

La capacidad en las capitulaciones matrimoniales

Por RAMON DURAN RIVACOBA

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: A) INTRODUCCION. B) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL MENOR: I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CUESTIÓN.—II. DISCIPLINA DEL NUEVO ARTÍCULO 1.329 C.c. a) “El menor que con arreglo a la ley pueda casarse”. 1. El menor que consiga la dispensa en tal sentido. 2. El menor emancipado. b) “Podrá otorgar capitulaciones antes o después de la boda”. 1. Fundamento de la capacidad de los menores. 2. El problema de los menores emancipados. c) “Pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor”. 1. Las personas llamadas a prestar su asistencia. a’) Los padres (ambos o uno solo). b’) El tutor o los tutores. c’) Casos excepcionales: el juez y el defensor judicial. d’) El improbable supuesto del curador. 2. Contenido del auxilio. 3. La ineficacia de las capitulaciones otorgadas contra lo dispuesto en el artículo 1.329 C.c. a’) Grado de ineficacia previsto. b’) Los legitimados para la impugnación. c’) El cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones. El problema de la posible sanación confirmatoria. d) “Salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”. 1. Alcance y sentido del artículo 1.329 C.c. 2. El origen de la cuestión en el debate parlamentario. 3. Ambito de aplicación real de la norma. C) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL INCAPAZ. I. EL PROBLEMA DE LOS INCAPACITADOS. a) Presupuestos legales de la cuestión. b) Los estrictos incapaces. c) El pródigo y el quebrado. d) Las personas incursoas en un procedimiento de incapacitación o prodigalidad. e) Las personas no incapacitadas, pero incapaces. II. EL AUXILIO DE LOS INCAPACES. a) Ejercicio. 1. Discusión de las distintas hipótesis. 2. El ordinario supuesto del curador. 3. Casos excepcionales. a’) Los padres (La patria potestad prorrogada o rehabilitada). b’) El tutor o los tutores. c’) Otros. 4. Alcance y sentido de la referencia sobre las autorizaciones del consejo de familia. b) Contenido. c) Excepciones. III. LA INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES OTORGADAS SIN LAS ASISTENCIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1.330 C.C.

A) INTRODUCCION

La generalidad de la doctrina resuelve, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales, en atribuirles un carácter de negocio jurídico que viene respaldado por su inclusión normativa en el libro IV del Código civil, encabezando precisamente los concretos tipos contractuales de que trata (1).

Ahora bien, el contenido de las capitulaciones hace una referencia directa con el matrimonio (2), lo que a su vez trae consigo un conjunto de peculiaridades (3) —así por ejemplo: su carácter solemne (art. 1.327

(1) Cfr. LETE DEL RÍO, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, en "Anuario de Derecho Civil", 1983, p. 413. Sin embargo, también los autores han puesto de relieve la defectuosa técnica jurídica del hecho, por cuanto en el título III del libro IV del Código se abarca el entero "régimen económico matrimonial", lo que desborda claramente su encuadre sistemático (cfr. LLOPIS GINER *La capacidad del menor para otorgar capitulaciones (comentario al artículo 1.329 del Código Civil)*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1988, p. 51).

(2) Conforme a su descripción en el artículo 1.325 C.c., "estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo".

En cuanto al régimen económico legal, esta relación ha sido puesta de manifiesto en múltiples ocasiones por la jurisprudencia, e incluso en la Sentencia de 13 de mayo de 1983 admite los gananciales para una hipótesis de matrimonio putativo, en virtud de la "producción de efectos civiles del matrimonio nulo de que se viene haciendo mención, y concretamente en lo que se contrae a gananciales, ya que siendo la esencia fundamentadora de éstos un régimen de comunidad de adquisiciones, que hace emanar de la aportación de cada uno de los cónyuges se entiende hacen al acervo común con su participación y contribución con su actividad en el vínculo familiar contractual, no sería acomodado a los principios básicos de justicia el excluir de la comunidad económica que de hecho ha existido durante el tiempo que se mantuvo vivo el matrimonio declarado nulo, y hasta que esa nulidad fue apreciada, y que es la base que da vida al matrimonio putativo acogido en el artículo 79 de Código civil español". Ello se refuerza cuando la Sentencia de 20 de mayo de 1965 considera que "a falta de capitulaciones es irrenunciable el régimen patrimonial de la comunidad de gananciales porque *el régimen supletorio se equipara a unas capitulaciones subsidiarias*". Véase, con carácter más general, la importante Sentencia de 3 de junio de 1966 recogida en nt. 6.

Respecto a la convivencia *more uxorio, infra*, aunque la jurisprudencia menor ocasionalmente ha estimado existir por analogía un régimen de Comunidad de gananciales (v. gr., S. de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986), no creo que fuera ésta la pauta del Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la S. de 3 de julio de 1984).

Asimismo, la doctrina resalta el principio de accesoriadad entre las capitulaciones y el matrimonio, aunque limitado (cfr. LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, 2, Barcelona, 1989, p. 341; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Madrid, 1988 p. 119; y, en especial, LETE DEL RIO, *op. y loc. cit.*, pp. 400 y 401).

(3) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El concurso de las personas designadas en el artículo 1.316 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)*, en "Anuario de Derecho Civil", 1956, p. 311, nt. 39; AMORÓS, *Artículo 1.329*, en "Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia", II, Madrid, 1984, p. 1.548; DE LOS MOZOS, *Artículo 1.329*, en "Comentarios al Código civil y

C.c.) (4), su límite intrínseco en “la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge” (art. 1.328 C.c., *in fine*) (5), el término esencial que la ley le asigna (art. 1.334 C.c.), etc.—con una indudable significación jurídica (6).

En estas páginas se pretende analizar uno de los puntos en los que acaso queden de manifiesto con mayor fuerza las consecuencias de la señalada relación entre las capitulaciones y el mismo matrimonio; me refiero a los complementos de capacidad que requieren los menores o incapaces —a los cuales, sin embargo, se les puede reconocer el derecho a casarse— para suscribir capitulaciones matrimoniales. En efecto, esta cuestión plantea una disyuntiva: si bien conforme a la doctrina general de los contratos tales sujetos se hallan sometidos a la disciplina de la representación legal, de otra parte debe tenerse presente que, según el antiguo principio *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (7), quienes pueden contraer matrimonio están autorizados a concederse por pacto el régimen económico que más oportuno estimen (8). Así las co-

Compilaciones Forales”, XVIII, 1 (dirigidas por ALBALADEJO), Madrid, 1982, p. 213.

(4) Aunque según el criterio de la Sentencia de 10 de junio de 1913 se justifique la necesidad a los meros efectos de “garantía de otros derechos afectos a terceras personas”, lo que no considero exclusivo, máxime cuando la protección a los derechos de terceros en estos casos se salvaguarda reiteradamente por distintas normas (cfr. arts. 1.317, 1.320, 1.324, 1.333, y 1.335 C.c.).

(5) Cfr., en este punto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 1983.

(6) Como expresa la Sentencia de 3 de junio de 1966, “dentro del matrimonio, debe considerarse comprendido no sólo su aspecto personal estricto sino también su consecuencia económica, cual es el régimen de bienes porque éste carece de un valor y carácter patrimonial puro, a causa de su naturaleza familiar y en conjunción del matrimonio del que es inseparable y del que viene a constituir un accesorio que el Código civil destaca en el presente artículo” (1.326 del Código en su redacción originaria, hoy ligeramente variado en el artículo 1.334).

(7) Véase al respecto el artículo 1.398 del *Code Napoleon (le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible)*, y los precedentes que aporta en este punto GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza (reimpresión), 1974, p. 669. En este sentido, más que antecedentes de Derecho Histórico, existen ciertos vestigios (v. gr., en Digesto 23, 3, 73 se contempla la relación entre la capacidad para contraer de los mudos, sordos y ciegos, y su posibilidad de obligarse por la dote; Digesto 23, 4, 8, *a sensu contrario*, contempla la necesidad de autorizar el pacto sobre la dote por el *pater familias*. Asimismo, Código 5, 12, 28 establece para los menores el requisito de consentimiento del curador para otorgar donaciones antenuptiales, igual que a la mujer menor para la dote). En cuanto al Derecho patrio, como dice PEÑA (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 309), las capitulaciones matrimoniales fueron un fenómeno extraño en las leyes castellanias (existe un leve indicio en Partidas 4, 11, 14, cuando exige, respecto a la dote otorgada por mujer menor, autorización del juez si consistieran en bienes raíces, y del guardador de tratarse de muebles).

(8) Aun admitiendo en términos generales la validez del principio enunciado (cfr., también, la S. de 23 de marzo de 1926), la doctrina encuentra claras limitaciones, pues no es lo mismo casarse que capitular (cfr. AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.550; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 401; LLOPIS GINER, *op. y loc. cit.*, p. 50; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 341; CAS-

sas, el Código civil, siguiendo la práctica tradicional en la materia, establece como requisito en tales hipótesis unos complementos de capacidad para los otorgantes.

El problema estriba en el incierto alcance con que cuentan estas previsiones legales en su actual versión — máxime cuando se nota en falta la necesaria tarea legislativa para coordinar las reformas que de un modo u otro han afectado a los distintos extremos de la materia (cfr. leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, 24 de octubre de 1983, y 11 de noviembre de 1987) (9)— y a este propósito se dirigen los siguientes comentarios.

B) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL MENOR

I. LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CUESTIÓN

Conforme al vigente artículo 1.329 C.c., “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”.

A primera vista, el precepto es trasunto actualizado del artículo 1.318 del Código civil en su redacción originaria (10), pero, sin embargo, esto

TÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, V, *Derecho de Familia*, 1, *Relaciones conyugales*, (revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1987, p. 318; y PEÑA, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 193), aunque sí parece indudable a contrario su certeza (cfr. PEÑA, *op. y loc. cit.* p. 309, nt. 31). Véanse otras interpretaciones del principio en *infra*, nt. 48.

(9) Cfr. LLOPIS GINER, *op. y loc. cit.*, p. 50.

Un buen ejemplo de una técnica legislativa defectuosa en este punto se ofrece por la ley de 29 de mayo de 1989, que reforma el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre “la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos”. En efecto, el nuevo artículo 2.015 *in fine* L.E.C. establece para “las ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad” como requisito “haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria”. Es para cualquier civilista conocido que dicho precepto trata de los medios inmatriculadores de fincas en el Registro de la Propiedad, y su remisión en la norma transcrita constituye un error de bulto. La explicación, sin embargo, trae causa del fenómeno señalado: la Ley de Enjuiciamiento Civil (año 1881) es posterior a la primera Ley Hipotecaria (año 1861), mas precedió al Código civil (año 1889); por consiguiente, sus remisiones originales no pudieron tener en cuenta la nueva Ley Hipotecaria de 1957, que cambiaría del todo el tema del artículo 205, antes referido a la representación legal de los menores a determinados efectos. Un hecho como éste resulta disculpable si se tratara de las versiones originales de las respectivas leyes, pero es lamentable que tal cosa se produzca en recientes modificaciones.

(10) Esta norma declaraba: “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si a su otor-

no pasa de constituir una simple apariencia, y, además, perpetúa una contradicción antaño puesta de relieve por los autores (11). En efecto, el juego combinado de los antiguos artículos 45. 1.ª; 50, regla 1.ª; y 1.318 del Código civil (en las versiones originales y reformadas por la ley de 24 de abril de 1958) implicaba una incoherencia en los siguientes términos (12):

1') A tenor de los derogados artículos 45 y 50 C.c., cuando un matrimonio se celebrase por el menor sin la debida licencia (13) de las personas llamadas en cada caso a prestarla, se adoptaba como sanción civil, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que se incurriese, la medida de considerar el matrimonio contraído con absoluta separación de bienes.

2') Por el contrario, y en franca desarmonía, el viejo artículo 1.318 C.c. estimaba dicho matrimonio sometido al régimen legal de gananciales, por ser nulas las capitulaciones del menor en que no interviniesen las mismas personas llamadas a otorgar en estos casos la preceptiva licencia.

Esta contradicción fue debatida por la doctrina en su momento, buscando posibles vías conciliatorias de los preceptos (14). No obstante, me

gamiento 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 y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales”.

(11) Cfr., por todos, DE LOS MOZOS, *Artículo 1.318 C.c.*, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, (dirigidos por ALBALADEJO), XVIII, 1, Madrid, 1978, p. 49.

(12) Cfr. LLOPIS, *op. y loc. cit.*, pp. 51 y ss.

(13) La redacción originaria del Código también incluía el consejo de los padres recogido en el por entonces vigente artículo 47 C.c., aunque su posible falta no entraba en quiebra con lo dispuesto por el anterior artículo 1.318 C.c., que omitía pronunciarse al respecto. La ley de 24 de marzo de 1958 eliminó este anacrónico requisito, que, sin embargo, daría lugar a la conocida Sentencia de 4 de mayo de 1970 (véase su comentario en DíEZ PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, III, Madrid, 1976, pp. 53 y ss.).

(14) En este sentido, son destacables las aportaciones que hace LLOPIS GINER (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 53 y ss.), a cuyo juicio el artículo 1.318. 2 C.c. era de aplicación sobre lo establecido en los artículos 45 y 50 C.c. sólo si concurría licencia matrimonial, mas no el necesario complemento de capacidad a presentarse por idénticas personas en el acto de otorgamiento de las capitulaciones, estando en los demás supuestos a resultados del régimen legal de separación absoluta.

Con todo, la hipótesis parece de suyo dificultosa en la práctica, según es de imaginar, máxime cuando ambos auxilios de ordinario se prestaban antes del matrimonio (la posibilidad de otorgarse después se sigue de la reforma del Código civil por ley de 2 de mayo de 1975 —y, en concreto, merced al artículo 1.320 C.c., antes de la nueva versión proporcionada por la ley de 13 de mayo de 1981—, así como su posible modificabilidad. Esto, a su vez, planteó no pocas dificultades en el caso de que proviniera el régimen económico

gustaría resaltar que las disparidades señaladas tampoco estuvieron exentas de toda lógica, porque la primera opción se derivaba no tanto de una norma sancionadora como preventiva, si bien del hecho pudiera derivarse una restricción en la capacidad del cónyuge mayor para escoger el régimen considerado más oportuno; pero, por claros motivos de prudencia legislativa, se le impuso uno de separación absoluta, que impedía la existencia de una masa consorcial común y responsable de actos indistintos de ambos cónyuges (en los más amplios términos, tal y como se concibió por el artículo 1.408. 1.º del Código en su redacción originaria) (15), y, en el fondo, para ser sinceros, también intentaba evitar repentinos enriquecimientos mediante adquisiciones de cuantiosas dotes. Por el contrario, la segunda pauta proviene de la diversidad de actos prevista en ambos supuestos, cuya conexión no impide cierta deseable autonomía de régimen derivado de su relativa independencia de contenido (16); de suerte que, cuando no concurriera un expreso requisito de validez, la ineficacia de las capitulaciones traía consigo la necesaria consecuencia del régimen económico legal primario (17).

II. DISCIPLINA DEL NUEVO ARTÍCULO 1.329 C.C.

Después de su reforma *ex ley* de 13 de mayo de 1981, el régimen de las capitulaciones otorgadas por el menor varía, según creo, de forma ostensible, y con un sentido claramente desafortunado, al menos en su

vigente de una sanción civil al incumplimiento de los requisitos de voluntades complementarias exigidos por la ley, y a mi juicio satisfactoriamente resuelto en favor de su plausible alteración por la profesora —DÍAZ ALABART— cfr. *Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código civil*, en “Homenaje al Profesor Batlle”, Madrid, 1978, p. 223—, pese a los argumentos contrarios expuestos por TORRES y FRANCOS, cfr. *Las capitulaciones matrimoniales*, en “Boletín de Información de Ministerio de Justicia”, n.º 105, 1975, p. 7).

(15) A cuyo tenor eran “de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrae la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad”. Este panorama puede comprobarse notoriamente más amplio que lo dispuesto a partir de la ley de 13 de mayo de 1981 (cfr. arts. 1.362 y ss. C.c.).

(16) Véase al respecto *supra*, nt. 8.

(17) El artículo 1.315, pfo. 2 del Código en su redacción originaria (confirmada en la ley de 2 de mayo de 1975) establecía que “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo régimen de la sociedad legal de gananciales”. Como es natural, en el capítulo de ausencia de las capitulaciones se incluyó por analogía su defecto jurídico, con las resultas que tal hecho comportaba.

expresión legal, que contrasta con el buen propósito que la vino a inspirar (18).

Para el estudio del alcance que cabe conceder al precepto, creo conveniente partir de la exégesis de sus mismos términos:

a) “El menor que con arreglo a la ley pueda casarse”

El nuevo artículo 1.329 C.c. conserva las expresiones originarias del Código civil (19), pero hay que reconocer su distinto sentido por las diversas reformas legislativas sobre los requisitos de validez del matrimonio del menor vigentes en cada etapa.

En los actuales momentos, tras la ley de 7 de julio de 1981, se produce un doble fenómeno; a saber, de un lado se omiten los consentimientos complementarios vigentes a modo de permisos previos para lo que la doctrina, con evidente reminiscencia canónica, vino a denominar licitud del matrimonio, cuya infracción comportaba el efecto antes descrito en lo relativo al régimen económico impuesto por la ley a tales nupcias; mas, de otra parte, y en cierta forma contradictoria, la edad míni-

(18) En efecto, como pone de relieve LLOPIS GINER (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 53 y ss.) siguiendo el *iter* parlamentario del precepto, las dificultades se presentaron por obra de la defectuosa técnica legislativa observada en la reforma del Código civil, que separó inopinadamente materias tan conexas como el matrimonio y su régimen económico en dos proyectos distintos, con el agravante de mezclarse ambos con otros contenidos sin duda cercanos, pero ajenos a su estricto ámbito conyugal, como no sea su conjunta inclusión dentro de la genérica y más bien académica disciplina del Derecho de Familia.

En consecuencia, las variantes previstas para el régimen de las capitulaciones otorgadas por el menor quedaron en el proyecto de ley sobre régimen económico conyugal a expensas del destino previsto en el proyecto sobre matrimonio acerca de la necesaria licencia de los padres en la celebración de los menores. Interesa destacar, no obstante, que, a mi juicio, en el informe de la ponencia sobre la reforma del régimen económico del matrimonio, y pese a la provisionalidad de sus conclusiones a causa de la dependencia existente respecto del proyecto de reforma del matrimonio que corría paralelo, se logra una redacción del artículo 1.327 —que luego sería, no sin profundas modificaciones, el actual 1.329 C.c.— coherente con el espíritu de la reforma, cuando establecía que “a falta de capitulaciones, se aplicará el régimen de separación”, con lo cual se hubieran salvado las antiguas incertidumbres provocadas por el distinto signo y alcance de las normas sobre licencias para contraer y régimen económico pactado por el menor en capitulaciones, siempre que la “falta de capitulaciones” abarcara, como es razonable, también el supuesto de su ineficacia por no concurrir en su otorgamiento las personas cuyo auxilio se hace preciso, pero esto es materia de análisis posterior y a ello me remito (cfr. *infra*, B. II. d. 2.).

(19) En este punto se mejoraba el antecedente inmediato del Proyecto de 1851, que se refería en el artículo 1.241 al “menor que, con arreglo a la ley, puede casarse”, dando a entender con ello literalmente que todo menor era de suyo apto para el matrimonio.

ma para contraer se cifra en la mayoría (20), o, en el mejor de los casos, la emancipación (cfr. art. 46.1.º C.c.) (21).

En síntesis, cabe proponer el siguiente cuadro de supuestos en los que puede celebrarse válidamente matrimonio —“con arreglo a la ley”— el menor (22):

1. *El menor que consiga la dispensa en tal sentido*

Conforme al artículo 48 del Código civil, “el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de (...) edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores”.

Con independencia de ciertas cuestiones de relativo interés que suscita la norma —como lo referente al procedimiento (23) y a las audien-

(20) En esta materia puede consultarse mi obra *La inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico*, Madrid, 1988, pp. 133 a 135, y la extensa bibliografía citada en ese lugar, entre la que destaco: PÉREZ PASCUAL, *La menor edad en el matrimonio*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1984, pp. 748 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS, *la menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil*, en “Revista de Derecho Privado”, 1984, pp. 456 y ss.; y Díez DEL CORRAL, *La nueva regulación del matrimonio en el Código civil*, en “Reformas del Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981”, Madrid, 1983, p. 15.

(21) La doctrina discute las expresiones redundantes de los artículos 46.1.º y 316 del Código, pues si “no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados” (art. 46.1.º C.c.), ¿qué quiere decir que produzca el matrimonio “de derecho la emancipación” (art. 316 C.c.)? En este aspecto véase GETE ALONSO, *Emancipación y matrimonio*, en “Revista de Derecho Privado”, 1985, pp. 4 y ss.; NÚÑEZ BOLUDA, *Efectos del matrimonio que significan ampliación de capacidad y son comunes a ambos cónyuges*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1978, p. 218; y DURÁN RIVACOBA, *op. y loc. cit.*, con cita de otros autores.

(22) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* p. 341; PEÑA, *op. cit.* p. 193; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 1985, p. 115; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1987, p. 138; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, 1989, p. 163; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 402.

LLOPIS recoge aquí (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 64) la opinión de SALVADOR CODERCH, según el cual caben “contrayente o contrayentes menores de 14 años”, pues “el juego del artículo 75 C.c. permite la convalidación” de tales matrimonios en determinadas circunstancias (*Artículo 46 del Código civil*, en “Comentarios a las Reformas del Derecho de familia”, I, Madrid, 1984, p. 158), pero me parece sin duda excesivo pretender que dicho autor mantenga la capacidad para el matrimonio de tales sujetos, como él mismo explica más adelante con gran acierto (cfr. *Ibidem*, pp. 158 y ss.). En efecto, creo que la posible convalidación lograda por la dispensa ulterior o en virtud del mero transcurso del tiempo (cfr. arts. 48, pfo. 3 y 76, pfo. 2 C.c., respectivamente), se produce precisamente a causa de resultar los cónyuges beneficiados incapaces para el matrimonio contraído en su momento.

(23) Así, por ejemplo, propongo las siguientes:

cias (24)—, conviene plantearse si la dispensa para contraer matrimonio por el menor comporta la emancipación por concesión judicial, lo

— En virtud del artículo 48, pfo. 2 C.c., redactado por ley de 7 de julio de 1981, queda derogado el criterio del artículo 74 de la Ley del Registro Civil, a cuyo tener correspondían al Ministro de Justicia —previa propuesta de la Dirección General— las dispensas de impedimentos matrimoniales establecidas en el Código. Es decir, al mismo Encargado compete la dispensa de la menor edad (cfr. art. 48, pfo. 2 C.c.) y la tramitación del entero expediente matrimonial previo (cfr. arts. 44, y 260 a 266 del Reglamento del Registro Civil, y la Resolución del Centro directivo de 28 de diciembre de 1987).

— A mi juicio, el expediente de dispensa —excepción hecha del supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 48 C.c., en que resuelve, previa propuesta de la Dirección General, el Ministro de Justicia, si bien la instrucción recae de igual modo en el Encargado (cfr. art. 365, pfos. 1.º y 2.º R.R.C.)— debe tramitarse dentro del más amplio expediente civil previo a la celebración y de forma paralela. Se cifra este argumento en “los criterios de economía, celeridad y eficacia que el Estado trata de imponer a todas sus actuaciones” (Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Civil, y cfr. la Resolución de 28 de diciembre de 1987), como manifiesta el artículo 347 R.R.C. cuando establece la posible acumulación de oficio por el Encargado de varios expedientes, el artículo 352 R.R.C. que impone terminantes plazos de tramitación, y el artículo 354 R.R.C. al advertir “que la práctica de una diligencia no paralizará las demás que sean compatibles”, evitando “toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado con la causa”. Asimismo apoyan esta tesis los artículos 245 y 260 R.R.C., y el artículo 48, pfo. 3 C.c. que permite dispensas ulteriores de carácter retroactivo y convalidante.

— Por último, y en lo que se refiere a otros aspectos del expediente de dispensa de la menor edad no previstos en el artículo 48, pfo. 2 C.c., señalo algunos de cierto interés: la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva (según la R. de 6 de septiembre de 1985, “la dispensa judicial sin la oportunidad de oponerse al ministerio fiscal adolece de defecto esencial” y hace nulas las actuaciones; y conforme a la R. de 16 de octubre de 1989, “el expediente de dispensa de edad para contraer matrimonio es un expediente de la legislación del Registro civil en el que, como en todos ellos —cfr. art. 97 L.R.C.— debe intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad: cfr. art. 3-6 de su Estatuto Orgánico”); de otra parte, “la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene competencia para conocer los recursos entablados contra autos del Juez de Primera Instancia que denieguen a un menor de edad no emancipado y mayor de 14 años la dispensa para contraer matrimonio” (R. de 25 de enero de 1985). Sin embargo, con arreglo a la reciente —y discutible— doctrina del Centro directivo, “a diferencia de lo que ocurre en todos los casos en que el expediente tiende a lograr la debida concordancia entre el registro y la realidad, en la dispensa de edad no hay interés público que defender, pues se trata de una actuación que atañe al interés exclusivo de los particulares, a un derecho tan íntimo y fundamental de la persona como es el *ius nubendi*” (R. de 16 de octubre de 1989).

(24) En este sentido, son de señalar:

— Extraña que se omita en los expedientes de dispensa la deseable audiencia del otro candidato a contraer, cuya personalidad puede constituir un dato de cierta relevancia para el criterio del juez, aunque también es cierto que nada impide a éste reclamar su testimonio, y en la práctica se ha venido siguiendo esta pauta (cfr. R. de 28 de marzo de 1985).

— Creo que no debería esta norma, en buena técnica jurídica, referirse a los padres o guardadores (cfr. art. 48, pfo. 2 *in fine* C.c.), sino a los titulares, según el supuesto, de la patria potestad o de la tutela, pues me resulta evidente que quien es privado de la patria potestad, aun siendo progenitor, no merece intervenir en el expediente; además, la guarda jurídica (cfr. art. 210 C.c.) queda excluida, porque los curadores no concurren a estos efectos, habida cuenta de la capacidad de los emancipados para contraer (cfr. arts.

que debe ser resuelto negativamente (25), porque dicho acto requiere una edad superior a los 16 años (mientras en nuestro caso el límite inferior parte de los 14 años) (26), unos supuestos tasados que no se ajustan al presente (cfr. arts. 320 y 321 C.c.), y, en definitiva, las finalidades de ambas instituciones son en múltiples aspectos diversas, si bien el matrimonio contraído por el menor mediando dispensa consiga el efecto emancipatorio (art. 316 C.c.) (27).

