

2. SENTENCIAS ANOTADAS

El «concurso» de las personas designadas en el artículo 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)

I. EXPOSICION DE LA SENTENCIA (1)

A. HECHOS:

1. Doña María Cristina, de diecisiete años de edad, adoptada por un señor, al parecer, catalán, concierta en 7 de abril de 1931, un día antes de la boda, en capitulaciones matrimoniales, un régimen de separación con don Antenor, súbdito boliviano.

Comparecen para otorgarlas ambos contrayentes, juzgando el notario que doña María Cristina se halla suficientemente autorizada ya que se presenta copia de escritura en que el padre adoptante (autoriz.) y, en lo menester, da el poder necesario a su dicha hija doña María Cristina... para que con motivo de su citado y proyectado matrimonio, pueda otorgar y firmar escritura de capítulos matrimoniales con los pactos y estipulaciones que estime convenientes.

2. Durante el matrimonio, según se desprende de los resultados, ocurrieron los siguientes acontecimientos, cuya concreción por los datos de la sentencia, no es fácil: convenio en 1942, en Nueva York, estableciendo que lo que entonces conciertan prevalezca sobre las capitulaciones en cuanto se opusiere a ellas, «pero que, de otro modo, tal contrato prenupcial quedará en plena vigencia y efecto»; convenios en 1944 sobre diferentes extremos, liquidación de bienes, separación, etc., y particularmente que el convenio prenupcial «tendrá pleno vigor y efecto», excepto en cuanto contradiga las estipulaciones del nuevo convenio, percibiendo doña María Cristina, entonces, determinada cantidad; separación judicial de bienes ocurrida en Francia.

3. En 1949, doña María Cristina solicita en base, entre otros, de los artículos 1.261, 1.263, 1.318 y 1.315, C. c. y de la legislación boliviana, invocada en escrito de réplica, la declaración de inexistencia de las capitulaciones y que el matrimonio, por tanto, se celebró bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales. En primera instancia se desestima la demanda; en apelación se declara la inexistencia de las capitulaciones, pero no la subsistencia del régimen de gananciales, salvando su voto particular el Presidente y un Magistrado de la Sala.

4. Contra la sentencia de la Audiencia recurren ambas partes. Doña María Cristina fundamentalmente alega: 1.º La sentencia es incongruente con la

(1) Un resumen de la doctrina que aporta, en A. D. C., 1955, fascículo 4.º, pág. 1414.

demanda y contradictoria en sí misma al declarar la inexistencia de las capitulaciones y no declarar que el matrimonio se había celebrado bajo el régimen legal boliviano de sociedad de gananciales. 2.º Es cuestión diversa el que más tarde haya podido ser objeto de renuncia ese régimen por la mujer respecto de la cual no ha habido reconvencción del demandado. 3.º Los contratos inexistentes no son confirmables. Don Antenor invoca: 1.º La infracción, por la sentencia, del artículo 1.318, C. c. ya que en las capitulaciones matrimoniales la entonces menor, doña María Cristina, concurrió autorizada por su padre adoptante para que las estipulara como creyese conveniente; 2.º La no aplicación del artículo 1.318, en su espíritu, pues doña María Cristina fué aconsejada en aquel acto por su madre de sangre.

B. El T. S. *estima el recurso* de doña María Cristina y *desestima*, en consecuencia, el de don Antenor, fundándose en los siguientes considerandos:

2.º «Que en el primero (motivos del recurso de D. Antenor), sentando la tesis, no admisible, de que la sola existencia de un contrato de capitulaciones matrimoniales excluye la posibilidad de que se contraiga el matrimonio en sociedad de gananciales, y que, por tanto, el hecho de que el padre adoptivo de la demandante la autorizara para celebrar ese contrato ponía de manifiesto su oposición a que se celebrara sometiendo los bienes de los cónyuges al régimen de gananciales; suposición del recurrente que no es admisible porque no existe disposición legal alguna que impida el que en las capitulaciones matrimoniales pueda estipularse este régimen; y partiendo de la acertada interpretación que en la sentencia que se discute se da al citado primer párrafo del artículo 1.318, al estimar que la prevención que en el mismo se hace de que al otorgamiento de las capitulaciones, si han de ser válidas, han de concurrir las personas designadas en la ley para dar el consentimiento al menor cuando haya de contraer matrimonio, *no impone, sin embargo, la obligación de asistir personalmente al acto*, lo que en muchos casos será imposible, *pudiendo comparecer por el mismo otra persona capaz para ello en su representación y por su mandato*, interpretación de ese precepto en que se da preferencia al espíritu que le informa sobre los términos en que está redactado, se trata por la parte demandada y recurrente de dar a ese artículo una interpretación aún más extensa, conforme a la cual deberá tenerse por válida y legal la autorización dada por el padre adoptivo de la demandante, cuando sólo contaba ésta diecisiete años, para que pudiera concertar por sí misma las capitulaciones matrimoniales «con los pactos y condiciones que estimara convenientes»; interpretación completamente contraria a la finalidad que tiene el mencionado precepto, con el que se trata de que determinada persona unida al menor por vínculos familiares los más próximos posibles y en su defecto de amistad, capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la Ley, sea la que intervenga en las capitulaciones matrimoniales de los menores de edad, cuidando de que no puedan por ellas sufrir daños en sus intereses de orden económico y estipulando para evitarlo aquellos acuerdos que, dadas las circunstancias de cada caso, sean más beneficiosos para los contrayentes, y como sólo conociendo lo que se va a convenir puede saberse si es favorable o perjudicial al menor y si, por lo tanto, es procedente autorizarle o no para realizarlo, es indiscutible que deja de cumplir con la obligación que tiene

y es ineficaz el consentimiento dado cuando con él se permite a un menor de edad hacer esas capitulaciones por sí y como tenga por conveniente; y al mantener esta doctrina la sentencia impugnada y negar valor y eficacia a las capitulaciones estipuladas por la demandante en esas circunstancias, no ha infringido el Tribunal *a quo*, por interpretarlo erróneamente y aplicarlo en ese sentido, el expresado artículo 1.318.»

3.º «Que si, como queda dicho, la interpretación que la parte demandada trata de dar en ese primer motivo de su recurso al indicado artículo 1.318 no es aceptable, aún tiene menos fundamento y, por lo tanto, es más inadmisibles la que sostiene en el segundo motivo, en el que partiendo igualmente de que hay que supeditar los términos en que está redactado ese artículo al espíritu que lo informa, se prescinde de tal modo de lo que en él claramente se dispone, que, atendiendo sólo al propósito que guió al legislador de que la persona llamada a autorizar las capitulaciones matrimoniales de un menor de edad lo haga con un fin tuitivo, de amparo y protección al mismo, se cree debidamente cumplido lo dispuesto en ese precepto legal cuando distinta persona de la señalada por la Ley puede en aquel acto aconsejarle y dirigíle, y así, haciendo el elogio, sin duda merecido, de la ejemplaridad de la conducta y facultades intelectuales de la madre de la demandante, y del cariño con que asistió y guió a su hija en aquel acto, en el que intervenía para refrendar los acuerdos que se adoptaran ante Notario, estima que es suficiente que esta señora asistiera a la firma de las capitulaciones, pudiendo aconsejar a su hija en aquel momento, para que deba tenerse por cumplido en las mismas lo dispuesto en el artículo 1.318: interpretación de este artículo carente de base jurídica y que lejos de apoyarse en lo prevenido en el 1.281 y sus concordantes del mismo Cuerpo legal, está en franca oposición con lo que en ellos se ordena, pues al decirse con toda claridad en el artículo 1.318 que únicamente serán válidas las capitulaciones matrimoniales, si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio, y establecido en el artículo 46 del mismo Código que esa licencia debe ser concedida a los hijos legítimos por el padre, en este caso por el padre adoptivo, que es que ha intervenido en la forma defectuosa e ineficaz que antes se ha dicho, como la recta aplicación de lo ordenado en el artículo 1.281 obliga a atenderse a los términos en que está redactado el artículo 1.318 y éstos son claros y no dan lugar a la menor duda sobre quién deba ser el que autorice las capitulaciones, hay que rechazar, por estar en abierta contradicción con lo que se dispone en estos preceptos legales, la interpretación que del artículo 1.318 se pretende dar en este segundo y último motivo del recurso formulado por la parte demandada, y, al no prosperar ninguno de ellos queda patente, como se declara por el Tribunal de instancia, que por falta del consentimiento del padre adoptivo de la demandante, *adolecen de nulidad absoluta y de eficacia por considerarse inexistentes las capitulaciones matrimoniales* que los litigantes trataron de hacer.»

