que el derecho de asistencia y concurso de los otorgantes *no contrayentes* muere con ellos? En favor de una interpretación literal se manifiesta Lacruz (70), para el que «el derecho eventual a concurrir a los nuevos capítulos es intransmisible» (71). Opinión que comparto; pues, es claro el marcado tinte sucesorio que de esta forma, y en este supuesto concreto, adquieren las capitulaciones matrimoniales. Dicho matiz está contemplado en el propio artículo 1.331, cuando declara que la necesidad de asistencia y concurso de los otorgantes *no contrayentes* se limita al supuesto de que vivieren. Y es que la integración de los principios del Derecho especial o foral en el Derecho común, y muy especialmente en esta sede jurídica, produce una profunda incidencia en el orden sucesorio.

(69) *Ob. cit.*, pág. 334.

(70) *Ob. cit.*, pág. 334.

(71) GARCÍA CANTERO (en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 1.º, 9.ª ed., Madrid, 1976, pág. 322), en cambio, se muestra partidario de que los otorgantes fallecidos puedan ser sustituidos por sus herederos, y en caso de incapacidad por el representante legal. Una tercera postura, ecléctica, es la sustentada por DE LOS MOZOS (*Ob. cit.*, pág. 232), que entiende «que no se puede dar una solución única, ésta dependerá de la naturaleza y contenido de los derechos constituidos por los otorgantes en favor de los cónyuges, o de los derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos. Por ello hay que pensar que en la mayor parte, fallecido el otorgante, no será necesaria la presencia del heredero, bastará con la concurrencia de los que queden. En otros supuestos, en cambio, no podrá ser igual, bien porque haya beneficiarios que no fueron *parte* como otorgantes en las capitulaciones (por ejemplo, la madre cuando el que otorgó fue el padre únicamente), y pueden estar llamados a intervenir, o lo hacen en su nombre los herederos, como depositarios de la voluntad del causante; bien porque los propios herederos pueden estar directa o indirectamente interesados como consecuencia de la disposición capitular establecida (rescisión de la partición, colación o repercusiones derivadas de la facultad contenida en el art. 831».