286. 1.º y 46. 1.º, *a contrario*, del Código civil); y la simple guarda de hecho temporal (cfr. arts. 303 y ss. del Código redactados conforme a la ley de 24 de octubre de 1983), que no impide distintas titularidades de patria potestad o de tutela en su caso —incluso la posible tutela de carácter administrativo recogida en el artículo 172 C.c. (aunque difícilmente deba ser oído en estos supuestos quien acaso no conozca, ni siquiera su carácter de tutor —por analogía con el n.º 3 del mismo precepto, el director de la respectiva Entidad pública— y, en realidad, poco tenga que decir: cfr. *infra*, B. II. c. 1. b')— tampoco ha de apartar a sus destinatarios de intervención en el expediente, como, *verbi gratia*, también sucedería en los supuestos de acogimiento familiar compatible con aquéllas, conforme indica la propia reforma de la adopción por ley de 11 de noviembre de 1987 (cfr. art. 173. 2 C.c.). Sin embargo, este inciso pudiera tener cierto ámbito de aplicación en las señaladas situaciones de “tutela administrativa” por los motivos apuntados, o cuando con arreglo al artículo 299 bis C.c. recaiga en el Ministerio Fiscal el cargo de defensor judicial, pues aunque represente al menor también debe intervenir de oficio en el expediente, y no puede ser en idéntico asunto juez y parte (así lo establece, para otro asunto, el Centro directivo en sus Resoluciones de 11 de marzo de 1985 y 8 de marzo de 1982). En suma, se hace imperiosa una tarea de necesaria coordinación de las normas del Código civil en este punto —pues, a causa de distintas modificaciones legales independientes (en concreto, leyes de 7 de julio de 1981, de 24 de octubre de 1983 y de 11 de noviembre de 1987), adolece de no pocas lagunas y contradicciones—, labor armonizadora que indudablemente recaerá en los Tribunales de Justicia y en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cualquier caso, el artículo 1.329 C.c. se refiere a los padres o tutor, y no al guardador, como pretenden DE LOS MOZOS (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 217; y LETE, *op. y loc. cit.*, respectivamente), y rechaza LLOPIS (cfr. *op. y loc.*, p. 71).

(25) Distinto sería el parecer de ALBALADEJO y de PÉREZ DE CASTRO cuando estiman la dispensa como de “la falta de emancipación” (*op. cit.* p. 138; y *op. cit.*, p. 118, respectivamente), que no creo correcto, pues la emancipación supone un caso con ribetes de cierta excepcionalidad, mientras aquí se trata de permitir a los menores contraer matrimonio, pero sin emanciparlos antes. Ahora bien, dudoso resulta si puede concederse la dispensa de menor edad a quien es susceptible de ser emancipado por los distintos cauces previstos en el Código civil, como de forma implícita señala la Resolución de 16 de octubre de 1989 no admitiendo el recurso, aunque por otras causas; según esta doctrina, la dispensa de menor edad logra su ámbito sólo en quienes no hayan cumplido los 16 años, una vez alcanzados los 14 establecidos como mínimo en la ley.

(26) En un curioso asunto determinó al respecto el Centro directivo que “el principio de legalidad —en virtud de los artículos 46 y 48 C.c.— impide la celebración válida de un matrimonio de un menor de 14 años aun cuando concurra la dispensa del juez” (Resolución de 6 de septiembre de 1985), aunque nada obsta para conceder *a posteriori* tal dispensa con un alcance convalidante con arreglo al artículo 48 *in fine* C.c.

(27) Tal vez por eso, el criterio de la Dirección General en orden a tales dispensas sea restrictivo, como indica la Resolución de 28 de marzo de 1985: “a pesar del embarazo de la promotora de 15 años de edad y el propósito firme de ambos de casarse no puede apreciarse (la justa causa para la dispensa solicitada) por la oposición frontal a ello de los

2. El menor emancipado

A tenor del artículo 314 C.c., “la emancipación tiene lugar: 1.º Por la mayor edad. 2.º Por el matrimonio del menor. 3.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 4.º Por concesión judicial”.

El primer supuesto, aparte de ser erróneo por constituir la emancipación un estado del menor (véase para el mayor en edad el artículo 322 C.c.), no plantea problemas en lo relativo al matrimonio, que puede ser contraído por los mayores sin más obstáculo. Tampoco suscitan dudas las concesiones de quienes ejerzan la patria potestad (28) o la judicial (bien sea por las causas previstas en el artículo 320 C.c., o en virtud del beneficio de la mayor edad otorgado al menor sujeto a tutela) (29).

Sin embargo, las dificultades se ofrecen respecto del menor que hace vida independiente con el consentimiento de sus padres (30) y tiene al menos dieciséis años, por cuanto el artículo 319 C.c. le reputa “para todos los efectos como emancipado”. Ahora bien, pese a las habilitaciones que tenga oportuno hacer el Código civil, y acaso gracias esta misma razón, estos menores no son emancipados, y, por consiguiente, a falta de mejor criterio, tampoco pueden contraer matrimonio sin la debida dispensa de minoridad (31).

Asimismo, se presentan ciertas incertidumbres en orden al menor que haya contraído válidamente matrimonio canónico sin dispensa civil. En principio, a este matrimonio se le reconocen los efectos civiles, que se producen con la celebración (cfr. art. VI de los Acuerdos sobre asun-

padres de la menor y sobre todo por los antecedentes y falta de medios económicos del varón que no constituyen una garantía sólida para la vida familiar normal, ni para la crianza y educación del hijo esperado”.

(28) Resulta discutible si de *lege ferenda* el precepto no hubiera mejorado extendiendo la posible concesión también a los tutores, pues aun cuando en el supuesto de tutela rija el llamado beneficio de la mayor edad, éste se concede por el Juez previo informe del Ministerio Fiscal cuando el menor lo solicite (cfr. art. 321 C.c., modificado en su redacción *ex ley* de 13 de mayo de 1981, y nuevamente por la ley de 11 de noviembre de 1987), lo que se asemeja mucho a la hipótesis de concesión judicial, que debe tenerse como subsidiaria —por eso es causal— de la posible concesión por los padres ejercientes de la patria potestad, así como hubiera podido suceder en este caso y parece más razonable, máxime cuando las obligaciones que ambos cargos comportan se aproximan enormemente (cfr. arts. 154 y 269 C.c.).

También es señalable que la norma se refiera con gran acierto al *ejercicio* de la patria potestad (el artículo 156 C.c. distingue su titularidad, atribución y ejercicio: cfr. *infra*, nt. 73), pues constituye, a mi juicio, un criterio aplicable por analogía en múltiples ocasiones, (como ya se hizo en *supra*, nt. 24, y se pretenderá en adelante).

(29) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163.

(30) Dígase lo mismo por analogía para este caso respecto de la tutela (*Vid. supra*, nt. 28).

(31) Este mismo criterio se mantiene, aunque con opuesto resultado, en cuanto a la exclusión de los emancipados del ámbito del artículo 1.329 C.c.: cfr. *infra*, nt. 54.

tos jurídicos suscritos entre la Santa Sede y el Estado Español el 3 de enero de 1979, y los arts. 60 y 61, pfo. 1 C.c.), pero no logra su pleno reconocimiento sino desde su inscripción en el Registro Civil (cfr. arts. 60 y 61, pfo. 1 C.c.), cosa que de ningún modo logrará, pues de los documentos presentados o de los asientos del Registro consta que no reúne dicho matrimonio los requisitos de validez previstos en el Código civil (cfr. art. 63, pfo. 2 C.c.). Según creo, y con independencia de otros factores que intervienen en el asunto (32), mientras el matrimonio produzca de derecho la emancipación podría tomarse a dichos contrayentes como emancipados, o, en todo caso, el hecho es causa suficiente para la concesión casi automática por el juez de la dispensa civil de minoridad.

Por último, también cabe debatir si un matrimonio putativo emancipa cuando es el menor quien obró de buena fe, o, *a fortiori*, si lo resultan ambos contrayentes. Considero difícil en estos casos que la buena fe provenga de un error sobre cuál es la edad mínima para contraer —pues “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” (art. 6. 1 C.c.) y para evitar tales situaciones está el expediente civil previo a la celebración— sino de otra causa; en estos casos, a mi juicio, la emancipación es un auténtico efecto del matrimonio (cfr. art. 316 C.c.), y, por tanto, debe ser mantenido en los estrictos términos del artículo 79 C.c., a lo sumo tratándose ahora de un aspecto de la emancipación relacionado con los efectos económicos del matrimonio, que se conservan para los putativos (cfr. S. de 13 de mayo de 1983).

b) “Podrá otorgar capitulaciones antes o después de la boda”

1. *Fundamento de la capacidad de los menores*

En este punto estriba la *ratio* de la norma: quien pueda contraer, puede pactar lo accesorio (33). Este principio es común a las anteriores versiones del mismo artículo analizadas hasta el momento, pero, con todo, se aprecian diferencias significativas, como que se conceda una mayor autonomía en este orden a los menores (34), por cuanto ahora

(32) Así, por ejemplo, la posible validez civil de las dispensas eclesiásticas en ciertos casos, los distintos supuestos planteables, etc. (cfr., en este sentido, DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, pp. 133 y ss.).

(33) Cfr. *supra*, nts. 7 y 8. Para GARCÍA GOYENA era un colorario del principio “quien puede lo más, puede lo menos” (*op. y loc. cit.*).

(34) Plantea LLOPIS un caso de dudosa solución para demostrar que la capacidad de los menores en lo relativo al matrimonio y a las capitulaciones resulta en los actuales momentos diferente: a su juicio, si un menor de 13 años acude al notario para el otorgamiento de capitulaciones no le pueden ser negadas, pues cabe que contraiga válidamente matrimonio en el plazo de un año, haciendo eficaces los pactos así suscritos, siempre que me-

los requisitos de voluntad complementarios no constituyen condiciones expresas de validez de las capitulaciones, y se les permite suscribir con entero arbitrio y sin ningún complemento de capacidad los regímenes económicos de separación o de participación. Asimismo, queda patente un posible cambio de capitulaciones, que antes de la reforma parecía un tanto discutible (35).

Sin perjuicio del elevado ánimo que inspiró la reforma en este punto, y cuyos extremos principales acabo de resaltar, no es menos cierto que las expresiones legales resultantes de tales propósitos causan más bien decepción. En efecto, ateniéndome a la frase que ahora comento, los menores pueden capitular en tanto sean aptos para contraer, pero una vez que han celebrado el matrimonio quedan emancipados de derecho, y, por ende, son de suyo capaces para convenir las capitulaciones que tengan por oportuno, en principio sin necesidad de voluntades complementarias de la suya propia, como procedo a razonar pese al tenor contrario de la norma.

2. *El problema de los menores emancipados*

En efecto, esto abre una cuestión de gran relieve: ¿son aplicables a los menores emancipados las expresiones del artículo 1.329 C.c.?

Prima facie, y con arreglo al sentido literal del precepto, sin duda quedan incluidos, porque, si no, tampoco tendría mucha lógica que contemplara el artículo 1.329 C.c. la posibilidad de capitulaciones antes o después de la boda y siempre con los requisitos complementarios que de seguido se analizan (36); ello aparte, precisamente los auxilios de capacidad por lo común establecidos en la norma citada para suscribir el menor capitulaciones matrimoniales eficaces, son los mismos que se solicitan al emancipado en cuanto a las limitaciones impuestas a su capacidad en el artículo 323 C.c. Por último, en las legislaciones comparadas próximas a la nuestra el emancipado se halla sometido a consentimien-

dien las asistencias previstas en el artículo 1.329 C.c. (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 68). Por mi parte, sin embargo, haría dos apreciaciones: para poderse autorizar el acto, según creo, el notario debería exigir prueba de la dispensa ya concedida, pues sólo entonces los menores con arreglo a la ley pueden casarse (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 402, nt. 21), y de lo contrario se arriesgaría la eficacia de un acto de la trascendencia señalada; y, desde otro punto de vista, sólo se hace necesario el consentimiento complementario si no acuerdan los futuros contrayentes un régimen de participación o separación. En consecuencia, no estoy de ningún modo de acuerdo con que deban de todas formas autorizarse las capitulaciones porque una posible convalidación del matrimonio nulo las pueda reavivar (cfr. *Ibidem*, p. 69).

(35) Cfr. *supra*, nt. 14, y el artículo 1.320 *in fine* del Código civil en su versión conforme a la ley de 2 de mayo de 1975.

(36) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163, nt. 1; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 115; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 342; PEÑA, *op. cit.*, p. 193; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.549, nt. 17; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 218; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 403.

tos complementarios de capacidad para poder otorgar capitulaciones, pese a su aptitud matrimonial (37).

No obstante, a mi juicio, resulta muy discutible dicho *status quaestionis* (38), porque “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor” (art. 323 C.c.), y las limitaciones previstas en el mismo precepto han de interpretarse restrictivamente (39).

Así es, el artículo 1.329 C.c. comparte una doble faceta de perfiles dudosamente novedosos, pero sí al menos más nítidos en el actual esquema. La versión originaria del Código civil comprendía la licencia para contraer y el complemento de capacidad de las capitulaciones como

(37) En Francia viene previsto por el artículo 1.398 del *Code*, y fundamentalmente deriva de la necesidad de licencia previa otorgada por los padres al matrimonio de los menores, estén o no emancipados (cfr. arts. 138 y ss. del Código civil francés), lo que para éstos supone, según la doctrina, un caso excepcional de incapacidad (cfr. HAUSER-HUETWEILLER, D., *La Famille (Fondation et vie de la famille)*, en “*Traité de Droit Civil*” (sous la direction de GHESTIN), Paris, 1989, p. 58). En cuanto a Italia, ello se induce del juego conjunto de los artículos 165, 90, 84, y 392 *in fine* del *Codice civile* (cfr., con abundante doctrina y jurisprudencia, PERLINGIERI, *Codice Civile anotato*, I, Torino, 1981, en el comentario de cada precepto); es de destacar que para el ordenamiento italiano la emancipación puede ser efecto del matrimonio, pero nunca requisito.

(38) Los autores también muestran sus reticencias en aceptar sin más consideraciones el argumento (si bien a la postre lo hacen, salvo, con múltiples motivos, PÉREZ DE CASTRO, cfr. *op. cit.*, pp. 119 a 121; y LLOPIS, cfr. *op. y loc. cit.*, p. 65, aunque no sea éste tan concluyente, e incluso se desdiga en *Ibidem*, p. 71); de tal suerte, LACRUZ-SANCHO intentan distinguir según la emancipación se produzca por obra del matrimonio, hipótesis inevitablemente incluida dentro del artículo 1.329 C.c., o merced a otra causa legal, cosa que plantea mayores dificultades (cfr. *op. cit.*, p. 342). Sin embargo, AMORÓS, expresando también sus dudas al respecto, considera que tras las últimas reformas de la emancipación no cabe diferenciar sus efectos conforme a la *ratio* que las hizo valer (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.549; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 403).

(39) Aun cuando la jurisprudencia en este punto pueda llegar a ser opuesta: “no es rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva, ni rechacen siquiera en absoluto — como ya se advirtió en reciente sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1940— el empleo del procedimiento analógico, toda vez que la moderna doctrina científica admite que una norma relativamente excepcional pueda consentir la aplicación de la analogía dentro del ámbito de su contenido estricto, y en tanto en cuanto, la *ratio* del tratamiento excepcional corresponda también el caso no regulado, y no es, por otra parte, recomendable en caso alguno, encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin completar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos, racionales, históricos y sistemáticos, que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma” (Sentencia de 27 de junio de 1941, y cfr., también, la Sentencia de 13 de octubre de 1952). En sentido paralelo, LACRUZ-SANCHO estiman como no exhaustivas las restricciones establecidas en el artículo 323 C.c. para los emancipados (cfr. *op. cit.*, p. 342). Sin embargo, la reciente Sentencia de 28 de noviembre de 1989 establece una directriz del todo contraria, pues tratándose de los artículos 164 y 166 C.c., sienta la constante “doctrina de esta Sala, sancionadora de una interpretación restrictiva en cuanto a las normas prohibitivas; ni tampoco puede ser admisible la interpretación analógica, que asimismo se postula, extrapolando normas de otras instituciones jurídicas al caso que nos ocupa”.

una especie de dos caras de la misma limitación del menor (40); sin embargo, una vez eliminada la licencia paterna para la celebración —en realidad sustituida, sólo en los casos más llamativos, por una suerte de permiso judicial en la dispensa de minoridad (41)— las posibles asistencias previstas en orden a las capitulaciones rebrotan con un carácter marcadamente más económico que antes (42), aun cuando también en esa época el Tribunal Supremo declaraba el fin de la norma en la garantía “de que no puedan por ellas (las capitulaciones) sufrir daños en sus intereses económicos (los menores)” (Sentencia de 1 de julio de 1955). En síntesis, se trata sobre todo de una garantía de carácter económico.

En esta línea, la cuestión estriba precisamente acerca de los posibles pactos económicos en capitulaciones que puedan afectar a los “bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor” (43), para cuya disposición (gravamen o enajenación, según expresa el artículo 323 C.c.) el emancipado requiere del consentimiento de sus padres o, a falta de ambos, de su tutor (*sic*, curador) (44).

(40) Este fue un planteamiento de partida en la Ley de Bases para la redacción del Código civil: “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), siguiendo el precedente francés en este punto (cfr. *supra*, nt. 37).

(41) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 217.

El hecho se refuerza considerando que la versión originaria del Código civil, antes de su reforma comentada, no recogía la dispensa de minoridad en el artículo 85, aunque a tenor del artículo 83.º pfo. 2 se diera “por revalidado *ipso facto*, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado reclamación”.

(42) Cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.* p. 119. Otorga LLOPIS a tal hecho una extraordinaria trascendencia, porque, según estima, en este punto se cifra la definitiva disociación entre capacidad del menor para el matrimonio y las capitulaciones, respectivamente (cfr. *op. y loc. cit.* pp. 65 y ss.), lo que me resulta un tanto desmedido.

(43) Lógicamente omito lo relativo a “tomar dinero a préstamo”, que por su naturaleza resulta extraño a las capitulaciones matrimoniales.

(44) Este inciso del artículo 323 C.c. también precisa ciertos comentarios. Creo que sólo se recabará el consentimiento de los padres si no fueron privados en su día de la patria potestad (cfr. art. 170, pfo. 1 C.c.), o de alguna de sus facultades por las distintas causas señaladas en el artículo 156, pfos. 2, 4 y 5 C.c. (cfr., por extenso, *infra*, B. II c. 1. a), casos en que considero quedan “impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley” (art. 286 C.c.), y existe curatela, cobrando actualidad el segundo tipo de consentimiento complementario.

Así es, la referencia sobre un posible tutor del emancipado debe sustituirse por el curador, y constituye una nueva desarmonía del Código civil y sus distintas reformas, pues el artículo 323 C.c. proviene de la ley de 13 de mayo de 1981, mientras que la ley de 24 de octubre de 1983 establece curatela sobre “los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren imposibilitados para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley” (art. 286 C.c.).

Ahora bien, desde otro punto de vista no menos importante, hay que cuestionarse por el auténtico fin de la norma; según creo, y ha sido puesto de relieve por la doctrina, el precepto alberga el claro propósito de ampliar la capacidad del menor en orden a determinados actos que guardan una inmediata relación con el matrimonio autorizado en especiales circunstancias para ellos (45). En otros términos, no se trata de reducir

Es de tener en cuenta en este punto también el artículo 324 C.c. (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 403), que para cuando los bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de valor extraordinario sean comunes, una vez el menor haya contraído matrimonio, suplanta el consentimiento complementario de los padres o tutor (*sic*, curador), por el del cónyuge mayor, norma que puede parecer importante —y lo fue para la ley de 2 de mayo de 1975, introduciendo este criterio en los artículos 60 y 61 del Código antes de la reforma por ley de 13 de mayo de 1981 ahora comentada—, pero se limita en el estado actual de cosas a eliminar la vigencia en estos supuestos del artículo 323 C.c. (pues si el bien es común por ganancial eso mismo vige a tenor del artículo 1.375 C.c., lo que se hace obvio si el supuesto es de comunidad ordinaria de bienes: cfr. arts. 396 y ss. C.c.), o, mejor dicho, a primar el consentimiento del llamado “tutor” (en realidad curador) respecto del de los padres (ambos previstos en el artículo 323 C.c.), porque con arreglo al juego combinado de los artículos 291, 234 (con la interpretación correctora que luego haré: cfr. *infra*, B. II. c. 1. d’) y 222. 1.º *a sensu contrario* C.c., el curador del menor casado es el cónyuge mayor. Con todo, la norma del artículo 324 C.c. implica una plausible ampliación de la capacidad de los emancipados, pues el cónyuge representante del otro según el artículo 1.387 C.c., sin embargo “para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial” (art. 1.389, pfo. 2 C.c.), lo que se salva en nuestra hipótesis gracias al artículo 324 C.c. si el emancipado presta su consentimiento.

(45) Con esta norma, “el legislador no quiso disminuir, sino aumentar la capacidad de los menores hábiles para casarse” (PEÑA, *op. y loc. cit.*, p. 308, que compara el régimen del artículo 1.329 C.c. con el general previsto en el artículo 1.263 C.c., a cuyo tenor “no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados”; y cfr., en muy similares términos, LETE, *op. y loc. cit.*, p. 401; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 120; LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 56; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; y MOREU, *Artículo 27 de la Compilación Aragonesa*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, (dirigidos por LACRUZ), I, Zaragoza, 1988, p. 695), lo que *a fortiori* sirve para los emancipados (aunque la R. de 1 de diciembre de 1987 muestre sus reservas en cuanto al segundo inciso de la disposición, pues se trata de “un precepto situado en el Código en sede de contratos y que no puede trasplantarse sin más a los negocios propios del Derecho de Familia”). Así pues, no creo posible sostener, como hacen LACRUZ-SANCHO, que la norma extienda la incapacidad de los emancipados (cfr. *op. cit.*, p. 342). En este sentido, AMORÓS opina que los complementos de capacidad introducidos en el precepto examinado “más que el establecimiento de un poder de los padres o tutor, o de una limitación al menor, es principalmente una colaboración o ayuda al menor, para completar su irreflexión o falta de madurez, y en beneficio del propio menor” (*of. y loc. cit.*, p. 1.550), pero eso es tanto como decir que los sujetos a tutela o patria potestad no son incapaces, pues en ambos casos su ejercicio se realiza en interés de los sometidos (cfr. arts. 216 y 154, pfo. 2 C.c., respectivamente).

Desde otro punto de vista, es de tener en cuenta que, según la mejor doctrina, el precedente del artículo 1.329 C.c. (artículo 1.318 de la versión originaria del Código) no regía en el caso de menores emancipados por matrimonio una vez quedaran viudos, conforme a la redacción dada por ley de 24 de abril de 1958 al artículo 45. 1 C.c. (exigía sólo

la capacidad de los emancipados —que siendo aptos de suyo para contraer no podrían sin las asistencias previstas en el artículo 1.329 C.c. capitular válidamente, salvo en muy contados supuestos— sino de favorecer, a quienes logran dispensa para casarse por su menor edad, el otorgamiento de pactos económicos con ocasión de aquella circunstancia; esto, a mi juicio, es claro, porque una vez eliminada la licencia previa en cuanto al matrimonio —por el carácter fundamental del *ius connubii* (46)—, la dispensa judicial, cuando sea menester, no sustituye la posible asistencia de los padres o tutor respecto a las consecuencias económicas de los acuerdos que con motivo de la celebración puedan tener lugar (47), mas con una idea básica: quien de suyo puede contraer (cfr. art. 46. 1 C.c. *a sensu contrario*) y por sí mismo también contratar sin asistencia (salvo en determinados supuestos: cfr. art. 323 C.c.) no debe sufrir inopinadamente restricciones en su capacidad de obrar, a lo sumo por una norma que además pretende incrementar las facultades de los menores autorizados para contraer matrimonio en cuanto al régimen económico de su familia (48).

la licencia matrimonial a los menores no emancipados por matrimonio), luego resultaría contradictorio que ahora se requiera si la norma pretende aún ampliar más la capacidad de los menores. Este argumento no se vence alegando, como hace AMORÓS (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.550) que la regla general de la emancipación era por entonces la de haber alcanzado los 18 años de edad (art. 318 de la redacción originaria del Código, pero a partir del Real Decreto de 16 de noviembre de 1978, 16 años), pues precisamente por el juego combinado de los artículos 315 y 83 del Código en su versión original, las mujeres a partir de los doce años mediando dispensa podían contraer, lo que supone un criterio mucho más liberal de los actuales en este punto (cfr. art. 48, pfo. 2 C.c.), aunque a efectos económicos el hecho no tuviera la más mínima relevancia, por cuanto según el artículo 50. 3.º C.c. entonces vigente, los menores casados no recibían “la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad”, y el artículo 59 C.c. les impedía entre tanto “tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces”.

Por último, también abona la misma conclusión el resultado de la exégesis que se realiza en *infra*, nt. 57 acerca del alcance del artículo 1.338 C.c. (norma cuyo supuesto es prácticamente idéntico a lo previsto en el artículo 1.329 C.c.) y el sentido de los consentimientos complementarios necesarios para otorgar donaciones por razón de matrimonio a cargo del menor capaz de contraer, que tampoco abarcan en su ámbito a los emancipados.

(46) Aunque dicho argumento no sea convincente, pues el precedente del *Code français* aún se mantiene hoy día (cfr. arts. 148 y ss.), pese a las modificaciones introducidas en la materia ad matrimonio y afines (cfr., entre otras, las leyes francesas de 4 de junio de 1970, 5 de julio de 1974, 11 de julio de 1975, 23 de diciembre de 1985, y 22 de julio de 1987). Por el contrario, el Código civil italiano marcó la pauta del caso español, eliminando de su antiguo artículo 90 la licencia para contraer conforme a la ley de 17 de mayo de 1975.

(47) DE LOS MOZOS trae la necesidad del auxilio contenido en el artículo 1.329 C.c. de las audiencias recogidas en el artículo 48, pfo. 2 C.c. en orden a la concesión de la dispensa de minoridad (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 217), lo que niega LLOPIS considerando que la capacidad para contraer y capitular han quedado escindidas definitivamente tras la comentada reforma por ley de 13 de mayo de 1981, y la desaparición de la licencia para el matrimonio en la ley de 7 de julio de 1981 (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 67).