4.º «Que en la súplica de la demanda, conjuntamente, de un modo inseparable por la relación jurídica que tienen entre sí, se solicita: a) La declaración de inexistencia jurídica y absoluta y total invalidez e ineficacia del aparente contrato de capitulaciones matrimoniales consignado en la escritura que doña

María Cristina otorgó en 7 de abril de 1931 con don Antenor ante el Notario don...; y b) Que se declare, en su consecuencia, que el matrimonio de demandante y demandado se celebró sin contratar capitulaciones matrimoniales, sometido al régimen de gananciales; aclarándose y rectificándose en la réplica esta última petición en vista de las objeciones hechas en la contestación a la demanda, respecto de la aplicación del régimen de gananciales, tratándose del matrimonio de una española que perdió su nacionalidad en el momento de contraer matrimonio con un boliviano; consistiendo la aclaración en manifestar que ese régimen de gananciales es el que procede en el presente caso a falta de capitulaciones matrimoniales, lo mismo si se aplica la legislación española que la boliviana; fundándose, por ende, tal petición en lo establecido en una y otra de estas legislaciones, de las que indudablemente la de aplicación es la segunda, pues habiendo perdido, conforme a lo establecido en el artículo 22 de nuestro Código civil, su nacionalidad española la demandante en el momento que contrajo matrimonio con el demandado por ser súbdito boliviano, y no teniendo existencia ni validez alguna las capitulaciones matrimoniales que se trataron de hacer el día antes, desde aquel momento y conforme a lo establecido en el artículo 971 del Código civil de Bolivia rigió respecto a los bienes de ambos cónyuges, la sociedad conyugal; como en aquella nación se denomina al régimen que es análogo al nuestro de gananciales.»

5.º «Que es necesario hacer notar, que las declaraciones interesadas en la demanda, como claramente se expresa en ella y en la réplica, se refieren al momento de contraer el matrimonio, no al régimen matrimonial de sus bienes que actualmente exista entre los cónyuges, como erróneamente se ha creído por el Tribunal de instancia, según de un modo reiterado se manifiesta en el considerando cuarto de la sentencia impugnada, y en esa equivocada creencia dicho Tribunal y teniendo presente que en el número 4 del artículo 975 del Código civil boliviano se permite a la mujer casada renunciar al régimen de sociedad conyugal después de contraído el matrimonio, por las razones que en ese cuarto considerando se exponen, se absuelve al demandado de una supuesta petición de que actualmente en el matrimonio rige la sociedad conyugal; y al relacionar ese fallo con lo realmente solicitado por la parte actora no puede ofrecer duda que se ha incurrido en la sentencia en una contradicción de hecho al desestimarse la segunda pretensión de la demanda que es consecuencia ineludible de la aceptación de la primera, toda vez que, como queda dicho, a falta de capitulaciones matrimoniales en Bolivia rige la sociedad conyugal de bienes...»

II. OBSERVACIONES

A. REFERENCIA A LAS DISTINTAS CUESTIONES

En el caso planteado se presenta fundamentalmente la cuestión del significado en las capitulaciones, del «concurso» de las personas designadas en la Ley para dar consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio. Nosotros nos vamos a referir principalmente a esta cuestión, y sobre todo al problema del tipo de ineficacia que produce la falta de ese concurso. Pero también aludiremos a otras cuestiones que se plantean en el caso, no siempre llevadas al proceso.

1. *Cuestiones sobre conflictos de leyes.*—Aparte del problema de la compe-

tencia, que quedó «fuera de lo que es objeto de discusión en este recurso» (primer considerando de la sentencia que dicta el Tribunal Supremo en sustitución de la sentencia casada) (2), se plantean dos cuestiones sobre cuáles son las reglas aplicables al fondo del caso: en primer lugar, si las reglas aplicables son las españolas o las bolivianas; en segundo lugar, si, en la medida en que sean aplicables las normas españolas, son aplicables las normas especiales que sobre el caso existen en el Derecho foral catalán.

a) *La cuestión de Derecho Internacional Privado.*—En relación con el caso, tal como queda concretado por las partes en el proceso, es necesario conocer: 1.º Qué ley rige la capacidad de la española en las capitulaciones con un boliviano (3); 2.ºCuál es el régimen aplicable cuando las capitulaciones carecen de eficacia o la pierden.

El Tribunal Supremo decide estas cuestiones de esta manera: 1.º Aplica la Ley española para juzgar la capacidad de la española; 2.º Declara que el régimen patrimonial del matrimonio, a falta de capitulaciones matrimoniales y habiendo adquirido la mujer la nacionalidad de su marido, es el establecido por la correspondiente ley extranjera.

La primera solución no ofrece obstáculos dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 9, C. c., las leyes relativas a la capacidad legal de las personas obligan a los españoles. La única dificultad se presenta al medir el significado de los requisitos de la capacidad que, según algunos, como veremos más adelante, está determinado por el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones. Parece, sin embargo, que, aun rigiendo la capacidad la ley española, no debe atenderse, para precisar el alcance de los defectos de capacidad, al principio de inmutabilidad del Código español, pues este principio no corresponde al terreno de la capacidad, sino que forma parte de la regulación general del régimen económico matrimonial que, conforme a los artículos 9 y 1.325, corresponde a la ley del marido.

Respecto de la atribución general a la ley del marido, del régimen económico conyugal, hay que tener en cuenta, sin embargo, el arraigo que tuvo en esta materia la teoría de la autonomía de la voluntad (4), mantenida en la ju-

(2) Se trata de juzgar sobre la eficacia de capitulaciones otorgadas en España entre dos cónyuges bolivianos: la mujer, de origen español, domiciliada en Bolivia, y el marido, en París. El marido demandado interpuso excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción por entender competentes a los Tribunales de París, excepción que llegó, en su día, hasta el Tribunal Supremo, que por auto de 8 de julio de 1950 confirmó la sentencia denegatoria apelada; también se invocó después la excepción en la contestación y fué desestimada, desestimación que quedó consentida. Sobre la cuestión parecen de aplicación el art. 27, C. c.; los arts. 2.º, 51, 62, 1.º, y 70 LEC., y R. D. 17 de noviembre 1852; vid. TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Barcelona, 1940, págs. 136 y siguientes; sobre la aplicabilidad del R. D. de 1852, vid. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo II, Barcelona, 1948, pág. 349 y sigs.

(3) Parece que no puede haber duda, por lo que en su momento diremos, que el artículo 1.318 C. c. es una regla de capacidad.