(48) LLOPIS considera que una regla como *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptia-*

A esto mismo también parecen apuntar las legislaciones forales (49), que cobraron una significativa influencia en el carácter liberalizador imprimido a la reforma operada por la ley de 13 de mayo de 1981 (50). Respecto a la Compilación navarra, el tercer párrafo de la ley 78 dispone que “los cónyuges o prometidos con capacidad para contraer matrimonio pueden otorgar capitulaciones. Para las disposiciones que impliquen transmisión actual de bienes de un cónyuge o prometido menor de edad en favor del otro se estará a lo dispuesto en la ley 66”, y esta última en su tercer párrafo establece precisamente las garantías que acompañan, mediante consentimientos complementarios, ciertos actos económicos de los emancipados, en completo paralelismo —si bien existen algunas variantes, como alusiones a los Parientes Mayores, etc.— con el artículo 323 C.c. (51). Esta misma conclusión cabe obtener para la Compilación catalana de su artículo 8, pues “podrán otorgar capitulaciones matrimoniales y, por tanto, heredamientos quienes con arreglo a la ley podrán contraer válidamente matrimonio, pero necesitará el concurso de las personas bajo cuya patria potestad o tutela se hallen”, y el emancipado no está sometido la patria potestad o la tutela, salvo que sea in-

lia cuenta con indudables limitaciones, pero no permite llevar a cabo un análisis específico de la capacidad del emancipado, que debe proseguir con un tratamiento uniforme (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 65).

Sin embargo, no estoy de acuerdo con la interpretación que hace al respecto PÉREZ DE CASTRO, estimando inaplicable dicho principio a los emancipados, por cuanto, según estimo, éstos son de suyo capaces para contraer matrimonio mientras los menores que han obtenido al efecto dispensa no lo son y, en consecuencia, sólo aquéllos están contenidos en la citada regla (cfr. *op. cit.*, p. 120), porque los menores que logren dispensa son del todo aptos para casarse, y, en fin, su enunciado alcanza literalmente a todos los sujetos hábiles —en cuanto capaces— para el matrimonio, aunque constituya una tautología respecto de los mayores. Asimismo, no me parece correcta su traducción en que se *habilita* a los capaces para el matrimonio a los efectos de capitular (cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215; y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 112), sino que también son capaces para esto último, si bien con algunas prevenciones que recoge la norma del artículo 1.329 C.c.

(49) Excepción hecha de las Compilaciones de Alava y Vizcaya, Baleares, y Galicia, sin contenido específico en este punto (cfr. NAGORE YARNOZ, *Doctrina actual sobre capitulaciones matrimoniales en Derecho Común y Foral*, en “Estudios de Derecho Civil en Honor al Profesor CASTÁN TOBEÑAS”, IV, Pamplona, 1969, pp. 520 y 521).

(50) La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1986 declara el carácter subsidiario de la regulación del Código civil en lo no dispuesto por la Compilación catalana en cuanto a los complementos de capacidad exigibles en las capitulaciones matrimoniales, lo que considero aplicable también a los demás Derechos forales, como parecen indicar para el caso de Navarra y Aragón las Sentencias de 7 de julio de 1978; y 15, y 17 de febrero de 1986.

Desde otro punto de vista, resulta significativa la derogación del antiguo artículo 1.317 C.c., que impedía someterse a los regímenes económico-matrimoniales de carácter foral mediante capitulaciones de quienes estaban sujetos al Derecho común.

(51) En este punto, resulta de gran interés el estudio de NAGORE YARNOZ, *Ley 78 del Fuero Nuevo de Navarra*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (dirigidos por ALBALADEJO), XXXVI-1.º, Madrid, 1990, pp. 435 y ss.

capacitado por sentencia judicial (52). Por último, la Compilación aragonesa en esta misma línea establece que los menores hábiles para el matrimonio pueden otorgar capítulos antes de su celebración con determinados consentimientos suplementarios, pero una vez casados, en virtud del artículo 4 de la misma, tienen “la consideración de mayores de edad”, y no requieren asistencia de ningún tipo para las capitulaciones (53).

Así pues, el problema no es tanto que lo dispuesto en el artículo 1.329 del Código amplíe las limitaciones de capacidad de los menores emancipados, como que los pactos capitulares impliquen una cierta disposición o gravamen de todo su patrimonio, en cuyo sentido existen limitaciones legales que no se pueden obviar. Ahora bien, debe tenerse presente que por el solo hecho del matrimonio tal cosa ocurre, pues el ejercicio de la potestad doméstica (54) ya lo compromete de suyo, y, en todo caso, habría que distinguir entre gravámenes y disposiciones directas, siempre sometidas a las limitaciones del artículo 323 C.c., y las indirectas o derivadas del ejercicio de su capacidad de obrar reconocida en la ley (conforme al mismo precepto, en su primer inciso, “regir su persona y bienes como si fuera mayor”) (55), en las cuales, como resulta evidente, no tienen cortapisas, por cuanto de ordinario comportan la responsabilidad de un patrimonio a causa de las obligaciones contraídas por su titular, campo en el que vige la responsabilidad patrimonial universal, prevista en el artículo 1.911 C.c. con rasgos de norma de orden público económico (56). Así pues, sólo afectan las prevenciones del ar-

(52) Cfr. PUIG SALELLAS, *Artículo 8 de la Compilación Catalana*, en “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” (dirigidos por ALBALADEJO), XXVII, 1, Madrid, 1981, pp. 285 a 287.

(53) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 690.

(54) Según el artículo 1.319 C.c.: “cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge”.

Además este principio vige para cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, a tenor del juego combinado de los artículos 1.362. 1.º y 1.365. 1.º (gananciales), 1.438 y 1.440, pfo. 2 (separación) y 1.413 (participación), todos ellos del Código civil.

(55) Los autores alegan que precisamente de tales expresiones se induce que no es mayor el emancipado (cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 342; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 115 y 116), pero tampoco es menos cierto su carácter análogo, excepto en los casos especialmente prevenidos, lo que, a mi juicio, no sucede aquí (cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 119).

(56) En este punto reviste gran interés la Sentencia de 27 de junio de 1941. En ella el Tribunal Supremo entiende “para una interpretación adecuada del artículo 317 del Código civil (en su redacción originaria, trasladada por la ley de 13 de mayo de 1981 al artículo 323 C.c.), resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza, y como una de sus modalidades, siquiera lo sea con rasgos muy peculiares, la operación de aval, no estén

título 323 C.c. cuando se trate de disponer o gravar directamente, y por un acto específico en tal sentido, los bienes mencionados en el precepto; en consecuencia, parece que si las capitulaciones no contemplan uno de tales supuestos —*v. gr.*, la donación por razón del matrimonio del menor emancipado a su cónyuge de un bien inmueble (cfr. art. 1.341. 1 C.c.) (57)— huelgan para el menor emancipado las cautelas del artículo 1.329 C.c. (58).

literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar, sin la autorización pertinente, al menor emancipado por concesión del padre o de la madre, están incluidos, al menos implícitamente y por modo lógico, en la fórmula legal, en primer lugar, porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos bienes”. Ahora bien, y con independencia de las distancias que separan un acto de garantía personal y las capitulaciones matrimoniales, y el distinto tratamiento que para el concreto asunto se hace de la emancipación con arreglo a su causa, este criterio resulta muy dudoso, como pone de manifiesto DÍEZ PICAZO, “pues de aceptarlo resultaría que un menor emancipado, que posea bienes inmuebles, no puede celebrar ningún negocio del que resulte una obligación a su cargo, pues por el juego del principio de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911) dichos bienes resultarían afectados siempre” (*Estudios...*, p. 57).

(57) El artículo 1.338 del Código civil suscita una nueva dificultad cuando establece, con expresiones claramente similares a las recogidas en el artículo 1.329 C.c. (cfr. LA CRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344), que “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de matrimonio, con autorización de sus padres o del tutor...”. Habida cuenta de que tales donaciones deben realizarse, por hipótesis, antes de contraer (cfr. art. 1.336 C.c.), surge la duda de la posible aplicabilidad del precepto a los emancipados, lo que implantaría en su capacidad de obrar una nueva limitación añadida; sin embargo, la solución en este punto parece más concluyente, porque si dichas “donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes” (art. 1.337 C.c.), la norma del artículo 1.338 C.c., lejos de constituir una restricción para los emancipados, resulta una suerte de ampliación de la capacidad de los menores. En efecto, según el artículo 624 C.c. “podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”, y al menor emancipado le cabe hacerlo (cfr. arts. 319 y 1.263. 1.º, *a contrario*, C.c.), luego el artículo 1.338 C.c. sólo afecta y de forma positiva, como una especie de beneficio legal relacionado con su capacidad para contraer matrimonio por razón de la dispensa que obra en el supuesto, sobre los menores no emancipados. Ahora bien, claro está que me refiero al acto en sí, no a su posible contenido, pues cuando éste haga relación a los “bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor” el permiso de los padres o del curador resulta imprescindible, pero por obra del artículo 323 C.c., no a causa del instrumento —donaciones por razón de matrimonio— que le sirve de cauce a la disposición o gravamen restringidos a los emancipados.

Asimismo, se plantea si “el concurso y consentimiento de sus padres o tutor” (art. 1.329 C.c.), prestado para las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor antes de contraer, exige de “la autorización” específica prevista con los mismos presupuestos en el artículo 1.338 C.c. para las donaciones por razón de matrimonio, lo que, a mi juicio, debe resolverse positivamente gracias a la perfecta identidad de *ratio* que obra en ambos casos, y, en consecuencia, “la autorización”, sólo vige cuando la liberalidad a causa de matrimonio realizada por el menor que pueda casarse consta fuera de las capitulaciones, o en ellas se acoge un régimen de separación o de participación, exentos de auxilios para establecerse.

(58) Cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 119. Por contra, PUIG BRUTAU entiende

En suma, la posibilidad de que pueda el menor otorgar capitulaciones después de la boda en el sentido estricto derivado de la simple letra del artículo 1.329 C.c., y con arreglo a las medidas preventivas que impone, ha de tomarse como afirmación prácticamente gratuita, cuyos efectos testimoniales provienen de unas incertidumbres legislativas —en concreto, del juego combinado de los artículos 1.318, pfo. 2 y 1.320 *in fine* de la versión originaria del Código civil y por ley de 2 de mayo de 1975, respectivamente (59)— superadas con la reforma *ex* ley de 13 de mayo de 1981 (cfr. art. 1.315 C.c.), porque un menor que ha contraído matrimonio queda fuera de las limitaciones establecidas en el art. 1.329 C.c. al lograr de derecho su emancipación (60).

Por consiguiente, la capacidad del menor emancipado a los efectos de otorgar capitulaciones matrimoniales no sufre restricción alguna por causa del instrumento, sino que hay que permanecer a resultas de las provenientes de su contenido con arreglo al artículo 323 C.c., y el hecho emancipatorio permite a sus beneficiarios actuar a su libre arbitrio mientras no topen con las cautelas legales establecidas con carácter general por el Código civil (61).

que la prudencia exige someter a los emancipados también al régimen del artículo 1.329 C.c. (cfr. *op. cit.*, p. 115), lo que no termina de convencer por las razones antes expuestas.

(59) Esto mismo parece indicar DE LOS MOZOS, (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 216 y 217, en especial en la nt. 4). Véase para esta circunstancia lo discutido en *supra*, nt. 14.

(60) Con todo, resulta dudoso si el cambio de las capitulaciones otorgadas por el menor antes de su matrimonio requiere, a expensas del artículo 1.331 C.c., asistencia y concurso de las personas que complementaron en su día la capacidad del menor, “si vivieren y la modificación afectarse a derechos otorgados por tales personas”, en cuanto “que en éstas intervinieron como otorgantes”. GARCÍA CANTERO lo estima positivamente (cfr. en CASTÁN, *op. cit.*, p. 321), aunque a mi juicio no convenga, pues quienes asintieron en el acto primitivo no son otorgantes en sentido estricto de las capitulaciones (cfr. *infra*, nt. 126), ni conceden derecho alguno, y tampoco les afecta el nuevo pacto en nada; por último, rozaría el absurdo pretender auxilios para unas capitulaciones que de suyo no las requieren cuando se suscriben por el menor antes de la boda (de ordinario, habiéndose precisado en un principio, rige gananciales, y entonces el cambio se producirá en favor de la separación o la participación, por hipótesis excluidas del artículo 1.329 C.c.).

(61) Cabría preguntarse si puede un emancipado establecer en capitulaciones matrimoniales libremente un sistema de comunidad amplio y sobre todos los bienes presentes y futuros, por ejemplo, al estilo de la comunidad universal de absoluta comunicación de patrimonios prevista en el Fuero de Baylío. A mi juicio, cabe distinguir dos facetas del supuesto que permanecen íntimamente unidas en la práctica como consecuencia del acto en cuya previsión se realiza. La segunda serían las implicaciones del hecho a partir del matrimonio, para lo que no encuentro ningún óbice jurídico pues tal cosa sucede, aunque más limitadamente, con el régimen de gananciales. Mas la primera resulta de la naturaleza del acto desde un punto de vista que considere los efectos inmediatos de tal acuerdo, es decir, el hecho de poner en común ambos patrimonios en su estado actual; según creo, y por mucho que se tenga en cuenta el matrimonio futuro como inmediato ánimo de los otorgantes, dicho acuerdo ha de observarse desde la perspectiva negocial, y si comporta la enajenación o gravamen limitada para los emancipados en el artículo 323 C.c. deben exigirse los consentimientos complementarios aludidos en la norma, pero no por imperativo del artículo 1.329 C.c.

c) **“Pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor”**

1. *Las personas llamadas a prestar su asistencia*

Múltiples son las cuestiones que se suscitan en este punto. Acaso la primera surja de las personas previstas en la norma para complementar la capacidad de los menores en el otorgamiento de capitulaciones. En lo relativo a esta materia conviene debatir las distintas variantes recogidas en la norma, ya sea de forma explícita o implícita (ésta última por la vía de una interpretación correctora que tantas veces se impone):

a') Los padres (ambos o uno solo)

Este constituirá el supuesto típico y prioritario en orden a prestar el consentimiento complementario, cuando proceda, en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor (62).

En principio, los padres obran al amparo a la patria potestad que por ley tienen conferida; en consecuencia, está sujeta su actuación a las pautas esenciales previstas en el Código al respecto, como pueden ser su ejercicio de forma conjunta (63), y en pleno interés de los hijos (cfr. art. 154, pfs. 1 y 2 C.c., respectivamente) (64).

Con todo, las mismas normas del Código contemplan ciertos casos en que la previsible actuación mancomunada de los padres cede a favor de uno, que podrá ejercer el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. de manera exclusiva, y con preferencia sobre un tutor no constituido todavía (cfr. art. 156, pfo. 4 C.c.). En síntesis, cabe proponer los siguientes supuestos:

1') Muerte o declaración de fallecimiento de uno de los progenitores (cfr. art. 169. 1.º C.c.).

2') La privación de la patria potestad para uno de los padres en virtud de sentencia de los tribunales “fundada en el incumplimiento de los

(62) El artículo 1.329 C.c., a diferencia de otros preceptos que tratan del posible concurso de los padres y del tutor (así el artículo 323 C.c., aunque se refiera en realidad al curador), no declara textualmente la subsidiariedad del último respecto de los primeros (también ocurre lo mismo con el artículo 324 C.c., pese a que todos proceden de la reforma de 13 de mayo de 1981); pero ello se induce con carácter general del artículo 222. 1.º C.c., a cuyo tenor rige la tutela para los menores no emancipados mientras la patria potestad no esté vigente (cfr. S. de 9 de julio de 1916).

(63) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405.

(64) Cfr. las Sentencias de 8 de abril de 1975, 15 de febrero de 1983, y 24 de febrero de 1984. entre otras recientes.

deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial” (art. 170, pfo. 1 C.c.).

Ahora bien, deben estudiarse por separado las diversas hipótesis previstas en el citado precepto para su mejor comprensión, pues las variantes englobadas —causa civil ordinaria, criminal o matrimonial— no dejan de ofrecer dificultades:

— En cuanto a la causa civil —ya sea ordinaria, o se trate de acción típica de filiación prevista en los artículos 131 a 135 C.c.— puede hablarse de dos circunstancias distintas, pero íntimamente relacionadas (65): la exclusión *a priori* de la patria potestad si la filiación ha sido judicialmente determinada contra la oposición de uno de los progenitores (cfr. art. 111. 2.º C.c.) (66), y la privación permanente, aunque recuperable, y *a posteriori* de la patria potestad a uno de los progenitores fundada en el ya citado incumplimiento de los deberes inherentes al cargo (cfr. art. 170 C.c.), ambas decididas conforme a sentencia firme.

También cabe hablar en el epígrafe presente de una circunstancia recogida de manera implícita, y con independencia de otras posibilidades más adelante analizadas, en el artículo 156, pfo. 4 C.c., cuando alude al ejercicio unilateral de la patria potestad por “imposibilidad de uno de los padres”, si éste ha sido declarado en sentencia firme incapaz (cfr. art. 199 C.c.) y así se manifiesta expresamente (cfr. art. 210 C.c.) (67).

— En lo relativo al proceso criminal, ello se alude por el artículo 111. 1.º C.c. cuando excluye de la patria potestad al progenitor condenado penalmente a causa de las relaciones a que obedezca la generación (*v. gr.* violación o esturpo, con arreglo a los artículos 429 y 434 del Código Penal), cuya condena, como es lógico, sólo atañe por lo común al padre (68).

(65) *Estricto sensu*, considero que la privación (propiamente tratada en el artículo 170 C.c.) supone más bien cesar en la patria potestad antes ejercida, mientras el hecho de su exclusión (recogida en el artículo 111 C.c., analizado por remisión implícita) comporta su falta de nacimiento efectivo.

(66) Véase al respecto la Sentencia de 23 de julio de 1987.

(67) En esta hipótesis, la sentencia firme no tiene como fundamental objetivo la privación de la patria potestad, pero puede ser un efecto sobrevenido, máxime cuando el incumplimiento, si bien no culposo, de los deberes inherentes a la patria potestad constituye prácticamente un dato de partida luego reflejado en la sentencia.

(68) Ahora bien, la solución no resulta de ninguna manera simple. Piénsese, por ejemplo, un delito de estupro —“la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleándose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación” o la “que interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años o menor de dieciséis” (arts. 434 y 435 C. P., respectivamente)— cometido por la mujer sobre un varón y a cuya consecuencia nace una criatura. Según creo, tales casos no estaban en la mente del legislador al redactar la norma del artículo 111. 1.º C.c., pese a traer causa de una ley anterior (7 de octubre de 1978) a la reforma del Derecho de familia.

Pero todavía más llamativo resulta la posible —aunque a los presentes efectos menos

— Por último, la causa matrimonial, estrictamente hablando se hace difícil de partida, porque no se priva de la patria potestad de ordinario en estos tipos de procedimiento, salvo si tal cosa se determina en el convenio regulador (69) que presentan los cónyuges en la demanda de separación (cfr. art. 81. 1.º *in fine* C.c.) o divorcio (cfr. art. 86 *in fine* C.c.) (70), y en el muy excepcional supuesto del artículo 92 pfo. 3 C.c. (71) (aplicable, por ejemplo, al abandono injustificado del hogar y

problemática— violación tras la reforma del artículo 429 C.P. por Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 (el nuevo tipo habla de “acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal”), con los mismas consecuencias (por el contrario estima y a su vez critica MUÑOZ CONDE —cfr. *Derecho Penal, Parte Especial, Apéndice*, Valencia, 1989, p. 21— no haberse variado la naturaleza del sujeto activo del delito, siempre varón; tesis discutida por BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989, Valencia, 1989, pp. 140 y ss.*, y claramente negada por SERRANO, en RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1989, p. 179).

En dichos supuestos, la madre condenada por causa de las relaciones a que obedece la generación, puede quedar excluida de la patria potestad, y es lo más aconsejable, pero, ¿la víctima del delito debe asumir la relación paterno filial que se le impuso ilegítimamente?; a mi juicio, tal cosa no resulta en modo alguno apropiada, tanto por las circunstancias personales del ofendido, como del delito, y, en consecuencia, competiría la tutela de tipo administrativo prevista en el Código civil, o la ordinaria “cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste” (art. 239, pfo. 2 C.c.).

(69) Con las prevenciones que dicho acuerdo despierta respecto de la necesaria y posible aprobación judicial, por cuanto, a mi juicio, supone una renuncia no permitida de los “deberes” que cita el artículo 154 C.c.; y, además, pudiera ser dañoso para los hijos, o gravemente perjudicial para el cónyuge privado de la patria potestad, o incluso para el otro (cfr. art. 90 C.c.). En suma, no creo que tal pretensión deba tolerarse por el juez, pues “la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, *para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben* respecto a su sostenimiento y educación”, porque constituye “una institución establecida *en beneficio de los hijos*” y “reflejo del *deber de los padres*” (S. de 8 de abril de 1975); hasta el punto que conforme a la Sentencia de 24 de febrero de 1984 la atribución conjunta de la patria potestad en ambos los padres resulta una norma de *ius cogens*, sólo dispensable mientras concurra una causa establecida legalmente. Asimismo, ello se reafirma en la naturaleza de la tutela, con arreglo al artículo 216 C.c. (véanse las SS. de 30 de enero de 1914 y 23 de noviembre de 1983).

(70) No, por el contrario, en los procesos de nulidad, como pretende indicar el artículo 90 C.c. incluyendo el contenido de los convenios reguladores entre “los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” (rúbrica del capítulo IX, título IV, libro I C.c.), y a lo sumo tratando expresamente de “los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad”. Esto supone, a falta de mejor criterio, una grave incoherencia jurídica, puesto que tales acciones de nulidad del matrimonio son siempre contenciosas (cfr. arts. 73 a 78 C.c.), y el convenio regulador exige presentarse la demanda de mutuo acuerdo. Así pues, no creo posible la presentación de la demanda de nulidad del matrimonio por mutuo acuerdo de las partes y con un convenio regulador sobre los efectos de la declaración, por el carácter estrictamente causal e imputable de la declaración de nulidad, y sobre todo, al reservarse para el divorcio y la separación la disponibilidad por los cónyuges de su vínculo matrimonial.

(71) “En la sentencia (matrimonial) se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se releve causa para ello”.

a las violaciones graves o reiteradas de los deberes respecto de los hijos comunes (72) como causas de separación conforme al artículo 82. 1.º y 2.º C.c.), sino que se suele acordar simplemente la disciplina de su ejercicio (cfr. art. 90, A) C.c.), aunque de tal hecho puedan derivarse consecuencias a nuestros efectos, como de seguido argumentaré (dígase lo mismo, con posibilidad más reducida incluso, de las medidas provisionales acordadas por los cónyuges, o, en su defecto, por el juez —cfr. art. 103. 1.º C.c.— dada la eventualidad de su carácter).

3') La posible atribución de las funciones o del ejercicio de la patria potestad (73), que haga el juez a favor de uno de los padres.

Varias son las alternativas que ofrece la hipótesis ahora examinada. En primer lugar, consta su determinación en sentencia judicial, lo que compete para los casos previstos en el artículo 92, pfo. 4 C.c. (74); tales podrían ser —aparte de los anteriormente señalados para la privación de la patria potestad en la misma coyuntura, mientras no reúnan la gravedad que requiere dicha determinación extrema— también otros comportamientos del cónyuge afectado por la presente medida y que, no siendo estrictamente paterno-filiales, indiquen la conveniencia de los hijos (75). Igualmente pertenecerían a este capítulo los posibles acuerdos

(72) Aunque considero mejor exigir un incumplimiento grave y reiterado, que será causa de la privación de la patria potestad, no bastando su carácter alternativo, como debería suceder para la separación (contra el criterio mantenido por la jurisprudencia que parece seguir requiriendo la gravedad y la reiteración conjuntas: cfr. Sentencias de 14 de julio de 1982, 28 de octubre de 1983 y 11 de febrero de 1985).

(73) En realidad son distintas categorías conceptuales (cfr. SEISDEDOS, *La patria potestad dual*, Bilbao, 1988, pp. 25 y ss.) la privación y la exclusión de la patria potestad (cfr. arts. 170 y 111 C.c., respectivamente), su atribución y su ejercicio (cfr. art. 156 C.c.). Las primeras se refieren a la titularidad, la segunda versa sobre las facultades de la patria potestad, y la última recae acerca de su efectiva práctica (cfr. en este punto la S. de 24 de febrero de 1984). Sin embargo, hay que reconocer en atribuciones y ejercicios exclusivos por uno de los progenitores, a causa de la decisión del juez, el auténtico alcance práctico del propio cargo, si bien por vía de suspensión de la patria potestad, dado su carácter temporal y revisable.

(74) "Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges". Aunque sea el contenido idéntico a lo más adelante tratado en orden a posibles atribuciones conferidas por el juez a uno de los progenitores a tenor de lo previsto en el artículo 156 C.c., dos hechos me aconsejan su distinción en el estudio sistemático: el artículo 92, pfo. 4 C.c. trae consigo una sentencia, y se trata, en suma, del particular, si bien ordinario, caso en que los progenitores también sean cónyuges (la Sentencia de 24 de febrero de 1984 aclara que la norma del artículo 156, pfo. *in fine* C.c. es aplicable cualquiera resulte la naturaleza de la filiación).

(75) Por ejemplo, y como causas de la posible sentencia matrimonial en que tal hecho conste: ciertas violaciones graves y reiteradas de los deberes conyugales (cfr. art. 82. 1.º C.c.), que hayan podido afectar indirectamente a los hijos; la condena, según las concretas circunstancias del caso, a pena privativa de libertad por tiempo superior a los seis

de los cónyuges acerca del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos comunes plasmados en el convenio regulador (cfr. art. 90, A) C.c.), cuando se aprueben por el juez, lo que, como ya expresé, no deja de ser problemático por el carácter irrenunciable de los deberes y facultades (cfr. art. 154, pfo. 2 C.c.) en que consiste la patria potestad, habida cuenta de su naturaleza supraindividual (76).

Asimismo, caben estudiarse aquí los supuestos de privación temporal, y *a posteriori*, consecuentes a las atribuciones de la patria potestad o de su ejercicio en exclusiva o parcialmente (siempre que abarque las facultades de asistencia prevenidas en el artículo 1.329 C.c., y concordantes) (77) realizadas por el juez en favor de uno de los progenitores en caso de desacuerdo puntual o reiterado (78), y también cuando concurra “otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad” (art. 156, pfo. 2 C.c.). Estas decisiones, en cierto modo provisionales (79), se adoptan con arreglo a la disposición transitoria décima de la ley de 13 de mayo de 1981 por las normas de la jurisdicción voluntaria y sin ulterior recurso, con independencia de poderse acudir después “al ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria” (en cuyo caso se presenta el supuesto analizado de privación en virtud de sentencia firme conforme al artículo 170 C.c.).

4') Otros posibles ejercicios individuales de la patria potestad sin atribución judicial expresa.

Las situaciones anteriormente descritas tampoco agotan las perspectivas en este campo, porque cabe incluso el ejercicio exclusivo, y hasta cierto punto unilateral, de la patria potestad por uno de los progenitores sin intervenir el criterio del juez, aunque sean, como es lógico, impugnables tales actos (80). Aludo con ello al cuarto párrafo del artículo

años (cfr. art. 82. 3.º C.c.); el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, atendiendo al determinado supuesto (cfr. art. 82 4.º C.c.), etc.

(76) Estos mismos criterios rigen, con mayor fuerza incluso, si se trata de acuerdos previos de los padres que sustituyan a las posibles medidas provisionales a decidir por el juez (cfr. art. 103. 1.º C.c.).

(77) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 406. En este sentido, son interesantes las distintas matizaciones que hace DÍEZ PICAZO (cfr. *Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1982, pp. 13 y ss.).

(78) Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 319; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405.

(79) “Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años” (art. 156, pfo. 2 *in fine* C.c.). Distinto sucede con la discrepancia meramente *ad casum*, en que la determinación del juez resulta concreta y no adquiere proyección en el tiempo (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405; SEISDEDOS, *op. cit.*, pp. 140 y ss.; y DE PRADA, *La patria potestad tras la reforma del Código Civil*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, XXV, Madrid, 1982, p. 373).

(80) No me refiero, por supuesto, al consentimiento tácito de un progenitor sobre los actos relativos a la patria potestad llevados a cabo por el otro (cfr. art. 156, pfo. 1 C.c.),

156 del Código, que afirma: “en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.

Este inciso ha de ser interpretado en un sentido técnico que dificulta sus palabras (81), y, por tanto, “ausencia” tiene aquel estricto alcance preciso descrito en el artículo 181 C.c., así como sucede con la “incapacidad” (cfr. arts. 199 y ss. C.c., aunque no conste de forma expresa en la sentencia); mas el problema se plantea con el “defecto” y la “imposibilidad”. En el ámbito de lo primero no puede figurarse, como en principio parecería, la muerte o declaración de fallecimiento, porque son casos previstos en el artículo 169. 1.º C.c., y entonces responde a los supuestos en que su no presencia —sin concurrir declaración de ausente o fallecido— hace inevitable descartar su consentimiento. En cuanto a la segunda, uno de sus plausibles contenidos cabe imaginar en las situaciones interinas hasta que tenga efecto la declaración de incapacidad (82), o, asimismo, en el supuesto previsto en el propio artículo 156, pfo. *in fine* C.c., que determina el ejercicio de la patria potestad, cuando los padres vivan separados (83), por el progenitor que tenga en su compañía los hijos (84), en previsión de un perjudicial *impasse* para el menor.

Por último, tampoco puede olvidarse una nueva posibilidad de actuación individual de uno de los padres a los efectos prevenidos en el artículo 1.329 C.c. sin intervención del juez, si existe disparidad de intereses entre uno de los progenitores y el hijo respecto del otorgamiento de capitulaciones o a sus concretas cláusulas (85), pues en este caso “corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento

y su ordinario ejercicio frente a terceros de buena fe (cfr. art. 156, pfo. 3 C.c.), porque para el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. se requiere una voluntad expresa en tal sentido (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 405).

(81) Cfr. SEISDEDOS, *op. cit.*, p. 176 y ss.

(82) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 406; y, en contra, DE PRADA, *op. y loc. cit.*, p. 382.

(83) No creo que con estas expresiones se refiera el precepto a la separación matrimonial, pues las consecuencias atribuibles a esta coyuntura se regulan en distinto lugar (cfr. arts. 90, 91, 92 y 103 C.c.), y la Sentencia de 24 de febrero de 1984 así parece declararlo implícitamente: “el ejercicio conjunto de la patria potestad es regla aplicable cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Cfr. por extenso, SEISDEDOS, *op. cit.*, pp. 186 y ss.; y, en contra de mi opinión, LETE, *op. y loc. cit.*, p. 406.

(84) Si bien cabe revisar la situación a solicitud del otro progenitor, según indica el propio artículo, pero me imagino que dicha petición, por su amplio alcance, debe realizarse y decidirse de antemano.

(85) “La figura del defensor judicial está presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses. Serán las circunstancias de cada supuesto las demostrativas de la contraposición de intereses” (S. de 12 de junio de 1985).

representar al menor o completar su capacidad” (art. 163, pfo. 2 C.c.) (86).

b') El tutor o los tutores

La posible intervención del tutor procede de forma siempre subsidiaria respecto de las distintas alternativas que ofrece la patria potestad, según se acaba de poner de relieve; así pues, compete si concurren las siguientes circunstancias (87):

1') “Muerte o declaración de fallecimiento de los padres” (art. 169.1.º Cc). (88).

En esta coyuntura regirá la tutela testamentaria de forma preferente, “salvo que el beneficio del menor (...) exija otra cosa” (art. 224 C.c., y cfr. art. 223 C.c.), para cuyo caso entra en vigor la tutela dativa (cfr. art. 235 C.c.) mediante decisión motivada del juez, que, según creo, tampoco debe respetar en estos supuestos extraordinarios el llamamiento de tutela legítima prevista en los distintos números del artículo 234 C.c., como advierte la misma norma en su segundo párrafo (89).

2') La privación de la patria potestad en virtud de sentencia de los tribunales que afecte a los progenitores (cfr. art. 170, pfo. 1 C.c.) (90).

Esto sucederá —mientras no se recupere por nueva decisión judicial “atendiendo al beneficio o interés del hijo” (art. 170, pfo. 2 C.c.)— cuando ambos padres hayan incumplido los deberes de la patria potestad conforme a sentencia firme, que según el propio artículo 170, pfo. 1 C.c. puede dictarse a expensas de acción civil (por ejemplo, la sentencia de incapacitación de cada uno donde así quede previsto: cfr. art. 210

(86) Como más adelante se dirá (cfr. *infra*, B. II. c. 2) compete a los presentes efectos la última posibilidad descrita en la norma.

(87) En este punto me refiero a la misma causa de aparición conjunta en los progenitores, sin perjuicio de que la concurrencia de las expuestas anteriormente, aunque distintas, en los dos padres, tenga idéntica eficacia.

(88) No, en cambio, para los otros supuestos recogidos en la misma norma como causas extintivas de la patria potestad: en las adopciones vige también la patria potestad, pero ejercida por distintos titulares (resulta, en realidad, una sustitución de la patria potestad, no su extinción, salvo en un sentido subjetivista, como el artículo pretende), y la emancipación, por hipótesis, queda excluida del epígrafe que trato (cfr. art. 286. 1.º C.c.).

(89) LACRUZ-SANCHO estiman con acierto, tras la reforma por ley de 24 de octubre de 1983, no existir propiamente una distinción de los tipos de tutela por el nombramiento, ahora siempre a expensas del juez (cfr. art. 234, *in initio*, C.c.), sino a raíz de su vocación (cfr. *op. cit.*, p. 793).

(90) El artículo 170 C.c., parece contemplar en exclusiva un supuesto de la privación del padre o de la madre y no de ambos, que, como es lógico también resulta previsible.

C.c.), criminal (v. gr. cfr. arts. 487, pfo. 5, y 489 bis, pfo. 3 C. p.) (91), o matrimonial (cfr. art. 92, pfo. 3 C.c.).

En tales circunstancias, el llamamiento prioritario del tutor es el que hayan previsto los padres en documento público notarial antes de su privación de patria potestad (cfr. art. 226 C.c.), excepción hecha del acuerdo adoptado por el juez en otro sentido, caso para el cual son preferentes las vocaciones legítimas del artículo 234 C.c., salvo que se aprecien iguales inconveniencias, rigiendo entonces la tutela dativa (cfr. art. 235 C.c., por analogía).

3') Otros supuestos.

Aun cuando en principio siempre se requiera sentencia firme para privar de la patria potestad, existen dos casos en que parece que también intervendría el tutor a los efectos de prestar el auxilio previsto en el artículo 1.329 C.c., pese a la subsistencia formal de una patria potestad que, desde un punto de vista meramente fáctico, corre peligro de incumplirse, o ya se hace, según la hipótesis propuesta.

La primera supone una especie de prevención sobre la suerte que correrán los hijos en las causas matrimoniales, porque conforme al artículo 103 1.º, pfo. 2 C.c. las medidas provisionales de aquellos procesos excepcionalmente permiten que los hijos sean “encomendados a otra persona (distinta de los padres) y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”. El precepto, redactado con arreglo a la ley de 7 de julio de 1981, no es precisamente un dechado de técnica jurídica y plantea numerosos puntos de incertidumbre (92); y acaso destaque como más

(91) Estos preceptos del Código penal privan *expressis verbis* de la patria potestad como sanción en cierto modo accesoria de los tipos de abandono de familia y de niños, y de la entrega de los menores de dieciséis años a la mendicidad, respectivamente (cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 11 y ss.). Sin embargo, con carácter general el artículo 452 bis g) C.P. establece que “el ascendiente, tutor o maestro o cualquier persona que con abuso de autoridad o encargo perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este título (“De los delitos contra la libertad sexual”) será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal sentenciador podrá además privar a los padres de la patria potestad y tutela”. Ahora bien, ello tampoco impide que la privación de la patria potestad pueda lograrse sobre la base de otros muchos tipos delictivos, una vez se aleguen los hechos probados en la correspondiente acción civil a tal efecto emprendida.

Desde otro punto de vista, opino que la privación de la patria potestad impuesta como pena no permite su posible recuperación por el mecanismo descrito en el artículo 170, pfo. 2 C.c., por tratarse de jurisdicciones y procesos distintos.

(92) Por ejemplo, no se conoce con certeza si tal medida debe traer causa de la iniciativa de los cónyuges o del juez, aunque según creo el tenor literal del artículo 103 *in initio* C.c. indica mejor lo segundo (“admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes”).

Asimismo, tampoco es posible conocer *a priori* el significado de la expresión “y de no haberla”; estimo por mi parte que se refiere, pero defectuosamente, a las personas idó-

llamativo el alcance de los términos “funciones tutelares” conferidas por la ley (pero con sometimiento al juez) a la persona o institución idóneas que tienen encomendados los hijos en esta coyuntura. En mi opinión, la norma sufre transformaciones profundas, y en su día tal vez impredecibles o incluso no deseadas por su rigor, con motivo de las leyes de 24 de octubre de 1983 y de 11 de noviembre de 1987.

En efecto, la reforma de la tutela en el Código civil parece identificar las funciones tutelares (cfr. arts. 249, 256 y 279 C.c.) con el mismo cargo (cfr. art. 268, pfo. 2 C.c.), su ejercicio (cfr. arts. 236, 253, y 251, pfo. 1 *in fine* C.c.) y desempeño (cfr. arts. 247 y 253 C.c.); y desde otro punto de vista, el peculiar acogimiento descrito en el artículo 103. 1.º, pfo. 2 C.c. debe seguir, a falta de otras, las reglas generales establecidas con arreglo a la nueva disciplina de la adopción en los artículos 172 y 173 C.c., pues, a fin de cuentas, se trata de una “guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda” (art. 172. 2 C.c.), además, en perfecta sintonía con lo previsto en el artículo 103. 1.º, pfo. 2 C.c., “la guarda podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la Entidad pública, por el Director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o por la persona o personas que lo reciban en acogimiento” (art. 172. 3 C.c.).

Luego el problema estriba en conocer si dicha guarda, se derive o no de acogimiento (93), también implica en cualquier caso la constitución de una tutela peculiar por el ejercicio de sus funciones típicas temporalmente a favor de quienes tienen confiados a los hijos. Aun cuando los indicios expuestos antes parecen señalarlo así, a mi juicio tal no sucede, porque los propios términos del artículo 172. 2 C.c. excluyen la tutela en estos casos, contemplando la potestad de los padres y la sola guarda por la entidad colaboradora (94). Con todo, si la encomienda de los

neas para conferirles las “funciones tutelares”, en el sentido de seguido explicado.

(93) Conviene advertirse la gran equivocidad en que incurre respecto de la guarda el Código civil, y el grado de incertidumbre que trae consigo el fenómeno cuando debe analizarse su aplicación a tenor de algunos preceptos, como el artículo 48 C.c. (cfr. *supra*, nt. 24). En este sentido, recibe muy distintos alcances y caracteres, aunque siempre conserva su naturaleza custodiadora de menores o incapaces. Ahora bien, puede constituir una parte integrante de otras instituciones de acogimiento (cfr. art. 172. 3 C.c.) y tutelares (cfr. art. 215 C.c.), o, por el contrario, ser autónoma (cfr. arts. 210, 229 y 172. 2 C.c.). Asimismo, cabe revestir rango jurídico por derivarse de una decisión judicial (cfr. art. 210 C.c.), o resultar una circunstancia meramente fáctica (cfr. arts. 303 y ss. C.c.). Por último, de ordinario recae su titularidad sobre una persona física, pero tampoco es descartable a favor de un ente público (cfr. art. 172. 2 C.c.), aunque su ejercicio se confíe a un sujeto individual (cfr. art. 172. 3 C.c.).

(94) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, pp. 103 y ss. Según creo, la tutela *ministerio legis* de la entidad pública sólo tiene lugar si la situación de desamparo es anterior a la medida (cfr. art. 172. 1 C.c.), y no cuando en su previsión quie-

hijos comporta una situación de acogimiento, y no de simple guarda de la institución idónea, la cosa parece mucho más oscura, porque con literal reproducción del contenido de la patria potestad en el artículo 156. 1.º C.c. (y, de igual modo, las facultades de la tutela contempladas en el artículo 269. 1.º y 2.º C.c.), para tales supuestos el artículo 173. 1 *in fine* C.c. “impone a quien lo recibe (al hijo) las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”. Sin embargo, la semejanza entre ambas situaciones en realidad sólo abarca sus aspectos más personales, con cierta independencia de las funciones jurídicas de representación y administración de los bienes (cfr. art. 154. 2.º, y 267 y 270 C.c., para la patria potestad y tutela respectivamente), conservadas como reducto de la patria potestad subsistente, pese a las condiciones del caso, en los padres. A esta misma solución apunta el propio artículo 103. 1.º pfo. 1 C.c., que arranca de “la patria potestad de ambos (cónyuges)”, debatiendo sólo el problema de con quién han de quedar los hijos mientras se tramita la separación de los padres (95).

Por último, y como cajón de sastre comprensivo de cualquier otro supuesto imaginable, vige la intervención del tutor para “los menores que se hallen en situación de desamparo” (art. 222. 4.º C.c.). Ahora bien, siendo dicha circunstancia una hipótesis de trabajo meramente fáctica (96), y que no precisa una declaración judicial constitutiva, el artículo 172. 1 C.c. (introducido en la reforma de 11 de noviembre de 1987) establece la tutela por ministerio de la ley en tales supuestos a favor de “la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores”. Mas ello se produce con aparente oposición a lo previsto al respecto por la ley de 24 de octubre de 1983, según la cual “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela (97) y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un admi-

nes conservan la patria potestad entregan voluntariamente a los hijos con aprobación del juez, o éste acuerda la guarda o acogimiento en las mismas circunstancias (cfr. art. 172. 2 en relación con el art. 103. 1.º, pfo. 2, ambos del Código).

(95) También cabe alegar a título de mero ejemplo el artículo 111 *in fine* C.c., que para las típicas exclusiones legales de la patria potestad de un progenitor mantiene “a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”, pese a ser contenido de la patria potestad y de la tutela conforme a los artículos 153. 1.º C.c., y 269. 1.º C.c., respectivamente.

(96) A tenor del artículo 172. 1 C.c., “se considera como situación de desamparo la que se produce *de hecho* a causa del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

(97) A los presentes efectos, “los menores que se hallen en situación de desamparo” (art. 222. 4.º C.c.).

nistrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida” (art. 299 bis C.c.), mientras ahora el artículo 174 C.c. se contenta con destinarle “la superior vigilancia” en estas situaciones, que “no eximirá a la Entidad pública de su responsabilidad para con el menor”, por cuanto resulta titular *ex lege* de la tutela (cfr. art. 172. 1 C.c.) (98). A mi juicio, el hecho puede tener una relativa importancia, porque me figuro excesivo pretender que un menor desamparado apto para el matrimonio haya de recabar el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. a quien acaso ni siquiera conozca su cargo de tutor.

En efecto, por aplicación analógica del artículo 172. 3 C.c., la peculiar tutela de carácter administrativo prevista en el primer párrafo del mismo precepto a favor de la Entidad pública (99) queda ejercida por el Director del establecimiento (100), que puede incluso ignorar el desamparo del menor —éste se descubre por el juez a la hora de tramitarse la dispensa para casarse— y, asimismo, la función ostentada por el ente público a su cargo sobre dicha persona; ya expuse a su tiempo cómo estimo inoportuno en estos casos su intervención en el expediente de dispensa (101), lo que *a fortiori* vige para el punto aquí estudiado. En suma, con tales presupuestos, y en virtud de lo establecido en el artículo 239 C.c. (102) consideraría preferible una espera prudente al nombramiento del tutor, con arreglo a las normas generales (103); pero, no

(98) Ello está en pleno paralelismo con la general función de vigilancia prevista para el Ministerio Fiscal en el artículo 232 C.c.

Sin embargo, también es cierto que según el capítulo IV, título X, libro I del Código, y la propia estructura del supuesto, en estas condiciones el Ministerio Fiscal es hasta cierto extremo un defensor judicial, por cuanto participa de aquel carácter “de figura presidida por la idea de transitoriedad y de concreta designación” (S. de 12 de junio de 1985, y cfr. SS. de 15 de octubre de 1953 y 30 de noviembre de 1961), que viene contemplada en el artículo 299 C.c.

(99) Sería éste un nuevo tipo de tutela desde cualquier punto de vista, porque no requiere como las ordinarias el nombramiento del juez (cfr. art. 172, 1.º en contra del art. 234 *in initio*, ambos del Código), proviene de una vocación legal y automática, y, por último, recae sobre organismos de Derecho público.

(100) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

(101) Cfr. *supra*, nt. 24.

(102) Esta norma, que proviene de la ley de 11 de noviembre de 1987, dice así: “La tutela de los menores desamparados corresponde por la Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

Es de señalar esta disposición como todo un ejemplo de buen sentido jurídico, que aminora el rigor de las soluciones legales antes apuntadas y da cabida en estas materias al criterio flexible del juez, en atención a las circunstancias que obren en el caso.

(103) Asimismo podría pensarse acudir al cauce ofrecido por el artículo 299 bis C.c., y conceder al Ministerio Fiscal la tarea de asistencia del menor a los efectos del artículo 1.329 C.c., máxime cuando las facultades conferidas por aquella norma en alguna medida exceden las del defensor judicial, donde queda un tanto forzosamente incluido, y permi-

obstante, también hay que reconocer lo exagerado de la medida, pues de ordinario el tutor sólo intervendrá para este único acto (una vez contraído el matrimonio y lograda la emancipación cesa en su cargo: cfr. art. 222. 1.º C.c. a contrario), circunstancia que indudablemente debe pesar en el nombramiento (104).

Cuando la intervención del tutor se haga precisa, por concurrir alguno de los supuestos discutidos en ambos progenitores conjuntamente (resulte común o distinto el motivo que afecte a cada cual), serán aplicables las normas del Código al respecto, enriquecidas notablemente tras su reforma por ley de 24 de octubre de 1983 (105), pues ahora contempla la posible concurrencia de varias personas en el cargo (cfr. art. 236 C.c.), y aunque de ordinario se distinguen las facultades de tipo personal y patrimonial (cfr. art. 236. 1.º C.c.), o se faculta, e incluso promueve, su ejercicio solidario (cfr. art. 237, pfo. 1 C.c.), tampoco excluye su carácter mancomunado, cuyas reglas de funcionamiento se contemplan en el segundo párrafo del artículo 237 C.c., y básicamente parten del ordinario juego de la mayoría, como paso a exponer.

c') Casos excepcionales: el juez y el defensor judicial

Aparte de las alternativas analizadas hasta el momento con arreglo al tenor literal del artículo 1.329 C.c., existen otras situaciones que, aun cuando supongan una clara excepción, no por eso deben olvidarse. Me refiero a la posible asistencia prestada por personas en virtud de su cargo ante distintos y siempre marginales supuestos previstos en la ley.

En este punto conviene advertir que, contra lo establecido en orden

ten sustituir al tutor todavía inoperante, y cuya tardanza puede perjudicar al menor.

Sin embargo, esta solución, en muchos sentidos ventajosa, choca con dificultades insalvables, pues el mismo artículo 299 bis C.c. advierte que para el cuidado de los bienes del menor se prescinde del Ministerio Fiscal, designándose por el juez un administrador, y, entonces, sería contraproducente la intervención de aquél a unos efectos de contenido patrimonial. Con todo, el argumento no resuelve irrefutablemente nuestro caso, al no conocerse con certeza el campo atribuible al auxilio previsto en el artículo 1.329 C.c., que, si bien recae sobre un acto de contenido patrimonial, asimismo trae causa de un tipo de asistencia de naturaleza personal, hasta el punto que ciertas legislaciones comparadas lo confían a los mismos sujetos cuyo permiso requieren como licencia previa para celebrar matrimonio válidamente los menores (cfr. art. 1.398 del *Code*). Ahora bien, pudo comprobarse cómo las reformas operadas por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 parecen aclarar este punto en el sentido aquí expresado (cfr. *supra*, B. II. b. 2).

(104) LACRUZ-SANCHO estiman que si el tutor no ha sido designado, debe hacerse *ad hoc* (cfr. *op. cit.* p. 343), olvidando tal vez que tras las sucesivas reformas del Código en este punto la hipótesis planteada es imposible a tenor de los artículos 172 y 239 C.c. ambos en su primer párrafo, según se ha expuesto. Aun así, éste parece ser el resultado más práctico conforme a lo argüido.

(105) Una muestra es lo previsto en el artículo 242 C.c.: “podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

a la discrepancia de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad —el recurso al juez trae consigo atribución de “la facultad de decidir al padre o a la madre” (art. 156, pfo. 2 C.c.)—, la diferencia de criterio entre los tutores se arregla “con el acuerdo del mayor número”, pero “a falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio (106), resolverá sin ulterior recurso lo que estime más conveniente” (art. 237, pfo. 2 C.c.). Luego, para este peculiar caso, el auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c. en lo relativo al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por el menor capaz de casarse se presta por el Juez, aunque asumiendo el criterio de una de las corrientes emparejadas de los tutores.

Asimismo, en este orden de cuestiones puede hablarse de la circunstancia señalada en el artículo 163 C.c. que determina el nombramiento de un defensor judicial “siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos (107). En este caso, no es el tutor quien debe prestar el necesario auxilio (108), porque la discrepancia se predica de actos aislados, mientras la tutela es un cargo permanente, y además no por ello queda extinguida la patria potestad de los padres, sino que será el defensor judicial quien preste su auxilio con arreglo al artículo 1.329 C.c. Esta misma circunstancia, en similares condiciones, se prevé por el artículo 299 C.c. (109) con carácter general alu-

(106) Lo que, sin duda, ocurre para nuestra hipótesis, porque ha sido el menor autorizado mediante dispensa para contraer matrimonio.

(107) Resulta difícil plantearse algún supuesto en que tal cosa suceda, salvo tal vez cuando el menor pretenda realizar un contrato sucesorio a través de las donaciones de bienes futuros por razón de matrimonio en capitulaciones matrimoniales a favor de su prometido y para el caso de la muerte (cfr. art. 1.341, pfo. 2 C.c.), que pueda dañar las expectativas sucesorias de los padres, fundando su rechazo; mas debería demostrarse constituir ésta la causa, y no el recto criterio protector para con el hijo ante una medida tan excepcional, tomada en temprana edad, y acaso sin las necesarias garantías de madurez.

(108) La norma citada diferencia según sean no emancipados —en que pretende siempre la representación— o emancipados, para el complemento de la capacidad cuando resulte oportuno. Sin embargo, nuestra materia es un ejemplo típico de la inexactitud del planteamiento, pues no existe representación a los efectos del artículo 1.329 C.c. en ninguna circunstancia (cfr. *infra*, B. II. c. 2).

(109) Esta disposición suscita desde otros puntos de vista notables incertidumbres, como las siguientes:

— En su primer número plantea el supuesto de la tutela de ambos padres sobre un hijo, y aunque la solución a la que llega es apuntada por el artículo 163 pfo. 2 C.c. para la representación derivada de la patria potestad, resulta de cualquier modo un caso extraordinario. En efecto, tal cosa sucederá siempre y cuando no quepa la prórroga casi automática de la patria potestad; es decir, los padres serán tutores, en principio, sólo si el hijo incapacitado es soltero y no convive con ellos (cfr. art. 171 C.c., pese al tenor de los arts. 234. 2.º y 236.2.º C.c.), salvo, excepcionalmente, que otra solución aconseje su beneficio apreciado por el juez en decisión motivada (cfr. art. 234 *in fine* C.c.).

— El segundo número, pretende algo imposible, o mejor inútil, tras la reforma de 11 de noviembre de 1987, pues ahora si el tutor no desempeña por cualquier causa sus funciones, salvo en el caso de que haya un guardador de hecho (cfr. art. 303 C.c.) —acaso

diendo a los representantes legales (del menor a estos efectos), que será el tutor, cuando no concurra la patria potestad; e incluso se induce del artículo 237 bis C.c. si se trata de un cargo plural, que, de idéntica suerte, requiere la intervención para la materia de un defensor en la hipótesis extrema de apreciarse incompatibilidades de interés respecto de todos los tutores.

d') El improbable supuesto del curador

En este punto, a diferencia de los anteriores, los más importantes problemas a resolver no son de técnica jurídica —en lo relativo a la simple o compleja interpretación de las normas aplicables— sino que tocan el fondo mismo del tema planteado. Así es, quedó ya dicho (110) que, a mi juicio, el artículo 1.329 C.c. supone ante todo una elogiada ampliación de la capacidad del menor apto en cuanto a las nupcias, para suscribir, mediante las capitulaciones oportunas, el régimen económico de su futuro matrimonio con las debidas asistencias marcadas en la ley, pero que sería inopinable obtener de la citada regla un efecto contrario a este propósito, como es restringir la capacidad de obrar de los emancipados en un extremo no incluido en el artículo 323 C.c., pues ello conduce a una exégesis claramente desviada desde una perspectiva teleológica. En consecuencia, estimo no aplicable tal precepto a los emancipados (ya sea por matrimonio u otra causa legítima), sino sólo a los menores capaces de casarse por haber obtenido previamente la dispensa de minoridad.

Con todo, de no admitir el argumento, considerando prioritaria una exégesis puramente literal del artículo 1.329 C.c. (sobre la base de los pactos económico-conyugales acordados por el menor “después de la boda”) (111), también ésta se hace jurídicamente defectuosa, porque, como de seguido discuto, la disposición habla con notoria impropiedad para estos casos del complemento de capacidad prestado por los “padres o tutor”, respectivamente.