(4) En la doctrina clásica española se entendía que tenía aplicación el régimen querido por las partes; sobre tal valor decisivo del pacto de los cónyuges respecto de su régimen económico, aunque residan en tierras regidas por leyes diversas, puede verse la doctrina basada en Part. 4.ª, tít. 11, ley 24, y calificada de «communis», en LARREA, *Novarum decisionum*, Lugduni, 1729, Pars 2.ª, D. 62, pág. 72 y sigs. Dado, sin embargo, que se admitía el sistema matrimonial de la libertad de pacto, no puede asegurarse, sin más, que rigiera, en las cuestiones de conflictos de normas, el principio de la autonomía de la voluntad.

jurisprudencia francesa y que parece aflorar en el artículo 1.325 en la expresión «y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes» (voluntad expresa); y hasta podía entenderse, con la doctrina de la Resolución, tan censurada, de 10 de noviembre de 1926, que en el supuesto de casamiento en *pais español* entre extranjero y española (supuesto excluido en el dictado literal del artículo 1.325), rige la ley española (voluntad presunta). De todos modos la solución que da esta sentencia—aplicabilidad de la ley nacional del marido—es la compartida por la doctrina y tiene precedentes en la jurisprudencia, incluso en la anterior al Código civil (5); además tiene la ventaja de conseguir que la ordenación de la familia, en sus aspectos personales y patrimoniales, responda a una ley única.

b) *La cuestión de Derecho Interregional.*—Rápidamente nos referiremos a esta cuestión no planteada en el proceso. La contrayente era una española, sometida a la potestad de su padre adoptante, nacido en Cataluña, hijo y nieto de catalanes y que se manifiesta catalán al otorgar testamento. Se pueden preguntar dos cosas respecto del Derecho Interregional: 1.º Si en las capitulaciones matrimoniales se daba un punto de conexión con el Derecho foral catalán al efecto de que el Derecho Interregional entrara en juego, es decir, si doña María Cristina, la citada contrayente, había adquirido vecindad catalana, y 2.º Si en cuanto a la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, hay diversidad de normas en el Derecho catalán. La solución afirmativa de ambas cuestiones llevaría a resultados distintos de los obtenidos en el proceso, en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 15, principio, C. c.

A primera vista parece que doña María Cristina, en virtud de la adopción, se hizo catalana ya que, «en todo caso», los hijos no emancipados seguirán la condición de su padre y, a falta de éste, la de su madre (art. 15, III, en relación con art. 154, II). Parece, sin embargo, que la vecindad, como la nacionalidad (6), no resultan afectadas por la adopción. Es verdad que la vecindad civil es de mucho menor entidad que la nacionalidad; pero justamente su propio significado—punto de conexión tenido en cuenta para resolver los conflictos originados por la subsistencia de los Derechos forales, determinando las leyes que han de aplicarse no sólo a las relaciones familiares, sino también a los derechos relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas y a los de sucesión testada e intestada (art. 15, principio)—contrasta con el limitado alcance de la adopción. Sería incongruente que, suponiendo la adopción una pequeña alteración en las relaciones familiares, las cuales subsisten (art. 177) (7),

(5) Vid. TRÍAS DE BES, ob. cit., pág. 90, y GOLDSCHMIDT, loc. cit., págs. 215 y siga. Recientemente, en este sentido, la S. T. S. 10 diciembre 1962.

(6) Antes de la L. 15 julio de 1964, que reforma el Código en materia de nacionalidad, aunque la cuestión fue controvertida, se concluía ya que la adopción no determinaba el cambio de nacionalidad, «dado el valor mínimo concedido por el Código civil a la adopción, conforme a la tradición jurídica» (DE CASTRO, *Derecho civil de España*, tomo II, Madrid, 1962, pág. 423); sobre la cuestión, vid. también PERE RALUY, *Derecho de Nacionalidad*, Barcelona, 1966, pág. 96 (21), donde manifiesta que «la ley de 15 de julio de 1964 ha venido a disipar toda duda al suprimir la referencia genérica al papel de la patria potestad como elemento definidor de nacionalidad y al eludir al derecho de los extranjero-adoptados por español para alcanzar la naturalización abreviada» (adquisición por vecindad).

(7) El vínculo familiar continúa tras la adopción, teniendo importancia, en general, a todos los efectos del parentesco (impedimentos, alimentos, apellidos, licencia matrimo-

significara, sin embargo, nada menos que el cambio de régimen de las mismas, y, sobre todo, que afectara a campos tan ajenos a la adopción como, por ejemplo, la sucesión testada o intestada del adoptado.

En cuanto a la capacidad de los catalanes para otorgar capitulaciones matrimoniales, pudiera pensarse que es aplicable el Código civil porque las leyes de matrimonio civil y de enjuiciamiento civil (8) unificaron en España las normas sobre el modo de suplir la capacidad de los menores en la contratación. Pero de entenderse que el principio de inmutabilidad de las capitulaciones determina que el artículo 1.318, C. c., establezca la ineficacia absoluta de las capitulaciones en que falta el «concurso» establecido en dicho artículo, sería patente la incongruencia de aplicar este precepto con tal alcance a regiones en que no rige tal principio de la inmutabilidad.

2. *Reglas para la interpretación de las leyes.*—Incidentalmente parece reconocer el Tribunal Supremo en esta sentencia que son aplicables a la interpretación de la ley las reglas legales sobre interpretación de los contratos. «La recta aplicación de lo ordenado en el artículo 1.281 obliga—dice el considerando tercero—a atenerse a los términos en que está redactado el artículo 1.318 y éstos son claros y no dan lugar a la menor duda sobre quién deba ser el que autorice las capitulaciones» (9).

Parte de la doctrina ha admitido que las reglas del Código sobre interpretación de negocios jurídicos pueden aplicarse a la interpretación de las leyes (10). Frente a esta posición, De Castro (11) advierte que no puede asimilarse esta interpretación a la del negocio jurídico, porque no se trata de una regulación *inter partes*, sino de un plan de organización social». Dado el carácter *obiter* que, de la aplicación del artículo 1.281 hace la sentencia, su doctrina no puede invocarse como jurisprudencial.

B. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL TIPO DE INEFICACIA QUE PRODUCE LA FALTA DEL «CONCURSO» DE LAS PERSONAS DESIGNADAS EN EL ART. 1.318

1. *Posición de la sentencia.*—En ella se interpreta el artículo 1.318 en el sentido de que la falta del concurso de las personas designadas por la ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio, determina la «nu-

nial, organismo tutelar, representación del ausente, sucesión forzosa y abintestato, reservas, desheredación e indignidad, testigos, incompatibilidades de funcionarios, etc.). La patria potestad que adquiere el adoptante es de alcance limitado (art. 166), recuperándola el padre a la muerte del adoptante (Resolución 6 de febrero 1906); la adopción naturalmente no determina cambio de apellidos (art. 175) ni crea derechos sucesorios (artículo 177).

(8) La S. 5 de febrero de 1889 resolvió sobre capitulaciones otorgadas por menores de edad, catalanes, haciendo aplicación de lo dispuesto por el tit. II, libro 3.º, LEO. (vid. nota 53 de este trabajo)

(9) El demandado, en su recurso, en el segundo motivo, invocaba los arts. 1.281 y 1.282 C. c., si bien con una finalidad no muy precisada y, en todo caso, distinta, según se desprende de los resultandos, de la interpretación de leyes.

(10) Vid. sobre esta cuestión CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, vol. I. 8.ª ed., Madrid, 1951, pág. 361, donde cita como partidarios a MANRESA y a PÉREZ ALGUERA, y él acoge el criterio «con gran cautela». También sigue el mismo criterio S. T. 8. 19 enero 1955.

(11) Ob. cit., tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1965, pág. 513.

lidad absoluta», la «inexistencia» de las capitulaciones matrimoniales que los litigantes trataron de hacer.