En cuanto a los primeros, su auxilio resultaría preferente a cualquier órgano tutelar, según indican distintas normas del Código (cfr., v. gr., art. 323 C.c.), pero, ante todo, el artículo 286, que instituye la curatela sobre “los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley”. La circunstancia de la muerte o declaración de fallecimiento de los padres sería eviden-

combinada con la representación a cargo del Ministerio Fiscal (cfr. art. 299 bis C.c.)—, se incurre a mi juicio en desamparo (cfr. art. 172. 1 C.c.), y entonces vige la tutela especial prevista en el artículo 239, pfo. 1 C.c. Sin embargo, hay que reconocerle cierto ámbito de aplicación para el también contemplado supuesto del curador.

(110) Cfr. *supra*, B. II. b. 2.

(111) Cfr. los autores citados en *infra*, nt. 36.

te, mas el impedimento en el ejercicio de su asistencia pudiera traer ciertas dificultades; a mi juicio, con tal cosa se alude a los típicos supuestos de ausencia (cfr. art. 181 C.c.), y declaración de incapacidad si la sentencia lo establece así (cfr. art. 199 y ss., y 222. 2.º C.c.), de ambos padres, pues esto mismo se contempla para la patria potestad por el párrafo cuarto del artículo 156 C.c., que consideraría también aplicable, aunque por analogía (112), y en el sentido ya explicado anteriormente.

Ahora bien, tampoco debieran excluirse otros casos en que se dificultaría mucho la conveniente asistencia por el acaecimiento de ciertos hechos anteriores que pongan muy en duda el debido ejercicio de aquélla; me refiero a una eficacia sobrevinida de la privación o suspensión de la patria potestad, aun cuando ésta se haya extinguido por la emancipación del menor a causa del matrimonio válidamente contraído (113).

En efecto, según creo, el Código establece para determinadas situaciones asistencia de los padres sobre los hijos emancipados —de rechazarse la opinión que mantengo al respecto, también quedaría incluida la presente— como una especie de reviviscencia tácita y concreta de la patria potestad que ha decaído por el hecho emancipatorio (cfr. art. 154, pfo. 1, *a contrario*, C.c.); en este sentido, le resultan aplicables por analogía buena parte de sus disposiciones (antes se alegó respecto del artículo 156, pfo. 4 C.c.), y, en especial, de sus principios rectores, así su realización “siempre en beneficio de los hijos” (art. 154, pfo. 2 C.c.). Consiguientemente, también consideraría que inhabilita para el futuro ejercicio de asistencia por los padres su anterior privación —e incluso de su suspensión (entendiendo por ésta, una vez desaparecida como tal en el Código civil, las distintas hipótesis analizadas de atribuciones y ejercicios unilaterales decididos por el juez) (114)— de la patria potestad, en tanto los hechos que las fundaron no queden removidos (cfr. arts. 156, pfo. 2 *in fine*, y 170, pfo. 2 C.c.); en dichas situaciones, el auxilio se recabaría directamente a quien conservó la patria potestad, su atribución o ejercicio, y, en su defecto, al curador.

Por último, tampoco cabría solicitar asistencia de los padres si existiesen, para el negocio en que se requiera, incompatibilidad de intereses entre los padres y el emancipado, pues en esta coyuntura compete

(112) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163.

(113) Por aplicación analógica del artículo 243. 1.º C.c. —“no pueden ser tutores: 1.º Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad”— tampoco los padres que hubiesen incurrido en dicha circunstancia, mientras no cupiese rehabilitación o queden removidas las causas, podrán ser llamados al ejercicio de las asistencias prevenidas en la ley.

En relación a este tema, también comentar que la suspensión de la patria potestad, eliminada *formaliter* en la reforma de 13 de mayo de 1981, reaparece con la modificación de la tutela por ley de 24 de octubre de 1983, como pone de manifiesto la norma transcrita (si bien se refiere al ejercicio y no a la titularidad), y confirma la reforma de la adopción en el artículo 1.828 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

(114) Cfr. cuanto se adujo en *supra*, B. II. c. 1. a' y b'.

un defensor judicial (por las mismas razones antes apuntadas, y además el expreso mandato del artículo 163, pfo. 1 *in fine* C.c.) (115), cuya posible intervención, a falta de mejor criterio, por claros motivos de celeridad y economía procesal se impondría sobre la del curador (116), mientras el conflicto se predique de ambos progenitores (cuando fuese sólo uno el afectado, actuaría el otro conforme a lo establecido en el artículo 163, pfo. 2 C.c.) (117).

Respecto a la mención que se hace del “tutor” en el artículo 1.329 C.c., constituiría —en la línea que vengo criticando— una nueva falta de armonía entre las distintas modificaciones sufridas recientemente por el Código civil, porque la ley de 24 de octubre de 1983 no retocó distintos preceptos que, por versar sobre instituciones tutelares, debieron amoldarse a los últimos cambios, y así ocurriría con la norma que comento, proveniente de la ley de 13 de mayo de 1981. En suma, debiera sustituirse la remisión a la tutela por el tipo afín de curatela (118), que rige para los emancipados sin posible auxilio de sus padres (cfr. art. 286 C.c.), como competiría en nuestro caso, y si bien “son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores” (art. 291, pfo. 1 C.c.), las diferencias entre ambos cargos resultan importantes, porque aquéllos no tienen otro propósito que intervenir “en los actos que los menores (...) no puedan realizar por sí solos” (art. 288 C.c.), lejos de la representación legal amplia confiada en el Código a los tutores (cfr. art. 267 C.c.) (119).

No obstante, y pese a que según el artículo 222. 1.º C.c. sólo están sujetos a tutela los menores no emancipados, el artículo 234. 1.º C.c., con error inexplicable (120), pretende la tutela del menor por su cónyuge mientras la convivencia persista (121), cuando es obvio que para ta-

(115) “Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”.

(116) Recuérdese que mientras el defensor es nombrado *ad hoc* por el juez, los curadores siguen las normas generales de los tutores (cfr. art. 291, pfo. 1 C.c.).

(117) Aceptando la tesis que yo excluyo, podría consultarse para lo presente *supra*, B. II. c. 1. c’.

(118) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 341; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 115 y 116; PEÑA, *op. cit.*, p. 193; y DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164.

(119) La clase de asistencia prevenida en el artículo 1.329 C.c. no encaja, sin embargo, entre los supuestos de representación legal, como se aducirá de inmediato.

(120) Cfr., en este punto, LETE DEL RIO, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, (dirigidos por ALBALADEJO), IV, Madrid, 1985, pp. 297 y ss.

(121) Literalmente indica el precepto que “para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al cónyuge que conviva con el menor o incapacitado”. La misma expresión es de suyo defectuosa, porque debería referirse al cónyuge no separado, ya sea de hecho o de derecho, pues, contra lo dispuesto en el artículo 69 C.c. (“se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos), aquí parece invertirse la carga de la prueba, o, mejor dicho eliminarse la presunción al exigir demostrar la convivencia.

Algún autor pretende conciliar esta inconsecuencia partiendo del hecho de que la emancipación no extingue la tutela, y sí, por el contrario, el beneficio de la mayor edad,

los casos —como el presente, con las señaladas reservas— registrá la curatela (122).

2. Contenido del auxilio

Otra cuestión de relativa importancia que se plantea en el aserto comentado, es el alcance del auxilio a prestarse por las personas y en las condiciones ya expuestas (123).

Según el tenor literal de la norma, se requiere “concurso y consentimiento” (124), lo primero evoca intervención directa en el acto de otorgarse (125), aunque sin constituir propiamente parte de las capitulacio-

pero ello constituye un nuevo motivo de ilógica en la ley de 14 de octubre de 1983. En efecto, conforme al juego combinado de los artículos 321, 276. 4.º y 234. 1.º del Código civil, el menor sometido a tutela continúa en ella mientras no llegue a la mayor edad, con independencia de su emancipación, porque propiamente tal hecho no extingue aquélla en tanto el beneficio de la mayor edad no se conceda. Sin embargo, una exégesis conjunta de los preceptos aplicables repele la conclusión, pues con arreglo al artículo 222. 1.º C.c. la tutela no vige por hipótesis para los menores emancipados, lo que implícitamente corrige —desde un punto de vista teleológico— la inexcusable omisión del artículo 276 C.c.

(122) Además, no existe ninguna hipótesis legal en que la tutela pueda extenderse a menores emancipados en tanto no se les incapacite y tampoco compete la rehabilitación automática de la patria potestad (cfr. art. 171 C.c.), pero es menester recordar que nuestro caso parte de la minoridad no de la incapacitación tratada más adelante (cfr. *infra*, C. II. a. 1).

(123) Estima, con acierto, PEÑA, que los complementos de capacidad previstos en el artículo 1.329 C.c. no constituyen un requisito formal, sino sustantivo, del negocio (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 310).

(124) Para LACRUZ-SANCHO supone una “reduplicación inoportuna y poco técnica”, que “literalmente constituiría a los padres o al tutor en parte contratante” (*op. cit.*, p. 343); también DE LOS MOZOS realiza una extensa crítica de tales expresiones (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 217 y 218). En contra, véase LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 74.

(125) En este punto la doctrina es unánime —salvo LLOPIS, cfr. *op. y loc. cit.*, p. 74—, aunque también admiten los autores la posible presencia mediante *nuntius* (cfr. AMOROS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551; DíEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 215), siempre que se compruebe fehacientemente la voluntad anterior de los llamados a prestarla (cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 354; y LETE, *op. y loc. cit.*, pp. 401 y 404, donde niega un posible asentimiento posterior al matrimonio, aunque sí previo a las mismas las capitulaciones, lo que más bien conviene a la confirmación).

Asimismo, la Sentencia de 1 de julio de 1955 coincide con esta conclusión, pese a que según el tenor literal del antiguo artículo 1.318 C.c. (sustituido por el presente 1.329) se identificaba el mero concurso con el consentimiento y hasta con la firma de las capitulaciones.

nes (126), y lo segundo alude más bien a un asentimiento (127), pues no consienten sobre un negocio propio, ni en su nombre, ni tan siquiera por su propia cuenta, sino manifestando su opinión favorable acerca de la conveniencia del acto para quien realmente constituye parte y otorgante, y respecto del cual tienen un deber de asistencia prevenido en la ley por las circunstancias anteriormente descritas.

Por tanto, aquí las personas llamadas a prestar su auxilio no actúan nunca en representación legal ordinaria del menor, y ello por distintas razones:

— Dicha representación legal no rige ni tan siquiera para los padres en el ejercicio de la patria potestad —y con mayor motivo el criterio debe mantenerse para los demás supuestos— respecto a los actos “que el hijo, de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” (art. 162. 1.º C.c.) (128). En efecto, así ocurre con el menor que ha obtenido dispensa para contraer matrimonio —quedan adverbadas las facultades suficientes de madurez— y puede otorgar capitulaciones por sí mismo, aunque con asistencia de sus padres, como expresa el artículo 1.329 C.c.

— Desde otro punto de vista, las capitulaciones constituyen un acto personalísimo, en directa relación con el matrimonio cuyas consecuen-

(126) Para ser precisos, hay que distinguir —a pesar del confusionismo del Código civil al respecto, tratando sólo de otorgantes, pero en un sentido del todo equívoco (cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 122)— entre las partes del estricto contrato de capitulaciones, los otorgantes y los intervinientes.

Propia y exclusivamente, son partes los cónyuges o prometidos (cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 340; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 214; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.548), en cuanto pueden “estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio” (art. 1.325 C.c.). Más amplia resulta la categoría de los otorgantes (cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 139), que incluye también, por ejemplo, a terceros donatarios por razón de matrimonio (cfr. arts. 1.336 y 1.338 C.c.), y a ellos parece aludir el artículo 1.331 C.c. cuando exige su participación para la validez de posibles modificaciones de los pactos económico-matrimoniales si “afectare a derechos concedidos por tales personas”. En último término, los intervinientes de igual modo abarcan a las personas que deben concurrir prestando su consentimiento complementario del de las partes (cfr. arts. 1.329 y 1.330 C.c.; y *vid.* ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 139, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 115).

(127) Cfr. AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 404; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 122; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, pp. 217 y 218.

El citado asentimiento ha de ser en todo caso sobre un concreto proyecto —mejor acto— de capitulaciones, sin que se admitan licencias genéricas y *a priori* (cfr. S. de 1 de julio de 1955, y PEÑA, *op. cit.*, p. 194; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 404). Igualmente, debe señalarse un carácter expreso y específico del complemento de capacidad, que no admite reservas o condiciones, en principio.

Considera LLOPIS, a mi juicio sin razón suficiente como de seguido expondré, que no es un asentimiento, sino un auténtico consentimiento, vigente a causa de representación legal para los menores no emancipados (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 74).

(128) Puede consultarse también en este punto, con idénticas expresiones, el artículo 84 del Código civil italiano.

cias económicas pretende regular, y por tanto, no admite representación jurídica, ni tan siquiera legal, en su otorgamiento (129).

Por último ha de advertirse la naturaleza irrecurrente de la decisión de las personas llamadas a prestar su asistencia cuando no se avengan a las intenciones del menor, pues constituye un criterio insustituible y también personalísimo, que no admite instancia superior; aunque no resulte un obstáculo grave, por el más amplio margen de maniobra concedido a los menores en la nueva versión del artículo 1.329 C.c. (130), y a lo sumo porque, según estimo, pueden una vez contraído el matrimonio y lograda la emancipación actuar a su libre criterio, e incluso en el peor de los casos, el plazo de su espera es relativamente breve, hasta conseguir la edad mínima necesaria para emanciparse, o, en último extremo, la mayoría de 18 años.

3. *La ineficacia de las capitulaciones otorgadas contra lo dispuesto en el artículo 1.329 C.c.*

La serie final de interrogantes que se abren de inmediato en este punto conciernen al alcance jurídico de la expresión “necesitará”.

a) Grado de ineficacia previsto

Los precedentes de la norma contemplaban como requisito de validez los consentimientos complementarios para otorgar capitulaciones matrimoniales (131), hasta el punto de introducir el hecho graves distorsiones jurídicas en el tratamiento del régimen económico aplicable a los matrimonios contraídos por el menor, con o sin licencia (132).

Sin embargo, en el actual estado de cosas se omite cualquier referencia sobre la sanción aparejada en el artículo 1.329 C.c. a posibles faltas del auxilio necesario, lo que a su vez excluye la más radical de nuli-

(129) Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 115; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 216; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.550; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 341; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 401; y DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, Madrid, 1952, p. 181.

Con todo, LLOPIS mantiene, creo que desacertadamente, sin lugar a dudas la representación legal a los efectos del artículo 1.329 C.c. para los menores no emancipados, y, al mismo tiempo, el carácter personalísimo de las capitulaciones (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 76).

(130) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 407.

(131) La doctrina en general, y la Sentencia de 1 de julio de 1955, interpretó el aserto estrictamente; sin embargo, PEÑA demostraría con muy fundados argumentos lo inopinable de la solución, inclinándose por considerarlas anulables (cfr., con amplia bibliografía, *op. y loc. cit.*, pp. 308 y ss.; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344; y, en contra, DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215, aunque rectifica en p. 218).

(132) Cfr. *supra*, B. I.

dad (133). Por consiguiente, y aplicando lo dispuesto en el artículo 1.335 C.c. (134), las capitulaciones resultarán anulables, en relación con la doctrina general de los actos en que se requiere un complemento de capacidad —aunque se realicen por un sujeto en nombre y a cuenta propios—, y asimismo, en virtud de lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 1.301 C.c. (135).

En igual sentido se inclina el artículo 293 C.c. (136) para los supuestos de curatela, como pudiera ocurrir en algunos casos a mi juicio erróneamente previstos en la disposición analizada (137), y, por el contrario, aplicable prioritariamente a los supuestos recogidos en el ámbito del artículo 1.330 C.c. (138).

b') Los legitimados para la impugnación

Las personas llamadas por la ley para prestar el complemento de capacidad a los menores que con arreglo a la ley puedan casarse, asimismo están legitimadas activamente para el ejercicio de las acciones impugnatorias del acto contraído sin su asistencia, siempre que dicha cosa sea necesaria, y cuando los otorgantes permanezcan solteros, porque si han llegado a casarse logran la emancipación, saliendo por derecho propio del estrecho margen definido en el artículo 1.329 C.c., conforme se sostuvo en su lugar.

(133) Acaso podría suscitar ciertas dudas el artículo 1.328 *in initio* C.c., que, respecto a las capitulaciones, decreta: “será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes”. Mas esto supone una declaración de principio —al estilo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.255 *in fine* C.c.—, sin traducción práctica específica en cuanto al tipo de nulidad de que se trate y su alcance jurídico.

(134) “La invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos”.

(135) Todo ello según la necesaria interpretación correctora de la citada norma, cuando se refiere a la nulidad aludiendo claramente a la hipótesis de anulabilidad.

En este punto la doctrina es prácticamente unánime (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 117; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 219; CERDÁ, *op. y loc. cit.*, p. 250; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 193; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344. En contra, cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215).

(136) “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancias del propio curador o de la persona sometida a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código”. Es una lástima que la ley de 24 de octubre de 1983 cuando introdujo esta norma no retocara el aludido artículo 1.301 C.c., para incluir la curatela junto a la tutela en su párrafo cuarto y así hacer más lógica la remisión.

(137) En mi opinión no cabe mantener, como hace PÉREZ DE CASTRO (cfr. *op. cit.* p. 123, y también LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 71), que los emancipados estén excluidos del ámbito del artículo 1.329 C.c., y al mismo tiempo aducir el artículo 293 C.c. para sostener sanción de anulabilidad, pues este precepto habla de la curatela, uno de cuyos casos precisamente resulta para los emancipados.

(138) Cfr. *infra*, C. III.

En este ámbito, y a diferencia del título de su auxilio, sus atribuciones se derivan de la representación legal que ostentan sobre los menores, pues a los padres, o, en su defecto, al tutor competen propiamente tales cometidos (cfr. arts. 154. 2.º y 267 C.c., respectivamente), mientras los menores no se hallen en condiciones de realizarlo por su cuenta, como sucedería desde la emancipación. No así ocurre con el defensor judicial o con el juez, en las excepcionales hipótesis de sus intervenciones a los efectos del artículo 1.329 C.c., pero en esas circunstancias también siguen ostentando los representantes legales la facultad de impugnar el acto, máxime cuando pueden discutir los hechos en que presuntivamente dicho complemento de capacidad se basa.

Por lo que se refiere al curador, negando su asistencia legal en el otorgamiento de las capitulaciones por los emancipados, asimismo decae su posible legitimación activa para impugnarlas, habida cuenta que los emancipados pueden rebatir por sí los actos anulables suscritos durante su menor edad (cfr. art. 1.301, pfo. 4 C.c.) (139).

El ejercicio de tal acción trae consigo la necesidad de dirigirse contra el cónyuge o prometido con quien se pactaron las capitulaciones; sin embargo, en este último caso, tal vez ofrezca dificultades el supuesto de tratarse también de otro menor, pues entonces, por aplicación analógica del artículo 324 *in fine* C.c., se precisa el auxilio “de los padres o tutores de uno y otro” (140), lo que se resuelve demandando al menor a través de sus representantes legales, aunque tampoco hubiesen prestado su consentimiento adicional.

c') El cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones. El problema de la posible sanación confirmatoria

El tema del cómputo del plazo para ejercer la correspondiente impugnación, ha dado lugar a un cierto debate por los autores (141); por

(139) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344.

(140) No se ha planteado esta remota posibilidad —sobre la base del criterio restrictivo sostenido en este punto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. *supra*, nt. 27)— en su momento por las complicaciones del estudio combinado de las variantes que permite la norma en relación con el artículo 1.329 C.c.

(141) AMORÓS estima con lógica que los cuatro años empiezan a contar para el menor otorgante desde que alcanza su mayoría en edad (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.552), mientras entienden LETE y LACRUZ-SANCHO vigente dicho plazo a partir de la emancipación (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 411, y *op. cit.*, p. 344, respectivamente).

Ahora bien, este criterio se me ocurre inconsecuente con exigir a los emancipados el auxilio previsto en el artículo 1.329 C.c., porque si no pueden por sí solos otorgar capitulaciones en determinados supuestos, tampoco se les debe permitir impugnarlas sin el mismo auxilio hasta su mayor edad.

A tales efectos, parecen significativas las pautas vigentes en las legislaciones comparadas que requieren complemento de capacidad para los menores emancipados que deseen suscribir pactos económico-matrimoniales, pues también computan a partir de la ma-

lo que a mí respecta, estimo coherente con cuanto en su momento aduje sobre la inaplicabilidad de las prevenciones establecidas en el artículo 1.329 C.c. a los menores emancipados, entender abierto el ordinario plazo de cuatro años desde la concurrencia del concreto hecho emancipatorio, por lo común en nuestra hipótesis el matrimonio, del legitimado para impugnar el acto (142). Por lo que se refiere a los representantes legales, su plazo se ve muy costreñido en la práctica, porque con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.334 C.c. las capitulaciones caducan, quedando sin efecto, en el caso de no contraer el matrimonio en cuya previsión se realizaron en el término legal de un año; es decir, si los otorgantes se casan consiguen la emancipación, y a su entera y única voluntad se sujeta la posible impugnación o los actos de relevancia sanatoria de las capitulaciones, pero mientras permanezcan solteros cabe que sus representantes legales ataquen el negocio en plazo de un año desde su otorgamiento, y siempre que no concurra el matrimonio proyectado.

Igualmente, se suscitan algunas cuestiones en torno a la posible confirmación del acto. Tratándose de anulabilidad el asunto es admisible, pues mediante confirmación expresa o tácita, las capitulaciones quedan sanadas de su posible vicio (143). El problema se plantea en su concreto estudio, pues los actos confirmatorios expresos pueden provenir de los representantes legales en el estrecho margen atribuido a su intervención en la materia, mediante declaración expresa de conformidad y *a posteriori* de quienes en su día debieron prestar su consentimiento y, por diversas causas, no lo llevaron a cabo, en tanto dicha cosa deba seguir exigiéndose (mientras no se haya celebrado el matrimonio y tampoco haya transcurrido aún el plazo de un año desde que se pactaron), pues, de lo contrario, sólo a los emancipados compete sanar expresamente sus capitulaciones. En lo relativo a la confirmación tácita, deriva de actos

yoría en edad el plazo de impugnación por el otorgante afectado. Así sucede para el Derecho francés (cfr. art. 1.398 *in fine* del *Code*, con un plazo especial de un año; véase un estudio completo, y todavía vigente, de la cuestión en PLANIOL-RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VIII, *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, 1957, pp. 95 y ss.), y el italiano (según las reglas generales sobre anulabilidad con un plazo de cinco años: cfr., BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, en "Enciclopedia dei Diritto", X, Milano, 1962, p. 523; TEDESCHI, *Il regime patrimoniale de la famiglia*, en "Trattato di Diritto Civile" (a cura di VASSALLI), III, 1, 2, Torino, 1963, p. 54; y PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 499).

(142) Por eso mismo no es comprensible que PÉREZ DE CASTRO (cfr. *op. cit.*, p. 123) acepte que los emancipados no se hallen sometidos al artículo 1.329 C.c. y exija la mayoría para poder impugnar el acto.

(143) Véase PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 123; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 219; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 344; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.551. Ahora bien, este último pretende disponer "en manos del menor la impugnación o sanación", lo que considero inaceptable, a menos que se refiera de modo implícito a los emancipados, porque sólo precisamente dejando de ser menor es cuando puede lograr tales consecuencias, máxime cuando, de lo contrario, perdería su sentido la norma recogida en el artículo 1.301, pfo. 4 C.c.

concluyentes al respecto, bien sea por aceptarse las consecuencias del hecho, bien por la simple falta de oposición en el plazo previsto.

d) **“Salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación”**

1. *Alcance y sentido del artículo 1.329 C.c.*

El inciso final del artículo 1.329 C.c. trae a debate la parte que considero, desde un punto de vista sustantivo, esencial de la norma, y cuyo análisis llena de preocupación en cuanto a su alcance práctico.

En efecto, se pretende ante todo salvaguardar al menor —principal (si no, como pretendo, único) destinatario de las cautelas señaladas— de asumir compromisos sobre su patrimonio, por obra de las consecuencias jurídicas que traen consigo determinados regímenes económico-matrimoniales.

Por eso, los sistemas de participación y de separación pueden convenirse sin asistencia de ningún tipo, una vez que la dispensa sobre menor edad haya demostrado las condiciones de autogobierno logradas por el candidato a contraer, o éstas se le presuman gracias a la emancipación cualquiera que sea su causa. En tales casos, y teniendo en cuenta la gestión y administración separada de cada patrimonio (cfr. arts. 1.413 y 1.437 *in fine* C.c., respectivamente), junto a la mínima e indispensable responsabilidad por los actos del otro cónyuge —limitada, en síntesis, a las consecuencias del ejercicio indistinto de la potestad doméstica (cfr. art. 1.319 C.c.), y el más amplio capítulo del levantamiento de las cargas del matrimonio (cfr. art. 1.318 C.c.), como se desprende de los artículos 1.438 y 1.440, pfo. 2 C.c. en cuanto al sistema de separación, y en relación con aquéllos el artículo 1.413 C.c. para el de participación—, se considera innecesario completar la capacidad de quien de suyo es apto para contraer, pues no le añade, salvo las inevitables consecuencias descritas, afección económica sustancial.

Ahora bien, distinto es el panorama de mediar su régimen económico de gananciales, en el que la comunidad comporta un riesgo mucho más intenso en el patrimonio de los partícipes (cfr. art. 1.369 C.c.), e incluso, a excepción de prueba determinante contraria, todos los bienes se reputan comunes (cfr. 1.361 C.c.) (144). En consecuencia, siguiendo a grandes rasgos los precedentes marcados en este punto por los artículos 45 y 50 en su antigua versión del Código, se trata de impedir el libre pacto por los menores de capitulaciones que impliquen un régimen más comprometido para sus intereses; de aquí que se requiera la concurrencia y el consentimiento de los padres o del tutor, en el sentido

(144) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 408, y DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, 164, cuando estiman que dicho régimen compromete gravemente los bienes del menor.

antes visto, en tanto se pretenda establecer un sistema de comunidad.

Sin embargo, este propósito queda del todo desbordado —hasta el punto de su completa ineficacia, con las salvedades que luego comentaré— mientras el precepto no sustituya por un régimen específico y, en la medida de lo posible, garante de la independencia de los patrimonios, la contravención de la norma, o, lo que resulta más grave incluso, su absoluta inobservancia. Así es, cuando los futuros contrayentes en el supuesto previsto en el artículo 1.329 C.c. no suscriban capitulaciones matrimoniales, se produce un fenómeno tan contraproducente con el espíritu de la norma como inevitable: me refiero a la vigencia de la comunidad, gracias al carácter primario, salvo excepción convenida, que le conceden los preceptos del Código (145), pues “a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad legal de gananciales” (art. 1.316 C.c.) (146).

El estudio de una incoherencia como la presente produce una cierta perplejidad cuando se analiza el origen del problema. A tal efecto, es auténticamente revelador el *iter* parlamentario de la norma que comento.