Es verdad que en el recurso no se pretendió defender la tesis de la simple anulabilidad. Pero el Tribunal Supremo, de haber entendido que la tesis de la anulabilidad era la correcta, en virtud del principio «jura novit curia» (12), debiera haberla aplicado, ya que tal doctrina jurídica se ajustaba al objeto del proceso, concretado por ambas partes en la cuestión de la eficacia de las capitulaciones y cabía—parece—dentro de los límites impuestos por los motivos invocados en los recursos. Y, sobre todo, no debió emplear expresiones tan rotundas.

2. *Planteamiento del problema.*—La aplicación de la doctrina general de la contratación determinaría que la falta del «concurso», el cual tiene por fin completar la capacidad, sólo diera lugar a anulabilidad. Sin embargo, los términos literales del art. 1.318 y el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales conducen aparentemente a la tesis sustentada en la sentencia. No hay por qué insistir en la trascendencia práctica de una u otra posición: si hay anulabilidad, la acción de impugnación corresponde a la persona en cuya protección es acordada y es posible la convalidación por confirmación o por el transcurso de los cuatro años; si hay nulidad o inexistencia, la acción es ejercitable por cualquier interesado y el negocio no puede convalidarse ni por el tiempo ni por confirmación; en la anulabilidad por defecto de capacidad, la ineficacia tiene cierto sentido relativo en protección del que lo sufre.

3. *Posición de la doctrina.*—No hay unanimidad en la solución. Manresa (13) y Mucius Scaevola (14) siguen claramente la tesis de la inexistencia; esta parece ser también la tesis de Sánchez Román (15) y de Castán (16). Por el contrario, se manifiestan en pro de la tesis de la nulidad relativa De Buen (17) y De Diego (18) (19).

4. *La doctrina extranjera.*—Respecto de los Derechos Frances (20) e Italiano anterior a 1942 (21), en que la cuestión se plantea en términos similares a los del Derecho Español (22), tampoco se da una unánime posición. La jurisprudencia francesa, desde antiguo, entiende que la nulidad determinada por la falta, en las capitulaciones, de la asistencia de las personas, cuyo consentimiento es ne-

(12) Aplicado por el Tribunal Supremo en otras ocasiones (DE CASTRO, tomo I, págs. 592 y 598). Véase también, en sentido restrictivo, la S. T. S. 17 mayo 1954.

(13) *Comentarios al Código Civil Español*, tomo IX, 5.ª ed., revisada por CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, 1950, art. 1.318, págs. 139 y 140.

(14) *Código civil comentado y concordado*, tomo XXI, Madrid, 1905, art. 1.318.

(15) *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, Madrid, 1898, págs. 571 y 572.

(16) *Derecho Civil Español, común y foral*, 7.ª ed., tomo 5.º, vol. 1.º, Madrid, 1954, página 183.

(17) *Notas al Curso*, de COLÍN Y CAPITANY, tomo VI, Madrid, 1926 (** 920), pág. 91.

(18) *Curso elemental de Derecho Civil Español, común y foral*, tomo 6.º, Madrid, 1928, pág. 117.

(19) VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo IV, Valladolid, 1921, pág. 274, no parece afrontar con exactitud la cuestión.

(20) Art. 1.386 Código Francés.

(21) Art. 1.386 del Código de 1865.

(22) La posibilidad de cambiar el régimen patrimonial durante el matrimonio, admitida en el Derecho alemán (art. 1.342 del Código), determina que no ofrezca inconvenientes la aplicación de la doctrina general de la ineficacia de los actos jurídicos.

cesario para la validez del matrimonio, es una nulidad absoluta; pero la doctrina, «en general», como reconoce PLANIOL (23), se inclina en favor de la tesis de la nulidad relativa.

Dentro de esta última tesis se ha producido, en parte de la doctrina francesa e italiana (24), una importante atenuación: la inmutabilidad de las capitulaciones determina que la confirmación no pueda efectuarse válidamente antes de la disolución del matrimonio (25) y que el transcurso del plazo, dentro sólo del cual es posible ejercer la acción de impugnación, no pueda empezar a contarse antes de que se produzca tal hecho.

Esta posición, en cierto modo intermedia, es la que ha prevalecido en el Código italiano de 1942: la falta de asistencia exigida hace anulables las capitulaciones (art. 1.425); pero entre los cónyuges, mientras dure el matrimonio, no corre la prescripción (art. 2.941); ni es posible la confirmación de las capitulaciones (en la *medida* en que, en este Código, no pueden alterarse), como, en general, no es posible cuando a una precedente causa de incapacidad haya sucedido otra o cuando esté prohibido concluir aquel acto determinado (cfr. art. 1.444) (26).

5. *El problema interpretativo.*—En los dos párrafos que constituyen el art. 1.318, el Código emplea expresiones que parecen apoyar inequívocamente la tesis jurisprudencial: las capitulaciones «únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio»; «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas, etc.»

Pero la letra de la ley es sólo un medio para conocer la norma (26 bis). La interpretación es una operación más compleja que la de un simple análisis gramatical: además del dato gramatical debe considerar otros y, sobre todo, debe buscar el fin de la norma. Debe considerarse, pues, qué se pretendió al establecer una norma especial sobre el otorgamiento de capitulaciones por los menores.

Como también se invoca que el principio de la inmutabilidad determina la caracterización especial de la ineficacia producida por la falta de asistencia de las personas que deben concurrir con los menores, otorgantes de las capitulaciones, se hace preciso investigar el alcance que tal principio tiene en la

(23) *Tratado práctico*, PLANIOL, RIPERT, NAST, trad. DÍAZ CRUZ, Habana, tomo 8.º, núm. 86. PLANIOL defiende la tesis mantenida por la jurisprudencia, *ibidem*, y también en *Traité élémentaire*, PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, 4.º ed., tomo III, 1951, pág. 43.

(24) Véase la doctrina citada en PLANIOL, *Tratado Práctico*, tomo 8.º, núm. 96. El problema, en Italia, es especialmente considerado, con referencia a la confirmación, por BIANCHI, *Del contrato di matrimonio*, Nápoles, 1924, núm. 34, págs. 57 y sigs.; es partidario de la tesis conforme la cual durante el matrimonio no es posible la confirmación.

(25) Quien no es capaz de consentir un acto no es capaz de confirmarlo o ratificarlo y los cónyuges no son capaces durante el matrimonio para consentir capitulaciones matrimoniales (BIANCHI, *loc. cit.*).

(26) TEDeschi, *Trattato de Vassalli, Il regime patrimoniale della famiglia*, Turín, 1950, número 39.

(26 bis) En la interpretación de los preceptos no hay que estar exclusivamente a un tenor literal cuando éste pugne abiertamente con el sentido general del Derecho reflejado en las demás normas (S. T. 8. 13 octubre 1952).

ineficacia de las capitulaciones, particularmente en la causada por el motivo indicado.

6. *El otorgamiento de las capitulaciones por menores de edad.*—Parece que quedará demostrado que las capitulaciones matrimoniales otorgadas sólo por los menores serán simplemente anulables si se demuestra: 1.º Que con las reglas especiales el legislador no quiso disminuir, sino aumentar, la capacidad de los menores hábiles para casarse. 2.º Que el «concurso» de otras personas tiene una finalidad de protección de las no plenamente capaces. 3.º Que en la regulación de las capitulaciones no hay nada que se oponga a la aplicación de la doctrina de la anulabilidad por defectos de capacidad.

En efecto, cumpliéndose estas premisas, habrá de enjuiciarse la falta del concurso como causa de anulabilidad. Si se concluyera que las capitulaciones son inexistentes o nulas, resultaría: 1.º Que se iría en contra de la propia finalidad perseguida por el legislador: el menor, lejos de ser más capaz que respecto de los demás actos, en general, resultaría, en virtud de las normas especiales, menos capaz, pues las capitulaciones otorgadas sólo por él, en lugar de ser simplemente anulables (arts. 1.300 y siguientes, C. c.), serían absolutamente ineficaces. 2.º Que se atribuiría al supuesto un tipo de ineficacia que no se corresponde con el motivo; el defecto de capacidad (art. 1.301). Los defectos de capacidad originan una ineficacia establecida como protección de las personas que no son plenamente capaces y que difiere, en su régimen, profundamente de la inexistencia y de la nulidad absoluta, precisamente por esa función protectora: los negocios son, en principio, eficaces, si bien impugnables (art. 1.300); se hace posible, durante corto tiempo, la acción de impugnación, estando sólo legitimados «los obligados principal o subsidiariamente» en virtud de los contratos afectados; pero «las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron» (art. 1.302), y la ineficacia tiene, por la misma finalidad protectora, un alcance relativo (arts. 1.304 y 1.314, II, en relación con el art. 1.308).

7. *La capacidad de los menores para otorgar capitulaciones matrimoniales.*—Del propio Código se desprende que la intención del legislador fué aumentar, respecto de las capitulaciones matrimoniales, la capacidad de los menores, hábiles para casarse. Basta para demostrarlo comparar el art. 1.263, núm. 1.º con el inciso 1.º del art. 1.318; aquél dice que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados; éste dispone que «el menor, que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales». Idéntica finalidad tiene el art. 1.329 al establecer que «los menores de edad pueden hacer y recibir donaciones en su contrato antenupcial» (cfr. arts. 624 y 1.263 con art. 1.329).

Esta finalidad se manifiesta a través de la historia del precepto. Se señala comúnmente, en la doctrina española y extranjera, como origen del mismo al antiguo brocardo «habilis ad nuptias habilis ad pact. nuptialia». En el Derecho Romano se previeron especiales reglas de capacidad para facilitar el otorgamiento de pactos nupciales (dotē) de los que «nuptiae contrahere possunt» (27).

(27) Digesto, libro 23, tit. 8, l. 73, principio. Además, también en Digesto, libro 23, tit. 4, l. 8, y Código, libro 5, tit. 12, Ley 28. Todas citadas por GARCÍA GÓYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo III, Madrid, 1852, art. 1.941).

La doctrina generalizó: «qui ex se idoneus est ad matrimonium, est per se ad pacta dotalia habilis et idoneus» (28). El citado brocardo fué acogido en los textos franceses y se tuvo presente al redactar el Código Civil Francés.

En el Derecho de Castilla, la poca frecuencia de las capitulaciones matrimoniales (29) determina que la doctrina no se detuviera especialmente en el problema de la capacidad necesaria. Pero sí considera la capacidad del menor respecto de diferentes pactos antenuptiales (dote, arras, donaciones esponsalicias): en general el menor era capaz, concurriendo el consentimiento del curador, siendo, además, necesaria la autorización judicial si el menor transmite bienes inmuebles (30) (31).

Cuando en la codificación se plantea la cuestión de la capacidad de los menores, se admite la regla especial con la clara intención de otorgarles mayor capacidad respecto de las capitulaciones matrimoniales. García Goyena, al comentar el art. 1.241 del Proyecto de 1851, precepto de contenido análogo

(28) GOTOFRÉDO, *Corpus juris civilis*, Coloniae Allobrogum, 1624, columna 745, letra y, glosa a Digesto, libro 23, tit. 4, ley 8; tiene el mismo alcance la glosa de este autor, edotus nomine potest obligari, qui potest nuptias contrahere, a Dig., libro 23, tit. 3, ley 73 (columna 742, letra p), recogida por GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, art. 1.241.

(29) Es lugar común en la moderna doctrina civil española decir que en el Derecho Castellano no se admitió la libertad de pactos (por ej., SÁNCHEZ ROMÁN, tomo V, pág. 860; DE BURN, *Notas a Colln y Capitant*, tomo VI, pág. 453), de modo que las capitulaciones matrimoniales se reducían, como en el Derecho Romano, a meras tablas dotalas (CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, 1941, pág. 546); la admisión de las capitulaciones matrimoniales en el Código civil se considera como una alteración del sistema tradicional castellano por el deseo de aproximación a las legislaciones forales. GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, tomo III, pág. 289) también opina que la sociedad de gananciales formó siempre nuestro Derecho común, sin que él conozca «un solo caso en que se haya pactado el sistema o régimen puramente dotal». MANRESA (ob. cit., art. 1.315, págs. 92 y siguientes) atribuye un posible mayor contenido a las capitulaciones e invoca ciertos textos en pro de la admisibilidad de ciertos pactos, y, en este sentido, se manifiesta últimamente CASTÁN (ed. 1954, tomo 5.º, vol. 1.º, pág. 181). Sin embargo, los historiadores del Derecho han señalado una mayor alcance a las capitulaciones en el Derecho Castellano Medieval (MINGULIÓ, *Historia del Derecho Español*, cuaderno 6.º, 2.ª ed., Zaragoza, 1923, págs. 58, 84, 88; FONT Y ELUS, *La ordenación paccionada del régimen matrimonial de bienes en el Derecho Medieval hispánico*, A. A. M. Notariado, tomo VIII, págs. 189 y siguientes). Y la doctrina clásica española sobreentiende que la organización económico conyugal se rige en primer lugar por lo convenido a este efecto por los contrayentes, siempre que no sea contraria «a las leyes o las buenas costumbres» (AZCABEDO, *Comentarios*, tomo 3.º, Lugduni, 1737, tomo 3.º, libro V, t. 9.º, l. 9.º, núm. 7, pág. 312; RODRIGO SUÁREZ, *Opera omnia*, Duaci, 1614, Fuero, Libro 3.º, título «De las ganancias del marido y de la mujer», núm. 24, pág. 236); sobre el valor decisivo del pacto de los cónyuges, aunque los cónyuges cambien el domicilio a tierras regidas por distintas leyes, en base a la Partida IV, t. 11, ley. 24, véase lo dicho en nota 4.

(30) Part. 4, tit. 11, ley 14. Así concluye GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, art. 1.241). Sobre la capacidad de la mujer menor de veinticinco años para constituir dote, véase GREGORIO LÓPEZ (*Partidas*, Valencia, 1767) en el comentario a dicha ley. Sobre donación de arras o donaciones esponsalicias hechas por menores, SÁNCHEZ, *De sancto matrimonio sacramento*, tomo 1.º, Lugduni, 1621, lib. VI, disp. 38, págs. 489 y sigs.

(31) La regla «habilis ad nuptias, etc.» tiene, además del sentido positivo de conceder una mayor capacidad para los pactos nupciales, el negativo de privar de ella a quien no tiene la capacidad concreta del matrimonio, lo que es natural dada la naturaleza de los pactos nupciales. En este sentido se recoge una regla análoga respecto a los esponsales, por SÁNCHEZ, ob. cit., libro I, Disp. XV, núm. 1: «inhabilis ad matrimonium sunt inhabilis ad sponsalia».

al art. 1.318 del Código Civil vigente, se expresa en este sentido con toda claridad: «En efecto, el matrimonio es lo principal, puesto que en él se dispone de la persona; las capitulaciones matrimoniales, como pertenecientes a cosas, vienen a ser lo accesorio y subalterno. El que puede lo más puede lo menos, y sin la garantía de este artículo se dificultarían o retardarían los matrimonios: la capacidad para contraerlos a los doce años las hembras y a los catorce los varones, sería frecuentemente iusoria» (32). Y tal intención se admite también respecto de las correspondientes reglas francesa (33) e italiana (34), antecedentes de la española.