2. El origen de la cuestión en el debate parlamentario

El Proyecto de Ley sobre “Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio” enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, contemplaba en el artículo 1.327 la materia en los siguientes términos: “el menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá también otorgar capitulaciones antes o después de la boda, pero si no concurren en ellas las personas llamadas a dar licencia para el matrimonio sólo podrá pactar el régimen

(145) En este punto de doctrina es prácticamente unánime (cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 408; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 163; y PEÑA, *op. cit.*, p. 193).

Con todo, GARCÍA CANTERO, se plantea si no cabría suponer la separación como régimen legal secundario frente a una inconsecuencia de tal calibre, aunque termine rechazándolo por razones normativas (cfr., en CASTÁN, *op. cit.*, p. 319).

(146) No se puede sostener una estricta similitud con el estado de cosas anterior a la ley de 13 de mayo de 1981, porque —además de haberse podido evitar el desatino aprovechando la reforma en este punto, máxime cuando la doctrina puso de relieve lo desafortunado de la doble solución legal entonces vigente, que ahora se perpetúa e incluso recrudece por faltar el complemento, aunque contradictorio, de los antiguos artículos 45 y 50 C.c.— la determinación del artículo 1.318 C.c. en su versión antigua no estaba exenta de lógica, como señalé, por constituir *expressis verbis* los complementos de capacidad requisitos de validez con su sanción correspondiente (cfr. *supra*, B. II. c. 3. a'), mientras ahora específicamente se omite su carácter de absoluta necesidad que comporta una condición de validez.

de separación o el de participación y aceptar liberalidades que no sean onerosas” (147).

El texto fue objeto del preceptivo informe de la Ponencia con el estimable resultado (148) de añadir el siguiente aserto final: “a falta de capitulaciones, se aplicará el régimen de separación”. Así es, esta sencilla previsión lograba superar las incertidumbres hasta entonces vigentes acerca del régimen económico de los menores que contrajeran matrimonio al margen de las prevenciones establecidas al efecto, y lo hacía con una medida encomiable, aunando el carácter de régimen leal secundario que tiene la separación con las lógicas implicaciones jurídicas de haberse incumplido una norma cuya *ratio* estriba en la protección de los menores contratantes merced a su aptitud para el matrimonio (149). En suma, resultaba un precepto claramente afortunado en este punto y que no suscitaría debate alguno en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados (150), pasando a informe por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado.

En dicho trámite se produjo un hecho inexplicable, pues, como el mismo dictamen recuerda, “no habiéndose formulado enmiendas a dicho artículo”, sin embargo, “la Ponencia propone se suprima el inciso final del artículo, es decir, desde <<A falta de capitulaciones...>> has-

(147) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, n.º 71-I, 14 de septiembre de 1979, p. 327.

La propuesta, como puede comprobarse, se halla en franca relación con la reforma del matrimonio emprendida de manera paralela, y que conservaba el régimen de la licencia para el matrimonio de menores; por lo demás, no aportó grandes novedades sobre la normativa sustituida (cfr. art. 1.318 C.c. en su redacción originaria).

(148) “La Ponencia sugiere —dice su contenido— la aceptación parcial de la enmienda 395 (Grupo Vasco), y la no aceptación de los números 53-54 (señora Pelayo Duque, Centrista), 254 (Socialistes de Catalunya), 406 (señor Díaz Fuentes, Centrista) y 515 (señor Alzaga Villamil, Centrista)” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, n.º 71-I (3), 22 de mayo de 1980, p. 348/18).

Asimismo advirtió el informe de la Ponencia que no tenía competencias sobre la controvertida cuestión de la licencia matrimonial, por ser materia de un proyecto de ley distinto (el relativo al matrimonio) en trámite; por esta causa, se definía provisional la redacción que se dio al artículo 1.327.

En efecto, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, una vez se hubo eliminado la licencia necesaria para contraer los menores en el proyecto sobre matrimonio, redactaba el artículo (ahora con el definitivo número 1.329) contemplando “el concurso y consentimiento de sus padres o tutor” al final aprobado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I Legislatura, Serie A, n.º 71-II, 1 de diciembre de 1980, p. 348/59).

(149) LLOPIS (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 58 y ss.) no encuentra buena la solución, por cuanto, a su juicio, encubre una medida sancionadora como la establecida con anterioridad a la reforma.

(150) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria n.º 140, 18 de diciembre de 1980, p. 9.005.

ta el final del precepto” (151). Con ello se desbarataba en su raíz la norma, pero increíblemente no se volvió a plantear el asunto, hasta el extremo de que fue recogido primero por el dictamen de la Comisión (152) y luego resultó aprobado por asentimiento en la Sesión Plenaria del Senado (153). Devuelto a la Cámara de los Diputados, tampoco recibiría la más breve atención, pese al alcance del cambio introducido en este aspecto (154).

Por último, y aunque pudiera considerarse opuesto a mi crítica de la norma en este punto, debo reconocer que la solución impuesta en orden al régimen económico vigente si las capitulaciones no cuentan con el concurso y consentimiento de los padres o del tutor (en su caso curador), en parte favorece la tesis mantenida sobre la inaplicabilidad del precepto a los menores emancipados, pues si tal cosa sucediera y no se hubiese cambiado el aserto final que contemplaba el artículo 1.329 C.c. (antes 1.327 C.c.) durante algunas fases de su elaboración parlamentaria, se hubiera planteado una docotomía difícil de superar.

En efecto, a tenor del artículo 1.329 C.c. en su versión frustrada, hubiese regido por mandato legal el régimen de separación de bienes, lo que sería oportuno si las capitulaciones se otorgaran antes del matrimonio y deviniesen ineficaces al contravenir el mandato de la disposición señalada. Mas, aún habría de tenerse presente una situación compleja, que surgiría cuando se contrajera matrimonio sin capitulaciones previas, por cuanto en dicha hipótesis, y según las reglas generales, “el régimen será el de gananciales” (art. 1.316 C.c.), que además “empezará en el momento de la celebración del matrimonio” (art. 1.345 C.c.), pero en ese mismo instante, conforme al artículo 316 C.c., el menor consigue de derecho su emancipación, y, en consecuencia, tampoco le serían aplicables los términos del proyectado artículo 1.329, quedando como régimen económico el de gananciales y no el de separación, establecido en un principio sólo para la ineficacia de las capitulaciones previas al matrimonio e inválidas por romper con lo dispuesto en el citado precepto.

3. *Ambito de aplicación real de la norma*

Así pues, el menor hábil para contraer matrimonio necesita un complemento de capacidad a la hora de introducir una consecuencia eco-

(151) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, I Legislatura, Serie II, n.º 154 (d), 24 de marzo de 1981, p. 134.

(152) Cfr. *Ibidem*, n.º 154 (e), 27 de marzo de 1981, p. 192.

(153) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, Sesión Plenaria n.º 99, 1 de abril de 1981, pp. 5.060 y 5.061.

(154) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria n.º 163, 28 de abril de 1981, p. 10.011.

nómica en capitulaciones, que, aun con todo, se le impone legalmente cuando se abstiene de realizar pactos al respecto (155).

Ahora bien, ¿qué sentido tiene un precepto como el artículo 1.329 C.c., porque libremente pueden los menores recoger en capitulaciones matrimoniales un sistema de participación o asimismo, en su caso, de separación, pero necesitan el auxilio de determinadas personas, encargadas de velar por sus intereses, al efecto de suscribir un específico régimen para cuya vigencia les basta con desconocer a propósito los requisitos establecidos en la propia norma (156), o, simplemente negarse a realizar pacto alguno.

Sin embargo, la norma no deja de tener un cierto ámbito de aplicación, aunque sea estrecho y accidental comparado con el fin para el que fue prevista (157). En las actuales circunstancias, el artículo impide introducir en capitulaciones, sin asistencia de quienes están llamados a prestarla, cualquier regla privada tendente a modificar en algún punto la regulación prevista en el Código como típica de cada régimen (158); con ello no se hace sino conceder pleno, y acaso excesivo, alcance al artículo 1.315 C.c. (159) cuando establece que “el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”.

Así es, los futuros contrayentes —según la interpretación que vengo dando al artículo 1.329 C.c., mientras ambos no sean emancipados al me-

(155) En su virtud, creen ALBALADEJO y PÉREZ DE CASTRO, contra el común de la doctrina, que debería referirse mejor el artículo 1.329 C.c. a cualquier especie de régimen legal, pues los gananciales también pueden conseguirse sin el auxilio prevenido en dicho precepto, aunque reconocen lo inusitado de un acuerdo tendente a escoger un régimen legal subsidiario de primer orden (cfr. *op. cit.*, p. 138; y *op. cit.*, p. 122, respectivamente. Véanse asimismo LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 63, y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 407), lo que, sin embargo, contempla como supuesto la Sentencia de 1 de julio de 1955. Acaso por esta causa, DíEZ PICAZO-GULLÓN, se cuestionan si no estará el artículo 1.329 C.c. pensando en un régimen pactado en capitulaciones que implique una comunidad más intensa todavía que los gananciales (cfr. *op. cit.*, p. 163).

En cuanto a mi opinión personal, entiendo que sólo formalmente son ineficaces unas capitulaciones en que los cónyuges se limiten a pactar un régimen de gananciales por remisión a las normas del Código en este punto (cfr., en contra, DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215), pero el artículo 1.329 C.c., posiblemente por un error lamentable, desea excluir esta consecuencia.

(156) La forma solemne requerida en las capitulaciones (cfr. art. 1.327 C.c.) no constituyen un freno insuperable para lograrlo, puesto que siempre les cabe a los otorgantes ocultar, no pocas veces con éxito, su auténtica situación.

(157) Aparte de otras razones, DE LOS MOZOS alega ésta para considerar incluidos a los emancipados en el ámbito del artículo 1.329 C.c. (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 218).

(158) En este punto la doctrina es prácticamente unánime: cfr. COBACHO, *Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor*, en “Anuari de la Facultat de Dret. Estudi General de Lleida”, 1984, p. 93; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 407; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.552; CASTAN, *op. cit.*, p. 319; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; PEÑA, *op. cit.*, p. 193; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 121; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215.

(159) Cfr. LLOPIS, *op. y loc. cit.*, p. 61.

nos— pueden establecer sin trabas y mediante acuerdo expreso el régimen de separación o de participación, o lograr el de gananciales una vez contraído el matrimonio si omitieron su voluntad al respecto (cfr. art. 1.316 C.c., en relación con el art. 1.345 C.c. *in initio*), y hasta otorgando antes de la celebración unas capitulaciones ineficaces, ya sea por error o incluso a sabiendas (*v. gr.*, sin los consentimientos complementarios establecidos en la norma). Ahora bien, lo que de ningún modo cabe será establecer, a falta del auxilio prevenido en el artículo 1.329 C.c., acuerdos concretos sobre materias relativas a “la gestión y disposiciones de los bienes gananciales” (art. 1.375 C.c.) (160), y tampoco “al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores” (art. 1.429 C.c.; es decir, sistema de participación por estrictas mitades, conforme a los arts. 1.427 y 1.428 C.c.), u otros arreglos similares (161), derecho que asistiría en principio a los contrayentes por aplicación de la libertad contractual reconocida en el artículo 1.325 C.c.

En suma, y a salvo de conseguir el concurso y consentimiento recogidos en el artículo 1.329 C.c., los menores pueden lograr de distintas maneras todos los regímenes económicos matrimoniales previstos en el Código civil, pero asumiendo por completo el arquetipo legal y sin posible modificación de ninguno de sus aspectos (162).

Podría plantearse, no obstante parezca un supuesto más teórico que real, si los prometidos pueden cambiar antes del matrimonio las capitulaciones.

(160) Esta norma requiere hacerse mediante capitulaciones matrimoniales tales pactos.

(161) Por ejemplo, para las liberalidades por razón de matrimonio pretendidas por el menor en capitulaciones matrimoniales, tal cosa se desprende del artículo 1.338 C.c. (cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 215).

Quid si tales acuerdos redundan en beneficio del menor? En opinión de ALBALADEJO, no existen razones en principio para exigir las asistencias previstas (cfr. *op. cit.*, p. 138; y, asimismo, MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 696), pero tal cosa se hace difícil, porque supone precisamente un juicio de valor encargado por la disposición en estos supuestos a los padres o al tutor (curador, en su caso).

LETE se plantea “si las capitulaciones matrimoniales contienen actos, negocios o contratos ajenos al estatuto patrimonial del matrimonio, es decir, que no constituyen un verdadero pacto nupcial”, decidiendo para ello que “la capacidad de las partes intervinientes estará sujeta a las normas generales y a las específicas que regulan cada caso concreto” (*op. y loc. cit.*, p. 402). La solución me parece correcta, mas extraña en la práctica, pues advierte la propia norma del artículo 1.325 C.c. que, aparte del contenido típico de las capitulaciones en “estipular, modificar, o sustituir el régimen económico del matrimonio”, caben “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”; esto es, la indicada relación con el matrimonio puede oscurecer la posible autonomía de tales actos, máxime cuando en el supuesto básico de las donaciones por razón del matrimonio el artículo 1.338 C.c. hace coincidir los requisitos en ambos casos, según se comprobó (cfr. *supra*, nt. 57).

(162) Por consiguiente, tampoco podrán los futuros cónyuges sin los consentimientos complementarios establecer un régimen atípico (cfr. PEÑA *op. cit.*, p. 193), aunque sea

laciones ya otorgadas. En este caso, a mi juicio, no existe propiamente una modificación de capitulaciones, pues las primeras no llegaron a tener la más mínima eficacia por extinguir sus expectativas antes de la celebración, momento en que surten su efecto característico (cfr. arts. 1.317, 1.325, 1.326, 1.334, 1.345 C.c.), luego cabe realizarse, pero siempre con arreglo a lo prescrito en el artículo 1.329 C.c. Con todo, si lo pretendido no es una sustitución de capitulaciones —cuando se pactaran sin intervenciones ajenas, al ser innecesario en el margen previsto en el artículo 1.329 C.c.—, sino un simple complemento adicional para introducir alguno de los acuerdos ya mencionados, se hacen entonces precisas las asistencias sobre capacidad (163); en fin, con tales presupuestos, las capitulaciones no requieren auxilio alguno, pero sus simples pactos modificativos sí (164).

También cabe considerar si la citada limitación afecta sobre los elementos accidentales de la voluntad, que puedan los esposos recoger en las capitulaciones, así la condición o el término. Según creo, tal cosa no debe impedirse mientras tampoco adquiera, como de ordinario sucede, una directa significación económica, pues a estos únicos efectos rigen las prevenciones señaladas en el artículo 1.329 C.c.

Por último, puede asimismo cuestionarse qué ocurriría si pese a la prohibición ínsita en el artículo 1.329 C.c. se introduce sin el auxilio previsto alguna cláusula de tal estilo en capitulaciones. En este sentido, algún autor estima que debe imperar el régimen pactado, pero sin la vigencia de las modificaciones establecidas (165); y hay que reconocer a esta solución argumentos poderosos conforme al principio *utile per inutile non vitiatur*, máxime cuando, a fin de cuentas, tales regímenes constituyen indudablemente, como se ha visto, una garantía económica para el menor respecto a los gananciales. Sin embargo, la literalidad de las normas aplicables (cfr. arts. 1.329 y 1.316 C.c.), y el común sentir de la doctrina (166) excluyen esta conclusión, lógica por otra parte.

por remisión a las normas forales en este punto (nótese, al respecto, la derogación del antiguo artículo 1.217 C.c., que impedía el propósito comentado).

(163) Además, conforme indica el artículo 1.332 C.c., “la existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior capitulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida”.

(164) Desde otro punto de vista, recoge LETE las variantes a que daría lugar un posible cambio de capitulaciones por el menor una vez haya contraído matrimonio (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 409 a 411), con resultados aceptables, aunque a mi juicio traen causa directa de la capacidad que pretendo para los emancipados en este punto; y, en todo caso, no estimo conveniente distinguir en capitulaciones antes del matrimonio y cambio después de contraído como hace, pues las mismas consecuencias se derivan si ambos actos tienen lugar constante matrimonio.

(165) Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 138.

(166) Véanse los autores citados en *supra*, nt. 139.

C) LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES OTORGADAS POR EL INCAPAZ

I. EL PROBLEMA DE LOS INCAPACES

a) Presupuestos legales de la cuestión

Junto al tema de los menores aptos para el matrimonio, el Código civil se plantea de seguido la cuestión del incapacitado judicialmente, lo que completa el cuadro típico de los complementos de capacidad en el régimen jurídico de las capitulaciones. Resulta llamativa, empero, la diferencia de tratamiento dado en uno u otro supuesto por la reforma de 13 de mayo de 1981, porque, con arreglo al artículo 1.330 C.c., “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”.

El principal escollo que plantea la regla en cuestión es el de haberse dictado conforme a una ley modificadora del Código civil que operaba sobre unas bases jurídicas acerca de la incapacitación bien distintas de las vigentes a partir de la ley de 24 de octubre de 1983, que, por cierto, tampoco se ocupó de actualizar a su contenido muchas otras normas afectadas de modo indirecto (167). Este fenómeno caracteriza el estudio que ahora emprendo para desentrañar, en la medida de lo posible, la eficacia trascendencia práctica de la disposición, y las repercusiones de los posteriores cambios legislativos sobre su dictado literal (168).

b) Los estrictos incapaces

En efecto, las nuevas reglas establecen un sistema casuístico y abierto de incapacitación, porque se produce a causa de “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (art. 200 C.c.), siempre mediante

(167) El fenómeno se pone de relieve incluso por la doctrina del Centro directivo respecto de las normas sobre incapacidad para prestar el consentimiento en los contratos, pues “el citado artículo 1.263 C.c., no (ha sido) concordado aún con la reforma llevada a cabo en el Código Civil en materia de incapacitación y tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre (a pesar de la previsión contenida en la disposición final de esta ley)” (R. de 1 de diciembre de 1987).

(168) BERCOVITZ estima “la necesidad de ir estableciendo criterios jurisprudenciales en relación con la interpretación y aplicación de la Ley 13/83, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de incapacitación y tutela” (*La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales*, en “Poder Judicial”, 3, 1986, p. 108).

sentencia judicial (cfr. art. 199 C.c.), y en la que se “determinará la extensión y los límites de ésta” (art. 210 C.c.) (169).

Ahora bien, este modelo complica extraordinariamente las previsiones del artículo 1.330 C.c. respecto a las normas vigentes al tiempo de su redacción, hasta el punto que resulta posible advertir supuestos de incapacitados libres para otorgar capitulaciones matrimoniales, mientras otras personas no incapacitadas precisan someterse a los requisitos previstos a tal efecto por la citada disposición.

Así es, en el primer caso todo depende de la sentencia que se dicte (170), cuyo contenido puede conceder al incapaz ciertas facultades económicas (171), entre las cuales cabe imaginar —aunque resulte difícil— plenos poderes en cuanto a las capitulaciones, por ejemplo cuando se pactaran en el intervarlo lúcido de un deficiente psíquico (172).

Sin embargo, todavía conviene discutir el supuesto, porque como advierte sobre los menores el artículo 1.329 C.c., asimismo los incapacitados pueden otorgar capitulaciones sólo mientras sean aptos en orden al matrimonio; es decir, cuando las capitulaciones se pretendan otorgar antes de la celebración, también debe tenerse presente un espinoso problema previo: ¿pueden casarse los incapacitados en intervalo lúcido? La cuestión, según creo, resulta oscura en extremo, porque si bien el *ius nubenid* es un “derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (artículo 32)” (R. de 1 de diciembre de 1987), tampoco es menos cierto que sujetarse a un específico estado civil requiere no sólo la capacidad para establecerlo en un acto singular, sino asimismo aptitud

(169) Por desgracia, en los hechos reales tal cosa no es corriente, por constituir más una declaración de intenciones que otra cosa, teniendo en cuenta el momento por el que atraviesa la justicia en nuestro país. Por consiguiente, a menudo el problema se suscita en la interpretación que mejor conviene a los generales términos empleados en las sentencias de incapacitación.

(170) Cfr. PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164.

(171) Obsérvese que, con arreglo al artículo 215 C.c., “la guarda y protección” de los incapaces se predica de forma indistinta y alternativa de “la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes”. Como ejemplo, la Sentencia de 7 de enero de 1989, levanta la incapacidad de una persona sometida por entonces a intervención de curador a los meros efectos de “administración disposición o gravamen de los bienes inmuebles o efectos públicos que le correspondan”.

Sucedee, sin embargo, que las capitulaciones tienen un carácter peculiar por su estrecha relación con el matrimonio, según en su momento señalé (cfr. *supra*, B. II. b. 2), y además, cuando se produzcan con antelación a la boda, el matrimonio y los mismos pactos económicos que provoque cubre ambas esferas.

(172) El tema trae a colación las enfermedades psíquicas de tipo cíclico y el alcance de la guarda pertinente a tales casos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986 casa un fallo de la Audiencia Territorial de La Coruña de 1 de febrero de 1985, —establecía una tutela en estos casos sólo para cuando la fase pudiera considerarse patológica—, y decide someter al interesado a curatela permanente sea cual fuere la situación mórbida del incapacitado.

en su conservación y desarrollo (173). Por el contrario, distinta es la hipótesis del cónyuge posteriormente incapacitado que pretende suscribir capitulaciones en intervalo lúcido, pues en tales condiciones no se ven obstáculos en este sentido si la sentencia de incapacitación se lo autoriza, o, al menos, no se lo impide (supuesto, este último, que analizaremos más adelante).

Con todo, la cuestión del intervalo lúcido no se agota con estas precisiones, porque, aun cuando la sentencia establezca la incapacitación de los sujetos también a tales efectos, podría pensarse dudosa la ineficacia de las capitulaciones otorgadas por ellos en un tiempo de auténtica consciencia sin intervención de las personas señaladas en el artículo 1.330 C.c. Así es, la Resolución de 12 de junio de 1985, establece una cierta simetría entre las voluntades necesarias para consentir en el matrimonio (y, por tanto, en las capitulaciones) y otorgar testamento; en esta materia, conforme al artículo 695, pfo. 3 C.c., al notario le corresponde dictaminar sobre la posible aptitud de los individuos (174), teniendo en cuenta que “la aseveración del fedatario autorizante respecto de la capacidad del testador reviste especial relevancia de certidumbre” (S. de 7 de octubre de 1982), hasta el punto que “dicho juicio queda amparado por la fe pública notarial y únicamente puede ser desvirtuado me-

(173) Cfr., en este punto, ARECHEDERRA, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, 1989, pp. 77 y ss., donde se recoge amplia discusión acerca del tema.

Existen al respecto dos decisiones que considero adquieren gran relieve. La primera es una sentencia sobre pretendida nulidad civil de matrimonio canónico (la única que según mis noticias por ahora se plantea en casación), estimando conforme al criterio “comúnmente aceptado por la jurisprudencia, principalmente por la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por ser materia proclive a su estudio”, que —aun cuando concernía sobre “una esquizofrénica (desde los 12 años) con ingresos variables y tratamiento neuloléptico y electroconvulsionante”, habiéndose “agudizado enormemente la enfermedad”, y “vuelto a poner de manifiesto ideas delirantes”, hasta el punto de mantener “una actitud de auténtico estado de locura furiosa”— “la recurrida estaba en posesión de sus facultades mentales antes, al tiempo, y después de contraer matrimonio, toda vez que la sentencia de instancia declara expresamente que no existe la más mínima prueba de que la contrayente se hallara aquejada de una crisis en el momento de emisión del consentimiento en el negocio matrimonial, ni tan siquiera que tuviera limitadas sus facultades mentales o se revelase una trascendencia de la problemática psíquica en relación con dicho acto” (S. de 18 de septiembre de 1989). Resulta llamativo —con independencia del fallo concreto a que da lugar— que se traiga en este punto la doctrina de la consciencia en los actos propia del Derecho penal, y su aplicación a una materia tan distinta como es el matrimonio, máxime por las repercusiones que acerca del estado civil de las personas comporta el hecho.

La segunda se debe al Centro directivo, mediante su Resolución de 16 de octubre de 1989, que, pretendiendo investir al matrimonio de un carácter “de derecho tan íntimo y fundamental de la persona”, niega en la dispensa de edad “interés público que defender”, ello implica, según creo, una perniciosa disposición de los requisitos del matrimonio, que son de orden público, por los particulares.

(174) Cfr., en términos generales lo dispuesto por los artículos 156, 8.º y 167 del Reglamento Notarial.

diante su impugnación ante los tribunales de justicia en el juicio declarativo correspondiente” (R. de 12 de junio de 1985).

En consecuencia, tal vez cabría plantear una ruptura entre dos presunciones contrarias sobre la capacidad de los intervinientes: a tenor de lo dispuesto en el Código civil, la sentencia de incapacitación define los actos de libre actuación del incapaz y aquellos que requieren complementos insoslayables, en nuestro caso definidos legalmente, a modo de prevención acerca del contenido de los pactos sobre régimen económico del matrimonio; éstas constituyen unas medidas generales y objetivas en atención a las condiciones de la persona en cuyo interés quedan establecidos. Por el contrario, el control subjetivo de los candidatos y de las circunstancias concretas a la hora de suscribir este tipo de acuerdos, corre a cuenta de un agente de la fe pública encargado de un juicio previo sobre la específica capacidad de los sujetos, que, si a su criterio satisfacen los requisitos necesarios, le permite autorizar las capitulaciones, adquiriendo así una muy peculiar firmeza desde un punto de vista de la capacidad de las partes actuantes.

En suma, si bien lo más seguro en estos casos sería inclinarse por la posible impugnabilidad, tampoco faltan argumentos para sostener la eficacia de las capitulaciones contraídas en estas circunstancias, por cuanto así como se permite tal cosa para el matrimonio y el testamento, no hay razón de fondo que impida extender lo mismo a los pactos económico-conyugales, a lo sumo por su carácter subsidiario del matrimonio, y naturaleza formal que acompaña el necesario análisis de capacidad realizado por el autorizante. Sin embargo, tal cosa no es a mi juicio lo más adecuado, porque la simetría entre capacidad para contraer matrimonio y otorgar testamento, aparte de dudosa, no es biunívoca, y de ningún modo puede ampliarse a las capitulaciones, que, si bien son accesorias a lo primero, no por eso dejan de ser distintas, según pudo comprobarse analizando el principio *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* (175).

c) El pródigo y el quebrado

Entre los sujetos no incapacitados, pero con ciertas reservas sobre sus facultades que les proporciona el sometimiento a la curatela, también posiblemente incluidos en el ámbito del artículo 1.330 C.c., consta, como caso típico, el del pródigo (176). Estos no son ahora en sentido propio incapaces (cfr. cap. III, tít. X, lib. I C.c., tras la reforma en este punto por ley de 24 de octubre de 1983), mas cuentan con indudables

(175) Cfr. *supra*, nt. 8.