8. *El carácter asistencial del concurso.*—Del propio Código se desprende también que el «concurso» exigido por el art. 1.318 no es un requisito formal especial, sino un requisito especial de capacidad; tiene una finalidad protectora (35) de los menores, que no son plenamente capaces; cumple la función de un complemento de capacidad. Conforme a dicho precepto quien hace las capitulaciones es el propio menor (36) y el «concurso» viene a completar al negocio, haciéndole completamente eficaz.

En apoyo de esta afirmación está la propia palabra que se emplea para designar la asistencia «concurso» y las paralelas «autoricen» del art. 1.329 y «asistencia y concurso» del art. 1.323. El significado del complemento es similar al «consentimiento» o «asistencia» a que se refieren los arts. 59 y 317.

La Ley de Bases manifiesta también claramente esta finalidad asistencial: «Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio se podrán otorgar por los menores en aptitud de contraerlo, debiendo concurrir a su otorgamiento y completando su capacidad las personas que, según el Código, deben prestar su consentimiento a las nupcias...» (base 23).

La propia doctrina española, que sigue la tesis de la inexistencia, califica el «concurso» como suplemento de capacidad (37).

La peculiaridad de esta asistencia está en que no es del padre, madre o tutor del menor, sino de «las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio» (art. 1.318, I).

9. *La regulación de las capitulaciones y la anulabilidad por defectos de capacidad.*—Las anteriores consideraciones no encuentran oposición en la regulación especial de las capitulaciones. En el art. 1.318 nos encontramos con

(32) En otra ocasión (comentario, art. 1.175) dice también: «Desde que una persona es hábil para disponer de su persona por matrimonio, debe serlo para los actos secundarios que conducen al mismo objeto; la ley no ha podido exigir para los segundos más garantías o precauciones que las que exige para el primero.»

(33) Esta explicación daba Simeón, citado por TROPLONG, *Du contrat du mariage*, tomo I, París, 1857, núm. 265, pág. 315.

(34) Así, BIANCHI (ob. cit., pág. 38, nota 1), que recoge también la cita de Simeón.

(35) En este sentido se puede admitir la frase de MUCIUS SCAEVOLE (Com., art. 1.318) de que el art. 1.318 tiene por fin no entregar «al criterio infantil la solución de graves cuestiones en materia de intereses que trascenderían a su porvenir y al de terceras personas».

(36) DE CASTRO, ob. cit., tomo II, pág. 161. Cr. más adelante, págs. 236 y 237.

(37) SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit., pág. 573) ve en el art. 1.318 una regla especial de capacidad: los menores pueden otorgar capitulaciones, «si bien supliendo su defecto de edad con la necesaria concurrencia». Análogamente, MANRESA, loc. cit., pág. 133: las personas que han de concurrir, «completan la personalidad del menor».

una regla especial de capacidad para prestar consentimiento contractual, de las previstas en el art. 1.264; pero establecer una regla especial de capacidad no puede significar, mientras no haya precepto expreso en tal sentido, una desviación radical del tratamiento de los requisitos de capacidad, desnaturando la institución de los «complementos», de finalidad protectora, y convirtiéndola en requisitos formales, cuyo incumplimiento puede colocar en una situación de beneficio a los capaces en perjuicio de los incapaces (38).

Las capitulaciones, en principio, lejos de configurarse en nuestro Código como un tipo *sui generis* de negocios jurídicos, son consideradas como un contrato más (39) y precisamente, a la cabeza de los contratos, en especial. Mientras la especialidad de su naturaleza no lo exija deben interpretarse los preceptos especiales de acuerdo con lo establecido para los contratos en general.

El art. 1.318 no se opone a esta interpretación impuesta por la función del precepto y por los principios del «favor negotii» y del favor de la capacidad. Los obstáculos de su tenor literal pueden ser salvados más fácilmente que los que ofrece el art. 1.263, 1.º, que en relación con el art. 1.261, da la impresión de que los contratos celebrados por menores no emancipados son en general inexistentes (40). Las expresiones del art. 1.318 «únicamente serán válidas», «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas», pueden perfectamente entenderse en el sentido de proclamar que, en tal supuesto, las capitulaciones están afectadas de un tipo de ineficacia, sin que aquellas simples expresiones delimiten su régimen, sino que en su simplicidad remiten a los preceptos que estructuran los tipos de ineficacia de los contratos. El Código emplea sin rigor las expresiones «invalidez», «nulidad» y, en su contexto, se descubre que muchas veces se refiere con ellas a la anulabilidad: así, respecto de la invalidez, arts. 1.300, 1.266, y respecto de la nulidad, artículos 101, 2.º y 3.º; 102, 1.265 y sigs. El art. 1.318, en su párrafo II, puede entenderse como una regla especial sobre los efectos de la anulación, exigida por la naturaleza peculiar de las capitulaciones y que completa lo dispuesto en los arts. 1.303, 1.304, 1.307, 1.308 y 1.314: declarada la nulidad «se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales».

10. *Inconvenientes prácticos de la tesis contraria. El «favor negotii».* — Con esta interpretación que damos se eliminan los resultados desastrosos de

(38) Contra el fin mismo de la nulidad fundada en la incapacidad, la cual ha sido siempre concebida como protección del incapaz (COLIN Y CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit Civil Française*, tomo 3.º, París, 1950, núm. 142, pág. 104); sobre la finalidad en general, de la nulidad fundada en la incapacidad, y en el mismo sentido, GARCÍA GORRÍA (*Concordancias*, com., art. 1.186): «La Ley no ha tenido por objeto sino conservar y proteger los intereses de los incapaces; por lo tanto, éstos sólo pueden reclamar o renunciar el beneficio introducido en su favor». DE BUEN, *Notas*, VI (** 920), pág. 91, funda la tesis de la anulabilidad en la aplicación de la norma contenida en el art. 1.304.

(39) *Contratos* se llaman en los arts. 1.315, 1.316, 1.317, 1.319, 1.322, 1.324 y en la institución del título III, libro IV. Esto no significa que el Código desconozca su naturaleza especial.

(40) MCCRUS SCARVOLA (al comentar el mismo art. 1.318) interpreta así el art. 1.263, olvidando la naturaleza de la norma y las razones legales (arts. 1.300 y sigs.) que abonan la tesis de la anulabilidad de los contratos celebrados por menores. Este punto de partida resta valor a su opinión antedicha sobre la interpretación del art. 1.318.

la tesis de la inexistencia que desconoce los principios que inspiran la estructuración de la anulabilidad. La acción pidiendo su declaración sería ejercitable por cualquier interesado (hijos, acreedores) con móviles indignos de protección (41) y no sólo por la persona en cuya protección se establece la ineficacia. Aunque pasaran cuatro años, término que la prudencia del Código marca, en general, para la protección de los no plenamente capaces, podría ser utilizada aquella acción, aunque los resultados fuesen adversos, a los incapaces (42). No sería posible la confirmación, aún después de llegada a la mayor edad y después de disolverse el matrimonio. Negocios de tanta trascendencia como las capitulaciones matrimoniales se verían discriminados por el legislador para dotarles de una mayor inseguridad, la que proporciona la inexistencia respecto de la anulabilidad, ineficacia muy modalizada. Si se trata de inexistencia o nulidad absoluta, las capitulaciones no producen ningún efecto, sin que, por tanto, pueda invocarse que «no esté obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció» (art. 1.304, aplicable a la anulabilidad por defectos de capacidad). Las capitulaciones matrimoniales pueden tener además un vario contenido (mejoras, promesas de mejorar o no mejorar, donaciones de bienes futuros para caso de muerte, concesión al viudo de la facultad de distribuir a que se refiere el art. 831, donaciones diversas, constituciones de dote) cuya íntima relación con el régimen pactado haría difícil, en muchos casos, la doctrina de la persistencia de su validez.