(176) Cfr. AMORÓS, *Artículo 1.330 del Código Civil*, en *op. y loc. cit.*, p. 1.552; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 698; DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220; Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412.

restricciones en su obrar jurídico, que debe ser integrado por el curador (cfr. art. 288 C.c.) (177).

En efecto, la sentencia de prodigalidad “determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador” (art. 298 C.c.) (178), entre los que se puede recoger, sin temor a equivocarse por las circunstancias del caso, las capitulaciones matrimoniales, máxime cuando tratándose de un acto netamente patrimonial de lleno incide sobre la materia estudiada (179).

Otra disciplina que, a mi juicio, reúne indudable interés en este punto, es el relativo a la persona declarada en quiebra, pues queda “inhabilitado para la administración de sus bienes” (art. 878, pfo. 1 C. Com.), mientras no se rehabilite conforme a lo establecido en los artículos 920 y siguientes del Código de Comercio, hasta el extremo de que “todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos” (art. 878, pfo 2 C. Com.). El problema radica en analizar desde una perspectiva civilística y de la persona el alcance atribuible a la limitación de la capacidad en tales sujetos; en este sentido, corresponde a la jurisprudencia establecer los criterios básicos, como hace la Sentencia de 30 de junio de 1978, que por su indudable trascendencia paso a reproducir parcialmente.

A juicio del Tribunal Supremo, “la situación apreciada en nuestro antiguo Derecho para el comerciante declarado en quiebra, parecida a la del condenado a interdicción civil, pues se detenía al quebrado en todo caso y se ocupaban todos sus bienes, ha ido siendo superada, haciéndose desaparecer ese carácter de índole esencialmente penal, a causa de acentuarse la finalidad de garantía en favor de los acreedores”. En consecuencia, “ciertamente la quiebra afecta amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, creando un aspecto de la restricción para el actuar de la misma en el quebrado que no se perfila en nuestro ordenamiento jurídico con la deseable claridad”.

Ahora bien, “no obstante la naturaleza jurídica de la restricción de aquella capacidad que significa, puede decirse que no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad, sino meramente de un estado personal, puesto que tal situación no se relaciona entre las restricciones generales de la personalidad, reflejada en el artículo 32 del C. Civ., ni se incluye

(177) Véase al respecto, OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, Madrid, 1987, pp. 107 y ss.

(178) Obsérvese que —a diferencia de lo previsto para las causas generales de incapacitación (cfr. art. 210 C.c.), o de sometimiento a curatela de los incapaces (cfr. art. 289 C.c.)— el artículo 298 C.c. contempla las limitaciones de los pródigos en una dicción negativa, como también de modo expresivo hace para la curatela de los menores emancipados, o de quienes hayan recibido el beneficio de la mayor edad, el artículo 288 C.c.

(179) Así, por ejemplo, el supuesto de la Sentencia de 14 de febrero de 1986, que aun aplicando las normas anteriores advierte su esencial coincidencia “con el actual artículo 298 del Código civil consecuencia de la redacción dada por Ley trece/mil novecientos ochenta y tres, de 24 de octubre”.

en el artículo 1.263 del mismo Cuerpo legal sustantivo, entre las que producen incapacidad para contratar con plena eficacia, como tampoco entre las causas modificativas del estado civil, en razón a reconocerse que la situación de quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la *ratio iuris* de esta particular incapacitación, en cuanto que nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio, convirtiendo a éste en un patrimonio en liquidación, que aunque puede afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra, porque se ha manifestado con ella la insuficiencia y anormalidad de la garantía que supone el patrimonio, esa repercusión, aun siendo muy importante en orden a la situación del patrimonio, sobre la condición de la persona no tiene el alcance de producir un cambio del estado civil del quebrado, ni para general una verdadera o completa incapacitación patrimonial, dado que no pierde su independencia personal, y ni siquiera en la esfera patrimonial, no creándose una situación firme, con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva, depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio, y carece de la nota de orden público, estando entregada a la discreción de los acreedores reconocidos, en cuyo beneficio se crea” (180).

“Esto determina que pueda, si se quiere, hablarse de cuasi-incapacitación, pero no hay cambio de estado civil ni verdadera incapacitación, asignándose, sencillamente, la retirada del poder de administrar aquella parte del patrimonio que constituye la masa de la quiebra, motivador de restricción de capacidad creada en el beneficio de los acreedores, que hace suponer la insolvencia o, al menos, la puesta en entredicho de la solvencia patrimonial, que es precisamente lo que en el derecho histórico y en el vigente hizo entrar en juego determinadas disposiciones legales excluyentes de ciertos cargos y facultades a quienes carecen de la plenitud de poder patrimonial y a las que tienen en cuenta la insolvencia, en favor de la estabilidad jurídica de determinadas clases de personas”.

En suma, “la naturaleza jurídica de la incapacidad del quebrado, lleva a precisar que el alcance de la restricción de su incapacidad de obrar más que tratarse de plena dificultad para administrar el propio patrimonio, en esencia es de índole singular, pues, bajo un aspecto, el quebrado pierde la administración de sus bienes, que pasa al Comisario y Síndicos de la quiebra (arts. 1.333 y 1.346 de la L. E. Civ.), de modo que a la privación de la capacidad de administrar y disponer de sus bienes imputada al quebrado corresponde el paso de la titularidad representativa

(180) La Sentencia de 20 de diciembre de 1952 califica las limitaciones a la capacidad del quebrado como no absolutas por referirse sólo a los derechos y obligaciones patrimoniales.

en nombre de la quiebra y en interés del deudor y acreedores, de los bienes de la masa de aquélla a la Sindicatura”, “de tal manera que como la masa de la quiebra no se confunde con el patrimonio personal del deudor, éste continuará con facultades respecto de aquellos bienes que tengan carácter inembargable (arts. 1.449 de la L. E. Civ. y 781, 785 y 1.107 del C. Civ.), y en su caso los que se le entreguen en concepto de alimentos (art. 1.314 de la L. E. Civ.), permitiéndose el convenio entre el quebrado y la Junta de acreedores para que el quebrado continúe al frente de su establecimiento comercial, quedando así habilitado para la administración dentro de los límites que marque el convenio (art. 13-2.º del C. Com.), y para celebrar convenios de quita y espera (arts. 1.917 y 1.918 del C. Civ.) o cualquier otro que estimen oportuno el quebrado y sus acreedores (art. 898 del C. Com.)”.

Mas “bajo otro aspecto, debido a que la declaración de la quiebra tiene asimismo efectos extensos, pues no solamente incapacita al quebrado para la administración de sus propios bienes, sino también para las actividades que por la ley se le atribuya, circunstancia que tiene su justificación en que el insolvente carece de garantía patrimonial imprescindible a quien se le confía por la ley la administración de un patrimonio ajeno” (181), tiene gran entidad, hasta el punto de que las Sentencias de 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1910, 9 de julio de 1911, 13 de mayo de 1927, y 13 de febrero y 21 de mayo de 1960 declaran “la extinción de la personalidad jurídica del quebrado para la administración de todos sus bienes, como legalmente concebida en términos absolutos”.

Por todo ello, “si bien no cabe desconocer la ineficacia jurídica de los actos del quebrado, que excedan lo limitado de su capacidad de obrar que resulta de la especial naturaleza de la quiebra, saliendo del ámbito propio del derecho de la personalidad tampoco es de olvidar que realmente la declaración de quiebra no origina una prohibición de carácter sancionador, pues sus efectos respecto de la capacidad son los mismos con independencia de la declaración de la quiebra, por lo que no es que todos los actos del quebrado, por modo general, hayan de considerarse nulos por contrarios a la Ley y el quebrado no tiene limitada su capacidad para ser meramente un protegido”, “lo que determina en el orden jurídico la precisión de distinguir entre dos tipos de actos para precisar el alcance de la incapacitación del quebrado, unos, de disposición sobre bienes que están en la masa de la quiebra (con paso real al patrimonio en liquidación), que son ineficaces, por ser de quien no tiene ti-

(181) Como sucede para los cargos tutelares (arts. 241 y 244. 5.º C.c.), y de igual forma reconoce la sentencia transcrita, entre otros numerosos supuestos, para los actos de administración de los bienes del hijo menor en virtud de la patria potestad según el antiguo artículo 159 C.c., criterio aún en vigor tras la reforma en este punto, pues “los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios”, y en nuestra hipótesis tal cosa huelga para el quebrado conforme se ha dicho.

tularidad actual sobre ellos, y en consecuencia carecen de eficacia respecto a todos (no sólo relativamente a los acreedores), y que únicamente podrán recuperar eficacia si son ratificados por la Sindicatura (art. 1.259 del C.c.), o convalidados, quedando el bien en el patrimonio del quebrado al ser rehabilitado, y otros, significados por los actos de disposición sobre los bienes que puedan corresponder del quebrado, por no haberse producido todavía *traditio* a la masa de la quiebra, y en general, las obligaciones contraídas respecto de bienes que estando o debiendo estar integrados en la masa de la quiebra son realizados por quien no tiene capacidad para ello”, “en cuyo caso se produce una mera restricción de capacidad a favor de los acreedores de la quiebra, y por tanto sólo por la representación legal de ésta puede ejercitarse la impugnación con base en adolecer de un vicio invalidante (art. 1.300 del C. Civ.), ser realizados por un incapacitado (art. 1.301 del C. Civ.) y con posibilidad de ser anulados a arbitrio de la Sindicatura, pero sin que el incapacitado pueda ejercer en su beneficio la impugnación, ni los que con él hayan contratado (art. 1.302 del C. Civ.), aunque uno y otro resultaran afectados por la anulación realizada”.

Tales principios resuelven satisfactoriamente las dudas que suscitan las capitulaciones otorgadas por el quebrado (*a fortiori* para el concursado). Conforme a lo argüido, éstos no son de ninguna manera incapaces desde un punto de vista del estado civil, y, por lo tanto, escapan de lo previsto en el artículo 1.330 C.c. (182).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la declaración de quiebra o concurso de acreedores sufrida por uno de los cónyuges puede ser motivo para instar el término del régimen económico de gananciales (cfr. art. 1.393. 1.º C.c.) y de participación (cfr. art. 1.415 C.c.), podía pensarse un obstáculo implícito al pacto tendente a establecer dichos regímenes en estas capitulaciones; sin embargo, como esta causa rige mediante “pe-

(182) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220. Ello sin perjuicio de la posible ineficacia de determinados actos que aquéllas contengan, como, por ejemplo, unas donaciones por razón del matrimonio a favor de su prometido, si los bienes forman parte de la masa de la quiebra.

Desde otro punto de vista, sí plantea numerosas dificultades la liquidación del régimen anterior tratándose de gananciales, pues los acreedores pueden intervenir en el proceso para evitar posibles fraudes de sus derechos, teniendo asimismo presente que la responsabilidad del pasivo sobre los bienes guarda relación a los posibles consentimientos —y, en su caso, las poderosas presunciones establecidas en los artículos 7 y 8 C. Com.— prestados por el cónyuge no comerciante a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y ss. del Código de Comercio. Como posibilidad más lejana en la práctica, si los esposos desean sustituir su régimen de separación o participación por uno de gananciales debe observarse lo prescrito en el artículo 1.442 C.c., y excluir los rendimientos de los bienes afectos a la quiebra del patrimonio ganancial, pues supondría un acto en perjuicio de los acreedores. Ahora bien, la norma general de protección a terceros ante posibles modificaciones del régimen económico matrimonial, contenida en el artículo 1.317 C.c., salvaría las posibles dificultades *ad casum* (cfr., en este punto, las Sentencias de 14 de mayo de 1984 y 26 de enero de 1985, entre otras).

tición de uno de los cónyuges” (el posible perjudicado), y a su arbitrio queda el apreciar la circunstancia, de la misma suerte le cabe libremente suscribir el régimen que se acuerde, siempre y cuando conozca los hechos (183). En todo caso, ya se trate de capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio, sustitutivas o no de otras anteriores, el artículo 1.317 C.c. garantiza la inafección a los derechos adquiridos por terceros antes del evento, y los posibles perjuicios se predicán sólo de la contraparte (cónyuge o prometido).

d) Las personas incursoas en un procedimiento de incapacitación o prodigalidad

Asimismo cabe preguntarse qué ocurre si el otorgante se halla sometido a una causa de incapacitación todavía no resuelta. Es de tener en cuenta la hipótesis, entre otras razones porque la versión original del Código contemplaba este caso, a diferencia de la presente donde se omite (184). La doctrina también ha puesto de relieve tal hecho, pero sus respuestas no son siempre unánimes (185), según creo lo más juicioso

(183) Este asunto plantea un nuevo problema. Si la otra parte de las capitulaciones ignoraba la declaración de quiebra, sin duda puede solicitar que concluya el régimen de separación o participación establecido, pero cuando lo hubiese acordado a sabiendas del hecho muy difícilmente cabe admitir que luego lo alegue para desentenderse de las consecuencias de sus actos.

(184) A tenor del antiguo artículo 1.323 C.c., “para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor, que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y de la ley de Enjuiciamiento Civil”.

Estas últimas expresiones del precepto trajeron consigo un animado debate doctrinal y numerosas propuestas en su solución (cfr. CASTÁN, *op. cit.*, 9.ª edición, pp. 309 y ss.), concluyendo los autores por la conveniencia de proveer un tutor especial *ad hoc* (cfr. TORRES ESCÁMEZ, *Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 1978, p. 975; y, en contra, SANCHO REBULLIDA, *Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados*, en “Estudios de Derecho Civil”, I, Pamplona, 1978, p. 465).

Por estas razones y otras, opina DE LOS MOZOS loable la sencillez del artículo 1.330 C.c. en relación con su antecedente (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 219).

(185) El abanico de posibilidades planteadas es muy extenso: DE LOS MOZOS incluye dicho supuesto en la letra del nuevo artículo 1.330 C.c. (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 221); GARCÍA CANTERO no resuelve la duda comentada, con lo cual parece admitir el libre pacto de capitulaciones para estos sujetos (cfr., en CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; y, con toda claridad, LETE, *op. y loc. cit.*, p. 411, que trae a colación el debate parlamentario en este sentido); ALBALADEJO considera que, como ya sucediera en la legislación anterior, se arregla la incertidumbre adelantando “provisionalmente el nombramiento de guardador o designando para él un defensor judicial” *op. cit.*, p. 139, y cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 699; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 221), criterio en parte respaldado por AMORÓS, que, sin embargo, prefiere una espera prudente hasta la sentencia (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1.553).

es adecuarse a las circunstancias obrantes en el concreto supuesto sin definir una tesis uniforme, pues depende del tipo de limitación en la capacidad que se pretenda para el candidato al otorgamiento de las capitulaciones y la forma de manifestarse.

Así es, en primer lugar habría de considerarse que compete al notario autorizante proceder a un primer juicio sobre la capacidad de las partes, y en ese momento puede abstenerse de su cometido si obtiene dudas fundadas de aptitud al respecto, quedando a resultas del proceso emprendido acerca de la incapacitación.

Con todo, existen situaciones que no dejan traslucir fácilmente la coyuntura, como por ejemplo sucedería en el caso de un incurso en procedimiento de prodigalidad, porque sus actos externos ocultan en principio el hecho, a lo sumo sí, como también es de comprender, intentan esto mismo los propios interesados, con lo cual las capitulaciones se hacen prácticamente inevitables. Ahora bien, ello tampoco impide su posible impugnación *a posteriori*, porque “los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa” (art. 297 C.c.), y, *a contrario*, en nuestra hipótesis resulta después de iniciarse la causa.

En suma, ya sea por un motivo u otro, en la práctica también hay que permanecer a expensas de la solución definitiva del litigio, tal y como señala la Sentencia de 14 de febrero de 1986: “las capitulaciones en cuestión fueron otorgadas... después de haber sido promovido juicio de inhabilitación de (los contrayentes), por causa de prodigalidad, sin asistencia del tutor que le hubiese sido designado a tal fin”, y ello “conduce, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, a la no validez de dichas capitulaciones, de conformidad con lo prevenido en el artículo mil trescientos ventitrés del Código civil en vigor al tiempo de concertarse las mencionadas capitulaciones”, criterio ampliable con toda razón al momento presente por “cuanto que entender lo contrario tanto significaría llegar al absurdo de que se posibilite el ejercicio de actuaciones jurídicas irregulares o anómalas provenientes de una situación de capacidad que al ser planteada se encontraba en entredicho y de ser reconocida al decidirse jurídicamente sobre ella supondría convalidar una actuación dispositiva que venía viciada en el consentimiento, ya que no puede decirse que éste se produce cuando no se goza de capacidad a efecto de disponer de los bienes”.

Es decir, en esta hipótesis se añanan dos indicios opuestos, por una parte hasta la definitiva solución del pleito el incausado debe presumirse capaz, pero de otra, la cuestión se deduce por circunstancias que preceden, de ordinario con un plazo amplio, al momento de interponerse la demanda, lo que ha inducido en ocasiones a considerar cierto alcance retroactivo de la declaración de incapacidad. En suma, creo lo más equitativo presumir en principio capaz de sus actos a quien no ha sido todavía privado judicialmente de sus facultades, con independencia de

su posible impugnación atendiendo al caso y si cabe prueba pertinente, mas sin exigir de comienzo a tales sujetos requisitos complementarios a su voluntad, en tanto no se haya demostrado fehacientemente su insuficiencia (186).

Por último, también es de tener en cuenta que, con arreglo al artículo 209 C.c., “el Juez, en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”, y, en su virtud, existe una muy acertada flexibilidad para resolver los presentes casos, que puede llegar hasta el nombramiento de un asistente *ad hoc*, o incluso el ejercicio de dicha facultad por el propio juez, como ya sucede para la discrepancia del órgano tutelar compuesto por varias personas (cfr. art. 237, pfo. 2 C.c., e *infra*, C. II. a 2. c’) (187).

e) Las personas no incapacitadas, pero incapaces

Conforme al tenor literal de la norma contenida en el artículo 1.330 C.c., los incapaces no declarados en sentencia tales quedan excluidos de su ámbito (188), pero el aserto no deja de ofrecer dudas en la práctica cuando a su otorgamiento se disponga un verdadero incapaz no declarado y ni tan siquiera incurso en un proceso con este fin.

En efecto, según acabo de sostener, el notario autorizante de capitulaciones matrimoniales está obligado por su cometido de fedatario público a realizar un examen previo sobre la capacidad de los otorgantes, y cuando conste que se trata de incapaces manifiestos, aunque no declarados, su obligación estriba en oponerse al otorgamiento.

Ello aparte, “la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá, por las reglas generales de los contratos” (art. 1.335 *in initio* C.c.), y, por consiguiente, como sostiene la Sentencia de 14 de febrero de 1986, debe “tenerse en cuenta que el supuesto aquí contemplado no es el de la declaración de incapacidad del demandado, sino el de si el mismo con antelación a ser declarado incapaz se encontraba o no en posesión de las facultades mentales e intelectivas necesarias para emitir un consentimiento válido”, “sin olvidar que el estado mental originador de una disminución de la aptitud volitiva e intelectual para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz, puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1.263 C.c. número 2.º del Código civil”.

(186) Obsérvese además que lo contrario supondría introducir un elemento de inseguridad en el tráfico, máxime cuando no resulta extraño que tales procedimientos se alarguen inconvenientemente.

(187) Así lo estima LETE para cuando al ya incapacitado no se le haya instituido todavía tutor (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 412).

(188) Véase *a fortiori* la Resolución de 1 de diciembre de 1987.

En síntesis, pues, que sólo los incapacitados judicialmente deban someterse al auxilio de sus representantes legales para otorgar capitulaciones matrimoniales constituye una prevención que obra con salvedades en uno y otro sentido — existen en la práctica incapacitados que pueden hacerlo por sí solos (189), y no incapacitados sometidos a los límites del artículo 1.330 C.c.— y, a mi juicio, sería más afortunado referirse a los incapaces sin más. Ahora bien, sucede que una persona no cuenta con organismos tutelares antes de su declaración de incapacidad, y, por eso, cuando se presente un caso de limitación cognoscitiva o de voluntad debe permanecer a las resultas del procedimiento que han de instar los individuos obligados a ello (cfr. arts. 202, 203, 228 y 229 C.c.), sin perjuicio de posible intervención de “cualquier persona” (art. 204 y 230 C.c.), o las limitaciones previstas en el artículo 205 C.c. (190).

En suma, sin confundir los aspectos preventivos del artículo 1.330 C.c. para las capitulaciones de los incapacitados judicialmente, con el sustantivo de la validez de dichos pactos cuando se otorguen por un auténtico incapaz sin declaración expresa, el trámite de forma impuesto a los capítulos matrimoniales, y la previa calificación especialmente autorizada de aptitud a cargo del fedatario público aproximan enormemente ambas realidades en la práctica.

II. EL AUXILIO DE LOS INCAPACES

A diferencia de cuanto establece al respecto el artículo 1.329 C.c., la norma que ahora se comenta resulta imprecisa y ambigua en orden al complemento de capacidad requerido a los incapaces para poder suscribir capitulaciones matrimoniales; se hace, por tanto, menester una interpretación integradora del precepto en dicho punto, conforme a los epígrafes siguientes.

a) Ejercicio

En lo relativo a las personas llamadas a prestar asistencia en el acto de otorgamiento de las capitulaciones a los incapacitados, la previsión del Código resulta inexacta con las últimas reformas legislativas al respecto, pero incluso es dudoso si tal error no se cometió *ab initio*, pues el tema está relacionado con el título de la intervención de los representantes legales y la naturaleza personalísima del acto que se pretende.

En efecto, según en su lugar se sostuvo (191), los padres o tutores no actúan en representación de los hijos o pupilos en el marco del ar-

(189) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 698.

(190) Cfr. *infra*, nt. 195.

(191) Cfr. *supra*, B. II. c. 2.

título 1.329 C.c., y cosa igual sucede con la presente hipótesis, por cuanto las capitulaciones son un acto personalísimo en estrecha relación con el matrimonio (192). Es decir, aunque puedan ser representantes legales los llamados a prestar el consentimiento complementario, no lo hacen en el estricto ejercicio de sus funciones, por el carácter del negocio que complementan, cuya índole impide otorgarse por nombre y a cuenta del representado, sino por éste mismo previa garantía de la conveniencia de lo pactado a juicio del representante legal, que, sin sustituir la voluntad del cónyuge o prometido, a causa de las limitaciones que presenta, debe integrarla (193).

1. *Discusión de las distintas hipótesis*

En este sentido, conviene definir el cargo de “representante legal” a que se alude por el artículo 1.330 C.c. en determinadas personas, según las circunstancias obrantes en cada caso. Ahora bien, para un estudio más completo de la cuestión deben distinguirse los supuestos fundamentales que pueden presentarse, con arreglo al esquema siguiente:

1') Capitulaciones otorgadas antes del matrimonio: como es lógico el incapaz debe ser apto para contraer (194), y de ordinario eso significa la vigencia de la curatela, como de seguido se analiza, por las condiciones de autodomínio comprobadas en el sujeto para permitirle casarse. Con tales premisas, estrictamente no existe aquel “representante legal” previsto en la letra del artículo 1.330 C.c., aunque se aplica su contenido por analogía.

En efecto, cuando el artículo 1.330 C.c. se refiere a los representantes legales, ello se hace con poca fortuna tras las últimas modificaciones en este punto, porque, a diferencia de lo que antes ocurría, los incapaces ahora se ven sometidos a la tuición jurídica en cada supuesto requerida (cfr. art. 210 C.c.), lo que oscila entre la tutela, la curatela y el defensor judicial, en un orden jerárquico del ámbito de autogobierno reconocido y sometimiento de sus actuaciones al criterio del guardador (en el sentido dado a dicho término en el artículo 215 C.c.) (195).

Ahora bien, considerado las características de cada institución tutelar, parece lo más acorde con la ordinaria hipótesis de trabajo —incapaz, pero hábil para contraer matrimonio— establecer el análisis sobre

(192) Cfr. AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.553; y, en contra, CASTÁN, *op. cit.*, p. 320.

(193) Cfr. PEÑA, *op. cit.*, p. 193, nt. 3.

(194) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412.

(195) PEÑA y Díez PICAZO-GULLÓN, advierten que si se trata de curador no hay representación legal estricta y debe pasarse por lo indicado en la sentencia (cfr. *op. cit.*, p. 194, y *op. cit.*, p. 164, respectivamente, y véase también MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 698). Sin embargo, GARCÍA CANTERO, estima en este caso —para él típico— asimismo la existencia de representante legal (cfr., en CASTÁN, *op. cit.*, p. 320).

las bases generales de la curatela (196). En síntesis, la tutela parte del presupuesto de rigurosa incapacidad del sometido a sus destinos (197), pues por lo común “el tutor es el representante del menor o incapacitado”, aunque también exceptúe la misma norma del artículo 267 C.c. “aquellos actos que pueda realizar por sí solo (el menor o incapaz), ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”. Así pues, mientras al tutelado no se le impida en la sentencia de incapacitación contraer matrimonio, y demuestre su aptitud para ello en el expediente previo a la celebración, también podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, con las asistencias establecidas al respecto por el artículo 1.330 C.c.

(196) Cfr. BERCOVITZ, *op. y loc. cit.*, y GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*

(197) Luego no se comprende bien por qué se manda en el artículo 231 *in fine* C.c. audiencia por el juez antes de constituir la tutela “del tutelado (*sic*: candidato a ello) si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años”, salvo a los meros fines de su reconocimiento personal (como establece ya el artículo 208 C.c. para la incapacitación y se hace reiterativo ahora), o de que se trate de un precepto aplicable a todas las instituciones tutelares, lo cual juzgo más probable. Desde otro punto de vista, el artículo 237. 2 C.c. prevé oírse al pupilo en caso de discrepancia de los tutores sólo “si tuviere suficiente juicio”, lo que parece más acorde con la realidad de tales supuestos.

En este aspecto, la Sentencia de 11 de febrero de 1988 considera que “conforme al artículo doscientos ocho del Código civil, redactado según la ley de veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y tres, en este tipo de procesos (de incapacitación) se ha introducido un cierto principio inquisitivo, pues los Jueces, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrán decretar de oficio las que estimen pertinentes”. Además, el examen prevenido en el citado precepto se interpreta en la Sentencia de 20 de febrero de 1989, dotándole de una gran transcendencia: “no puede catalogarse como trámite procesal, ni como prueba y que tiene el alcance de un requisito de fondo previo a determinada decisión, como también ocurre con el artículo 211 del mismo texto legal —examen por el Juez previo al internamiento del presunto incapaz, cuyo valor esencial se recoge en la Sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 1986—. En este caso, el antecedente histórico del actual artículo 208 citado, era el 216 cuyo texto decía <<Antes de declarar la incapacidad los Tribunales oirán al Consejo de Familia y examinarán, por sí mismos, al denunciado como incapaz>> hasta el punto que la Sentencia de 6 de abril de 1892, impide declarar la incapacidad del fallecido o ausente. Parece, en concordancia lógica e histórica que, quien declara la incapacidad y precisamente quien la declare, ha de haber examinado, por sí mismo (sea Juez o Tribunal), al presunto incapaz”. Así pues, “el valor sustantivo de la norma contenida en el artículo 208 del Código civil, no ofrece la menor duda, como tampoco su alcance constitucional, en cuanto, sobre la base doctrinal y jurisprudencial de presunción de capacidad, afecta al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución Española) y en cuanto la presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o a la Psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan los hechos, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, sino que emitan una opinión, con el valor que la opinión del juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir”.