Al venir abajo el régimen pactado, y quizá sin la voluntad de ninguno de los dos contrayentes, desaparece uno de los presupuestos más importantes del matrimonio concreto, y esto, a pesar del interés manifestado por el legislador en mantener las capitulaciones matrimoniales. En efecto, el artículo 1.296 de la primera edición del Código civil disponía que «la rescisión a que se refiere el número 1 del artículo 1.291 no tendrá lugar respecto de las capitulaciones matrimoniales». El precepto, acertadamente suprimido (43), marcaba, sin embargo, un claro deseo del legislador: mantener la eficacia de las capitulaciones matrimoniales. García Goyena («Concordancias») al comentar el artículo 1.175 del proyecto de 1851, que era base del citado artículo 1.296 de la primera edición del Código lo fundamentaba «en el favor de los matrimonios y en

(41) Puestos de manifiesto por COLIN y CAPITANT (*Cours élémentaire*, 3.º, núm. 142, páginas 103 y 104) al estudiar los casos planteados en la jurisprudencia francesa, y que exponen a los cónyuges a los más graves perjuicios.

(42) Hay que observar que el Tribunal Supremo en esta sentencia apoya la pretensión del incapaz, pero al mantener la tesis de la inexistencia lo hace más allá del plazo de los cuatro años. Es fácil, sin embargo, imaginar supuestos en que la doctrina sustentada por el T. 8. conduce a resultados muy contrarios al incapaz.

(43) MUCCHES SCARVOLA (Ob. cit., art. 1.318), dice que fue justamente censurado por COMAS ya que los tutores no son los que otorgan las capitulaciones matrimoniales. Provenía del artículo 1.175 del Proyecto de 1851 (a su vez inspirado, como dice GARCÍA GOYENA, en el artículo 1.309 del Código francés) y en él se excepcionaba el beneficio de restitución concedido a los menores, «respecto del daño que se les haya causado en sus capitulaciones matrimoniales, cuando en ellas hayan intervenido los requisitos prevenidos en los artículos 1.241, 1.242 y 1.243»; si no hubieran concurrido los requisitos establecidos en el artículo 1.241 (concurso con el menor en las capitulaciones de «las personas de cuyo previo consentimiento necesita el menor para contraer matrimonios»), parece que no procedería tampoco el beneficio de restitución, que es subsidiario (art. 1.170), sino la correspondiente nulidad rescindible, (art. 1.184 y ss.).

la conveniencia pública de facilitarlos y fomentarlos: la sociedad está muy interesada en ellos para dejar inseguras las capitulaciones, sin las que tal vez no se habrían contraído».

11. *Especial referencia al interés social.*—Planioi invoca en contra de la tesis de la nulidad relativa, el carácter estatutario de las capitulaciones que fijan las reglas que rigen no sólo las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí, sino también sus relaciones con terceros; este carácter determina que la nulidad aplicable al supuesto no sea una nulidad relativa dado que la regla infringida ampara un interés que no es simplemente particular (44); en otro lugar (45), recuerda Planioi, en apoyo de su tesis, la doctrina especial sobre el régimen de la nulidad de sociedades.

Parece, sin embargo, que conviene más al interés social y al interés de terceros la anulabilidad (más cercana a la eficacia normal) que la inexistencia o nulidad (46). Con la anulabilidad hay mayor seguridad de que el estado que aparece tenga eficacia definitiva y, por tanto, menos probabilidades de que se planteen la ineficacia absoluta producida por la nulidad que tanto perturba a los terceros, los cuales sólo obtienen entonces protección en virtud de las normas que excepcionan aquella ineficacia, concediendo a la apariencia los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico. Si la consideración del carácter estatutario de muchos negocios conduce a algo, es a pensar que la misma anulabilidad puede ser peligrosa dada la trascendencia social de las estipulaciones capitulares que fijan los ámbitos patrimoniales y los poderes de gestión sobre cada uno de ellos.

12. *La anulabilidad y la inmutabilidad del régimen económico conyugal.*—Conviene examinar especialmente el problema interpretativo teniendo presente el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones (arts. 1.315, 1.319, 1.320 y 1.321), pues la doctrina se ha apoyado en él, bien para fundamentar la tesis de la inexistencia o de la nulidad absoluta, bien la de la modalización de la anulabilidad (47).

En el primer sentido se manifiesta Planioi (48): la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales impide la admisión de una nulidad relativa: es necesario saber desde el comienzo del matrimonio si el régimen de bienes es uno u otro (49).

(44) *Traité élémentaire*, III, pág. 43.

(45) *Traité pratique*, tomo 8, núm. 96.

(46) No hay que negar los peligros que para los terceros supone especialmente el período de incertidumbre de la anulabilidad; así COLIN Y CAPITANT (ob. cit., tomo 3.º, núm. 142, página 108), defensor de la tesis de la nulidad relativa.

(47) V. en este trabajo, II, B, 2 y 4. MANRESA (loc. cit., com., art. 1.318) y MUCIOS SCARVOLA (loc. cit., art. 1.316) contrarios ambos a la tesis de la nulidad relativa, dicen que, en todo caso, la inmutabilidad de las capitulaciones impide la confirmación.

(48) *Traité élémentaire*, III, pág. 43.

(49) COLIN Y CAPITANT (tomo 3.º, núm. 142, pág. 108), opone que el hecho de demandar la anulación no afecta al principio de inmutabilidad porque por la anulación un régimen sustituye al otro no sólo para el porvenir, sino también para el pasado. Las cosas ocurrirán, pues, caso de anulación, como si los esposos hubieran hecho depender su régimen de la realización de una condición, estipulación cuya validez es generalmente reconocida.

En España, MANRESA (ob. cit., com. art. 1.393, pág. 532), contra el parecer de GARCÍA GÓMEZ, entiende que no es posible estipular tales condiciones en las capitulaciones; Caspán

Esas afirmaciones exageran evidentemente la influencia del principio de inmutabilidad en la reglamentación de los tipos de eficacia de las capitulaciones, pues conforme a ellas se adquiere la impresión de que no hay más que dos posibilidades, la de la plena eficacia y la de la ineficacia absoluta de las capitulaciones matrimoniales. Pero esto significa desconsiderar los principios en juego y la función de los distintos requisitos del negocio. Ya hemos analizado antes la perturbación que supondría entender que la falta de un complemento de capacidad supone inexistencia o nulidad relativa. No hay por qué insistir—basta con apuntarlo—en la gravedad de las perturbaciones que acarrearía el entender lo mismo respecto de los vicios del consentimiento (error, intimidación, dolo). Es evidente que, como expresa Tedeschi (50), la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales impide los efectos que ordinariamente tiene el mutuo disenso de las partes, impide también los de la remisión o renuncia unilateral, pero no vale para quitar a un contrayente aquellos medios de ataque contra la convención concluida que la ley, por un vicio intrínseco de ella o por otros motivos, le concede. Ni esta prohibición ni las demás establecidas entre cónyuges—donación (art. 1.334), compraventa (art. 1.458), permuta (artículo 1.541), sociedad universal (art. 1.677), transacción (S. 12 diciembre 1899), compromiso (L. 22 diciembre 1953, art. 13)—pueden determinar que la ineficacia de los contratos prohibidos, verificados en tiempo hábil, haya de calificarse siempre de absoluta, *ipso iure* e insubsanable, aunque el vicio sólo dé lugar ordinariamente a anulabilidad.

Si llegar a la exagerada posición de Planiol, podría pensarse con los autores que siguen la tesis que hemos llamado de anulabilidad modalizada, que la inmutabilidad impide que el transcurso extintivo de los cuatro años o la confirmación (art. 1.311) puedan tener lugar mientras no se disuelva el matrimonio (51).

Esta posición ofrecería, sin embargo, el siguiente resultado inconsecuente: se trata con tal modalización de no variar las capitulaciones y, sin embargo, se mantiene viva, en términos extraordinarios, una acción de impugnación, prolongando lo que, en cierto modo, podría llamarse opción del legitimado con ella para continuar con la situación impugnabile o impugnaria con efectos definitivos. El dejar la determinación del régimen a un momento ulterior a la disolución del matrimonio—en que, por tanto, quiebran tantos intereses comunitarios—trae nuevos y no menores peligros.

Las prohibiciones—y una de ellas es la de otorgar o alterar capitulaciones durante el matrimonio—deben interpretarse en sentido restrictivo. Cuando el Código establece la prohibición de otorgar o alterar las capitulaciones se está refiriendo a la imposibilidad de que una o ambas partes, por su sola voluntad, puedan volverse atrás o modificarlas (voluntad negocial capitular). Pero no impide que cada parte use de las facultades derivadas de la eficacia peculiar,

(tomo 5.º, vol. 1.º, 1964, pág. 186), tiene la cuestión por dudosa pareciendo inclinarse por la negativa en virtud de la inalterabilidad del régimen, sobre todo tratándose de condiciones potestativas; DE BUEN (Notas, tomo VI, 912, pág. 76), entiende, por la misma razón, que las condiciones potestativas no están admitidas.

(50) Ob. cit., núm. 46, págs. 490 y 491.

(51) Es una opinión muy generalizada, la de que los cónyuges no podrían accionar de nulidad durante el matrimonio (COLÍN Y CAPITANT, ob. cit., tomo 3.º, núm. 141, pág. 108).

ordinaria y extraordinaria, que a las mismas asigna el legislador. Si en alguno de sus extremos (art. 1.316) o en su totalidad dan fundamento a acciones de uno u otro cónyuge, éstos pueden ejercitarlas a su voluntad (cfr. arts. 60 y 1.433); en nuestro Derecho, el peligro de que el amor conyugal sea causa de despojos—finalidad de la inmutabilidad y de las prohibiciones de ciertos contratos entre cónyuges—no impide el ejercicio de acciones entre cónyuges, ni tampoco su no ejercicio y por tanto su prescripción (art. 1.932, I) (52) o su renuncia. Particularmente la renuncia de un cónyuge, mientras no envuelva donación al otro, está permitida y, admitida la renuncia no puede haber inconvenientes en admitir la confirmación (vid. art. 1.314); téngase en cuenta que esta renuncia más que una alteración de las capitulaciones es una renuncia a alterarlas y, en cierto modo, consiste en la *simple elección* en una opción (53).

C. LA PRESTACIÓN DEL «CONCURSO»

El tenor literal del art. 1.318 parece exigir la presencia personal—«concurso y firma»—de las personas referidas. El Tribunal Supremo sienta en esta sentencia que pueden comparecer por estas personas, otras capaces para ello, en su representación, pero el consentimiento que ha de concurrir debe referirse a capitulaciones concretas.

Analizaremos los extremos de la doctrina anterior:

1. *La posibilidad de que se preste el concurso sin necesidad de presencia personal.*—Se trata de una interpretación realista: tiene en cuenta que la asistencia personal al acto sería imposible en muchos casos. Y que da preferencia, como dice la misma sentencia (Considerando 2.º), al espíritu que informa el artículo 1.318 sobre los términos en que está redactado. La posición de la sentencia es compartida, en general, por la doctrina (54).

(52) Se carece de un precepto similar al artículo 2.941 del actual Código italiano: vid. II, B, 4, de este trabajo.

(53) Sobre este problema parece que no puede dar muchas luces el Derecho histórico español. El castellano, por la poca frecuencia de las capitulaciones a que antes nos hemos referido (vid. nota 29 del trabajo); la doctrina discutía si durante el matrimonio podría haber cierto cambio del régimen económico (renuncia de gananciales admitida por la Ley 60 de Toro), teniendo presente la prohibición de donaciones entre cónyuges; de otra parte se admitió, sin distinguir, la ratificación de las donaciones de arras y de las esponsalicias hechas sin el *decretum iudicis*, pasados cinco años desde que el menor cumpliere los veinticinco (SÁNCHEZ, ob. cit., Disp. 38, núm. 38 y 42 que recoge, en este sentido, la opinión de Antonio Gómez, Matienzo, Acebedo).

Tampoco sirve de precedente el Foral por la inexistencia del principio de la inmutabilidad: no se dió en el Derecho aragonés anterior al Apéndice (MOUTÓN: *Diccionario Civil y Foral*, Madrid, 1904, *Capitulaciones matrimoniales*, pág. 151) ni se da en el del Apéndice (arb. 58): ni tampoco se da en el Derecho catalán (CORRELLA: *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, pág. 652; MOUTÓN, loc. cit.; CASTÁN, tomo 5.º, vol. 1.º, 1964, pág. 408; *Proyecto de compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1956, art. 15).

De aquí que no hubiera dificultad en Cataluña para declarar la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, otorgadas por catalanes, menores de edad, sin la representación legal necesaria, «en la parte que contuviera declaraciones u obligaciones de los menores que les perjudicasen» (S. T. S. 5 febrero 1889 sobre capitulaciones otorgadas en 1881).

(54) Así, en general, la doctrina francesa (PLANIOL: *Traité élémentaire*, pág. 32). En Italia siguen esa posición: RUGGIERO: *Instituciones*, trad. SERRANO Y SANTACRUZ, Madrid, volumen II, pág. 783; TROBACCI, ob. cit., núm. 36, pág. 482. En España: MARRAS, ob. cit.

2. *En el encargo dado al tercero debe quedar claro que el consentimiento del que ha de prestar la asistencia se refiere a estipulaciones concretas.*—La tesis parece acertada (55), pero realmente, parece que, por tanto—y como también ha dicho la doctrina—no estamos ante un caso de representación: el tercero facultado no tiene más poder que el de firmar.

3. *«Quid» sobre si basta el consentimiento anticipado con determinación de las estipulaciones.*—De admitirse no sería necesario la presencia de tercera persona: el propio menor podría por sí solo, justificando ese consentimiento, otorgar las capitulaciones matrimoniales que tuviesen por contenido las estipulaciones autorizadas. La sentencia parece negar que baste ese consentimiento anticipado: simplemente afirma la posibilidad de que la asistencia se haga por mandatario, *capaz para ello*, y después insiste en la ineficacia de la autorización general a la contrayente «cuando sólo contaba ésta diecisiete años». Sin embargo, esta doctrina no puede estimarse como concluyente en sentido negativo dado que en el caso la autorización era ineficaz por ser general. La doctrina, en cambio, admite como suficiente el consentimiento concreto anticipado (56).

La doctrina exige que el consentimiento sea anticipado: no puede ser posterior al otorgamiento de las capitulaciones. Parece que aquí juega la misma razón invocada (57) 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.

Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS

da, com. art. 1.318, pág. 135; DE BUEN: *Notas*, VI (903), pág. 71; DE DIEGO, tomo 6.º, pág. 116.

(55) Coincide con la sustentada respecto del consentimiento o asistencia del padre, madre o tutor respecto del menor emancipado (DE CASTRO, II, págs. 236 y 237), con el cual, como hemos indicado, guarda analogía el «concurso» establecido por el artículo 1.318.

(56) PLANCHOL: *Traité élémentaire*, pág. 32; MARRERA, com. art. 1.318, pág. 135; PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, vol. 1.º, Madrid, 1947, págs. 238 y 239.

(57) DE CASTRO, II, pág. 237.