Sin embargo, no es menos cierto lo remoto de dicha posibilidad, por el grado de limitación que de ordinario comporta la tutela, y el carácter excepcional atribuido en el artículo 267 *in fine* C.c. a los actos de tales incapaces realizados *nomine proprio*. Por el contrario, la curatela parte precisamente de la capacidad limitada, pero complementable, de que gozan “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento” (art. 287 C.c.); en estos casos, “la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador en aquellos actos que imponga la sentencia que la haya establecido” (art. 289 C.c.), como aquí acontece por expreso mandato legal, con independencia de lo dispuesto en el artículo 290 C.c. (198).

En suma, si pueden contraer matrimonio los incapacitados, es gracias a su grado bastante de discernimiento, y, por consiguiente, cuando ello se advierta en la sentencia de incapacitación, regirá por lo común la curatela (cfr. el juego combinado de los artículos 199, 200, 210, y 287 todos ellos del Código civil). Mas si tal cosa se induce del “dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento” (art. 56. 2 C.c., y cfr. art. 245 R.R.C.) requerido en el expediente civil previo a la celebración (199), una vez autorizado el matrimonio, y aun antes de celebrarse, a mi juicio debe modificarse por la resolución judicial oportuna (cfr. arts. 287 y 277. 2.º C.c.) — a instancia de parte (cfr. art. 202), o del Ministerio Fiscal (cfr. art. 203 C.c.), que también interviene para el expediente civil previo— un posible régimen de tutela establecido en la sentencia de incapacitación, adecuándolo a las nuevas circunstancias que reclaman curatela (200), y además a ejercerse para el futuro por el cón-

(198) A cuyo tenor “si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”.

No obstante, hay que completar el contenido de la norma en otros puntos exigidos por el Código civil con carácter especial; por cuanto, siendo incapaces, y mientras nada diga la sentencia respecto a la cuestión, si también pueden contraer matrimonio, sin duda precisarán del consentimiento del representante legal previsto en el artículo 1.330 C.c., aunque no conste dentro del ámbito de actuación del tutor sometido a la licencia del juez (cfr. arts. 271 y 272 C.c.), de la que luego se habla más detenidamente.

(199) Hasta el momento no se ha planteado el posible supuesto de matrimonio contraído conforme a las normas de Derecho canónico por presunto incapaz. El problema estriba en la no vigencia para este caso del expediente civil previo a la celebración, o, mejor dicho, su carácter eclesiástico, que impide aplicar lo establecido en el artículo 56. 2 C.c. acerca del dictamen médico solicitado antes de la celebración. Sin perjuicio de lo escasamente conflictivo de la hipótesis, por el rigor de las normas de la Iglesia en la materia, el control del Estado se traslada entonces al instante de la inscripción de dicho matrimonio en el Registro civil, donde rige, con arreglo a los artículos 63, pfo. 2 y 65 C.c., cuanto se prevé respecto a la capacidad de los contrayentes para el expediente civil previo (cfr. DURÁN RIVACOBA, *El expediente civil previo a la celebración del matrimonio en la reforma del Reglamento del Registro Civil*, en “Actualidad Civil”, 1989, p. 3.143).

(200) El Código civil describe los siguientes cauces de acceso a la curatela por el in-

yuge de ordinario (cfr. arts. 291, en relación con el 234. 1.º, ambos del Código civil).

2') Capitulaciones otorgadas después del matrimonio: este supuesto requiere a su vez distinguir según la sentencia de incapacitación hubiera sido dictada con anterioridad a la boda o traiga causa de una circunstancia sobrevenida. En este último caso, sí cabe plantearse una posible tutela, y verdadera "representación legal", mientras el sujeto se halle rigurosamente limitado en sus facultades psíquicas, mas parece clara su excepcionalidad.

En estas condiciones extraordinarias, tampoco existe obstáculo para el otorgamiento de las capitulaciones por el incapaz sometido a tutela con las asistencias marcadas en el artículo 1.330 C.c., aunque fuera del estricto ámbito de la representación legal merced al carácter personalísimo del acto, por cuanto el artículo 267 C.c. excluye de aquélla los "actos que pueda realizar por sí solo" el incapaz, lo que no empece un posible complemento de capacidad, como la establecida en el precepto comentado.

Así pues, se procede de inmediato al examen de las distintas posibilidades descritas, a tenor del órgano en cada situación competente para llevar a cabo las asistencias previstas en lo relativo al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por los incapaces.

2. *El ordinario supuesto del curador*

Conforme al artículo 291, pfo. 1 C.c., "son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores". Por ser, sin embargo, prioritaria su intervención a los efectos prevenidos en el artículo 1.330 C.c., según acabo de aducir, realizaré ahora las oportunas menciones de algunos aspectos que, a mi juicio, destacan en este orden de cosas.

En el estado vigente de las normas que regulan esta materia, corresponde al juez la delación de la tutela en todo caso (cfr. art. 234 *in initio* C.c.), pero con arreglo a distintas fuentes de vocaciones. En primer término se halla la vocación legal, a cuyo tenor "se preferirá" para el cargo:

1') Al cónyuge del incapacitado (cfr. art. 234. 1.º C.c.).

En este supuesto se trataría de capitulaciones suscritas después de la boda. El cargo podrá ejercerse —sin perjuicio de las causas de inhabilidad (cfr. arts. 243 y 244 C.c.), excusa (cfr. art. 251 C.c.) y remoción

capaz: desde un principio, cuando así lo establezca la sentencia (cfr. arts. 210 y 287 C.c.); a través de la resolución judicial modificativa de otro sistema de guarda inicialmente previsto (cfr. arts. 277. 2.º y 292 C.c.); y, por último, si procede como sustitución de la patria potestad prorrogada y extinguida (cfr. art. 222. 3.º C.c.).

(cfr. art. 247 C.c.), establecidas con carácter general— mientras no concurra separación, a lo que alude con manifiesta impropiedad el Código con la exigencia de “que conviva” (201).

2') A los padres (cfr. art. 234. 2.º C.c.).

En el plano teórico, el auxilio de los padres se realiza de ordinario en virtud de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, mas ocurre que tal cosa parte de condiciones hasta cierto punto excepcionales (202), y por ello emprendo su estudio a continuación de lo presente. Resulta, de otra parte, notorio que la rehabilitación de la patria potestad no comparte las señaladas características peculiares, pero estimo muy oportuno su tratamiento conjunto en adelante, por la estrecha unión deseada en el artículo 171 C.c. para los dos casos.

El auxilio de los padres en el ejercicio de su cargo tutelar, aunque posible, goza de muy exiguo campo de aplicación, pues sólo escapa de la patria potestad prorrogada (en cualquiera de sus dos fórmulas) si el hijo incapacitado permanece soltero (por lo común cuando la declaración se produzca durante su minoridad y afecte a sus expectativas matrimoniales) y vive con sus padres (203). Ahora bien, una vez casado, entra en el cargo su cónyuge, y sólo queda la tutela de los progenitores para los supuestos residuales en que tal estado de cosas decaiga por la separación de hecho u otra causa que afecte al matrimonio (cfr. art. 234. 1.º C.c.), o si el hijo no convive con ellos pero tampoco está sometido a la tutela de otras personas o instituciones.

En tales hipótesis, el ejercicio de la tutela sigue las pautas señaladas en la sentencia y subsidiariamente lo previsto en las normas ordinarias de la patria potestad (cfr. arts. 171 *in fine*, y 210 y 236. 2.º C.c.) (204), a

(201) Cabe una mera convivencia —e incluso se presume (cfr. art. 69 C.c.)— en una coyuntura real de separación de hecho, pues, aunque parezca poco menos que absurdo, “el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos” (art. 87, pfo. 1 C.c.).

(202) En efecto, la prórroga estricta de la patria potestad requiere la incapacitación del hijo “cuando concurra en ellos causa (...) y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad” (art. 201 C.c.), y además en nuestro caso “sólo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad” (art. 205 C.c.), contra lo previsto al efecto con carácter general en los artículos 202, 203, 204, 228, 229 y 230 del Código.

(203) El requisito de la convivencia resulta un tanto extraño, pues, ¿qué sucede si se halla internado en un establecimiento de salud o educación especial (cfr. art. 211 C.c.)? Acaso con mejor criterio la ley 69 *in fine* de la Compilación Navarra ignora tal circunstancia, pues no tiene mucho sentido establecer por esta simple causa una tutela en vez de la prórroga de la patria potestad, si ambas concurren en los progenitores.

(204) La identidad de contenido entre lo previsto en los artículos 171 *in fine* C.c. —“la patria potestad prorrogada (...) se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título” (de las relaciones paterno-filiales)—, y 236. 2.º C.c. —“cuando la tutela corresponda al padre

cuyo estudio, ya realizado en orden a las capitulaciones otorgadas por el menor, me remito (205).

3') A las personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad (cfr. art. 234. 3.º C.c.).

En este punto existen varios problemas a resolver, que tocan el fondo de la naturaleza de la institución tutelar después de su reforma última. En efecto, se observa una completa dicotomía entre lo establecido en los artículos 223 y ss., y 234 y ss. del Código civil. Con arreglo a los primeros, y según el sistema tradicional en nuestro Derecho, el llamamiento testamentario de la tutela se antepone a cualquier otra fuente de delación, por cuanto “los padres podrán en testamento o en otro documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados” (art. 223 C.c.) (206), y éstas “vincularán al juez, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada” (art. 224 C.c.). Sin embargo, el artículo 234 C.c. relativiza las conclusiones que *prima facie* pudieran obtenerse de los anteriores preceptos, porque antepone la vocación legítima de la tutela y asigna el tercer lugar al llamamiento testamentario, ignorando al parecer que ahora también puede realizarse mediante documento público (cfr. art. 223 *in initio* C.c.).

No obstante, tal hecho tiene una trascendencia limitada en la práctica —sin perjuicio de que su alcance jurídico trastoque las prioridades en la vocación de la tutela (207)—, pues en los actuales momentos sólo están por encima, como es lógico, el cónyuge y los mismos padres. En defecto de ambos, o si concurren causas que impidan su ejercicio, entra en vigor la tutela designada por los progenitores a través del cauce notarial o testamentario, siempre y cuando no suceda que “en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad” (art. 226 *in fine* C.c.) (208).

y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad”— reducen al absurdo la distinción de la patria potestad prorrogada y de la tutela (o curatela) ejercida por los padres, pues respecto a sus atribuciones las diferencias constituyen un auténtico *flatus vocis*, y cuanto se diga de la primera más tarde (cfr. *infra*, C. II. a 3. a'), resulta de aplicación también a la segunda.

(205) Cfr. *supra*, B. II. C. 1. a'.

(206) El artículo 225 C.c. plantea con acierto las posibles dificultades que puede ofrecer en la práctica este asunto, pues “cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado”.

(207) Cfr. CANO TELLO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, pp. 40 y ss., y SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, en “El nuevo régimen de la familia”, III, Madrid, 1984, p. 88.

(208) La privación de la patria potestad aquí se utiliza en un sentido técnico y res-

En estos casos, asimismo cabe un nombramiento plural (cfr. art. 236. 4.º C.c.), y a favor de “personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados” (art. 242 C.c.) (209).

4’) Al descendiente, ascendiente o hermano designado por el Juez (cfr. art. 234. 4.º C.c.).

Este llamamiento de tutela se realiza en último lugar —excepción hecha de lo concerniente a los padres—, y de ordinario por ausencia o incapacidad para el ejercicio del cargo de los anteriores. La doctrina le asigna un carácter mixto entre legítimo y dativo a causa de su amplitud relativa, que deja una cierta libertad de opción al juez. En consecuencia, resultarán aplicables las reglas establecidas en el epígrafe siguiente para la tutela dativa.

5’) Otras posibilidades (cfr. arts. 234 *in fine*, y 235 C.c.) (210).

Con independencia de los distintos llamamientos legítimos y testamentarios (o que consten en un documento público), el juez puede realizar la delación con arreglo a su personal criterio, atendidas las circunstancias del caso: es la llamada tutela dativa.

En las actuales circunstancias las facultades del juez se han visto notoriamente incrementadas (211); porque, aparte de corresponderle

trictivo, dada la limitación que implica el precepto, y la explícita referencia sobre la suspensión que contienen otras normas (*v. gr.*, art. 277. 1.º C.c.). Esta circunstancia se presentará más comúnmente para el documento notarial.

(209) Sin embargo, resultaría desmedido hacer una simple aplicación del supuesto a la curatela, porque la hipótesis de la persona jurídica parece más bien pensada para el cuidado de la persona de los menores o incapaces y no tanto de su patrimonio, lo cual, tratándose de curador, hace impropia la extensión analógica por mucho que lo permita el artículo 291 C.c.

(210) No me planteo aquí situaciones tan inauditas, aunque posibles en teoría, como la del menor incapacitado y en circunstancias de desamparo, que, por excepción difícil de representarse, fuese hábil para el matrimonio. En cualquier caso, puede tener algún interés como supuesto que hace intervenir un nuevo tipo de tutela prevista en la ley de 11 de noviembre de 1987, la de carácter administrativo. En este rebuscado ejemplo, concurren las dos normas relativas a la capacidad en las capitulaciones matrimoniales, en tanto menor (art. 1.329 C.c.), y como incapaz (art. 1.330 C.c.). A mi juicio, debe aplicarse lo previsto en esta última porque sus garantías engloban y hasta superan cuanto establece la primera.

En principio, para esta coyuntura, “la tutela (...) corresponde por Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172” (art. 239, pfo. 1 C.c.), es decir “la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores” (art. 172. 1 C.c.). Analicé ya en su lugar las implicaciones y dificultades del hecho (cfr. *supra*, nt. 24), que no voy a repetir ahora. Sin embargo, ello no impide distinto “nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas, que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste” (art. 239, pfo. 2 C.c., y cfr. art. 235 C.c.).

(211) Téngase presente que dicho fenómeno también se producía en el anterior es-

siempre desde un punto de vista formal los nombramientos, puede intervenir en el ámbito de las distintas vocaciones, ya sea integrando el contenido de las disposiciones (cfr. art. 225 C.c.), estableciendo un orden distinto al que correspondería en principio (cfr. art. 234 *in fine* C.c.), u optando incluso a favor de persona distinta, bien por defecto de los llamados en la ley (cfr. art. 235 C.c.), o mediante decisión motivada en el beneficio del menor (cfr. arts. 224 y 234 C.c., ambos *in fine*).

Esta tutela también puede conferirse a una o varias personas (cfr. art. 236. 1.º y 2.º C.c.), sin excluir las jurídicas, incluidas en el ámbito del artículo 242 C.c.

2. Casos excepcionales

a) Los padres (La patria potestad prorrogada o rehabilitada)

La posible intervención de los progenitores a los efectos de asistir a sus hijos incapacitados en orden al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales se ha visto incrementada con la reforma de la tutela, e incluso puede hablarse de varios motivos que determinan su auxilio.

Sin embargo, para el presente análisis se contempla este cometido de los padres sólo en cuanto tales, es decir como consecuencia del ejercicio y atribución de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, con independencia de otros supuestos de intervención a causa de un cargo tutelar que ostenten, cuyo estudio emprendí por razones sistemáticas en su lugar respectivo.

La hipótesis, planteada de dicha manera, con arreglo al artículo 171 C.c. admite dos fórmulas diversas aquí aplicables. Mas con un presupuesto esencial, a saber: que sea el hijo incapacitado hábil para el matrimonio —ya sea por autorizárselo la sentencia de incapacitación, o, al menos, no prohibirle contraer, mientras el dictamen médico recabado por el juez en el expediente civil previo al matrimonio resulte positivo “sobre su aptitud para prestar el consentimiento” (art. 56, pfo. 2 C.c.) (212)—, pues, en caso contrario, se hacen del todo inútiles las capitulaciones (cfr. art. 1.334 C.c.).

tado de cosas, en cuanto exigido por la naturaleza de los supuestos, pues como expresaba la Sentencia de 6 de febrero de 1968, en estos casos “la actuación del juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material como para acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades de los incapacitados”.

(212) Los ejemplos propuestos para la discusión no resultan pura entelequia, piénsese que la Resolución de 1 de diciembre de 1987 autoriza el matrimonio de dos oligofrénicos leves. En este supuesto, como es evidente, la curatela —que, a mi juicio, rige conforme al artículo 287 C.c.— impuesta sobre ambos complementa su capacidad para suscribir posibles capitulaciones; se duda, sin embargo, si no sería lo más adecuado su ejer-

Aun así, existe otra pauta básica en cuanto a la materia: la patria potestad se prorroga sólo mientras el hijo permanezca soltero, y, en consecuencia, las capitulaciones de que trato han de ser otorgadas siempre antes del matrimonio.

Ahora bien, la tesis mantenida ofrece ciertos puntos de duda, pues en rigor técnico, el Código exclusivamente requiere su estado de soltería para el segundo tipo de prórroga (rehabilitación) de la patria potestad, que —al contrario, y en interpretación literal estricta— se produce por ministerio de la ley sólo en el primero (213). Con todo, hay que corregir las expresiones del precepto, y entender constituida por lo común la tutela (o mejor curatela, en su caso: cfr. arts. 210 y 287 C.c.) en favor del cónyuge (cfr. art. 234. 1.º C.c.), si existe y mientras la convivencia perdure.

Respecto a los caracteres más señalados de las figuras descritas en el artículo 171 C.c., cabe proponer:

— Patria potestad prorrogada de modo automático.

Rige para los hijos incapacitados durante su menor edad cuando llegan a la mayoría, pues entonces, por ministerio de la ley, se prorroga directa y automáticamente, pese a los términos generales del excepcionado artículo 154 C.c. (214), la patria potestad de los padres.

Así pues, los hijos incapacitados constante su minoría en edad (215), si se consideran jurídicamente aptos para el matrimonio al conseguir la mayoría y desean otorgar capitulaciones —siempre antes de la boda— requieren asistencia de sus padres en el ejercicio de la patria potestad prorrogada *ex ministerio legis*.

— Patria potestad rehabilitada.

La segunda de las modalidades de la patria potestad prorrogada constituye su rehabilitación, conforme a la cual rige asistencia por los

cicio por una sola persona para los dos una vez casados —como aconseja el artículo 240 C.c. tratándose de varios hermanos— en previsión de inútiles y perjudiciales conflictos de opiniones si fueran distintos, lo que puede resultar inevitable cuando se pacte antes del matrimonio.

(213) “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad” (art. 171 *in initio* C.c.).

(214) “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre”. Por consiguiente, si los emancipados salen de la patria potestad (cfr. también el art. 169. 2.º C.c.), *a fortiori* ocurre con los mayores.

(215) Conforme al artículo 205 C.c., al instarse la incapacitación en la menor edad de los hijos, el procedimiento ha de iniciarse únicamente por quienes ejerzan la patria potestad (o, en su caso, tutela del menor).

padres a los hijos incapacitados en su mayor edad, si se consideran aptos para el matrimonio y se otorgan previamente a su celebración.

Esta circunstancia excluye prácticamente un posible cargo tutelar a ejercer los padres, según en su momento propuse, tanto por la identidad de contenido entre ambos institutos, como por lo limitado de las excepciones con que cuenta la patria potestad rehabilitada.

b') El tutor o los tutores

La posible asistencia del tutor a los efectos previstos en el artículo 1.330 C.c. resulta extraordinaria, y ello a causa de la imprescindible facultad del incapacitado para contraer matrimonio, porque de lo contrario huelga cualquier debate sobre unas capitulaciones en directa referencia con aquél, y por ser relativamente difícil el supuesto de un incapacitado tras la celebración que desee un cambio en las originales capitulaciones, o su otorgamiento a falta de otras anteriores, pues en el régimen económico-matrimonial ordinario la disciplina de “administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte” (art. 1.387 C.c.) (216), y además con “plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones” (art. 1.398, pfo. *in fine*, C.c.) (217).

Es decir, con arreglo a las normas previsoras en este punto, la incapacitación sobrevinida de uno de los cónyuges no supone un obstáculo insalvable respecto a la posible continuidad de los gananciales y, en realidad, cualquier posible cambio de régimen económico en capitulaciones por el hecho apuntado conduce a una situación del todo semejante,

(216) El precepto incurre a mi juicio en una reduplicación inoportuna, pues la tutela y la representación legal se corresponden biunívocamente.

(217) Ahora bien, “en todo caso para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos, o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial” (art. 1.389, pfo. 2 C.c.).

Es de señalar que, sin embargo, teniendo en cuenta la normal vigencia de la curatela, esto se hace discutible, al menos en orden a la imprescindible autorización judicial, porque con arreglo al artículo 290 C.c. dicha institución de guarda, en defecto de posibles especificaciones judiciales, extiende su ámbito “a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”, uno de cuyos supuestos resulta el descrito precisamente por el artículo 1.389, pfo. 2 C.c. (cfr. art. 271. 2.º C.c.). En suma, cabe concluir que cuanto establece la segunda parte del artículo 1.389 C.c. tiene aplicación estricta si se trata de uno de los supuestos previstos en el artículo 1.387 C.c., máxime por la reiteración en que incurre con el artículo 271. 2.º C.c., mientras los casos de curatela (implícitos en el artículo 1.388 C.c.) se resuelven de distinta manera merced al juego combinado de los artículos 290 y 271. 2.º del Código, pues resulta sin sentido establecer las facultades del curador de los incapaces como sustitución de las autorizaciones judiciales de los tutores, y exigir reiterativamente intervención judicial en estas hipótesis.

pues si a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.393. 1.º *in initio* del Código civil se solicita la conclusión de los gananciales, optando por el sistema de separación o de participación, no por eso decae, mientras la convivencia matrimonial persista, la tutela por el otro cónyuge (cfr. art. 234. 1.º C.c.), y entonces también corresponderá *ministerio legis* al esposo representante la gestión y administración del patrimonio de su consorte incapacitado (cfr. art. 270 C.c., frente a la regla ordinaria de los arts. 1.412 y 1.437 C.c.).

Sin embargo, no debe desecharse de antemano la posibilidad práctica de que la tutela exista, si bien acaso con un alcance limitado, al menos en el tiempo (hasta la posible resolución judicial modificadora de una primitiva sentencia de rigurosa incapacitación). En tales supuestos tampoco existe dificultad apreciable, porque, aun cuando “el tutor es el representante legal del menor o incapacitado” (art. 267 C.c.), la misma norma exceptúa los “actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”, lo que a los presentes efectos trae consigo el posible otorgamiento de capitulaciones por el incapaz apto para el matrimonio con el auxilio previsto en el artículo 1.330 C.c., ostentado por el tutor si fuera el caso.

Cuando tal cosa suceda, deben aplicarse las pautas anteriormente previstas en cuanto al ejercicio del cargo, si éste fuera de composición uni o pluripersonal (218).

c') Otros

Junto a las hipótesis descritas acerca de las personas llamadas a prestar su asistencia en orden a las capitulaciones matrimoniales del incapacitado, existen otras circunstancias residuales, pero que también deben tenerse presentes.

El primer término, y como asimismo sucedía en cuanto al artículo 1.329 C.c. (219), el juez puede asistir directamente al incapacitado en distintos casos. El más notorio supone la discrepancia insalvable de los tutores, si son varios, para conceder su aquiescencia respecto de las pretendidas capitulaciones, porque “a falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente” (art. 237 C.c., norma según creo de igual modo aplicable a los curadores por analogía).

Desde otro punto de vista, también podría pensarse que cuenta con atribuciones directas el juez si se hace menester el auxilio a los efectos de suscribir capitulaciones matrimoniales por un sujeto incurso en un procedimiento de incapacitación, pues a él compete “a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la ade-

(218) Cfr. *supra*, B. II. c. 1. b'.

(219) Cfr. *supra*, B. II. c. 1. c'.

cuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio” (art. 209 C.c.). Sin embargo, este indicio no es definitivo y debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 299 bis C.c., por cuanto esta norma establece para idéntico supuesto fáctico que “asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal”, e incluso, “cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien debe rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”. En suma, no se hace del todo fácil integrar ambas disposiciones, aunque la flexibilidad —y en ocasiones confusiónismo— con que se trata la materia permitiría la intervención directa del Juez, del Ministerio Fiscal en cuanto defensor judicial —cfr. capítulo IV, título X, del libro I del Código civil— o del representante, pero haciendo más arriesgada la simple asistencia del administrador de los bienes designado por el Juez, por las implicaciones que puede tener un hecho de la relevancia del presente, sin perjuicio de su carácter económico.

En cuanto a otros cargos que pueden asistir a los incapacitados en la esfera del artículo 1.330 C.c., tiene un relativo interés la figura del defensor judicial. Este recibe por cometido fundamental la representación y el amparo de los incapaces si existe conflicto de intereses para cierto asunto con su representante legal o curador, o bien si “por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo” (art. 299 C.c.). A los efectos de las capitulaciones matrimoniales parece difícil que concurra un auténtico conflicto de intereses entre incapaz y asistente (220), aunque tal cosa es posible si aquél desea incluir alguna cláusula en beneficio de su cónyuge o prometido que no agrade a éstos, fundando su negativa respecto del mismo acto (221); con todo, la circunstancia de interinidad en el cargo tal vez entre más en juego, y permita una solución eficaz, que incluso adelante los acontecimientos hasta el definitivo reemplazo del tutor o curador no ejerciente.

Por último, tampoco cabe olvidar ciertos supuestos donde se impone la intervención de otras personas ajenas a las funciones tutelares, pero impuestas por quien disponga de bienes a título gratuito en favor de un incapacitado, pues aquél “podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar a la persona o personas que hayan de ejercerla” (art. 227 C.c.). Evidentemente, si el incapaz pretende disponer de tales bienes en las capitulaciones matrimoniales mediante donación antenupcial, aunque se refiera el precepto al control de la simple

(220) Obsérvese que con arreglo al artículo 244. 4.º C.c. es causa de inhabilidad para ser de tutor, y también de curador (cfr. art. 291 C.c.), “los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el (...) incapacitado”, pese a la importante salvedad del artículo 246 C.c.

(221) Así, por ejemplo, una donación de bienes futuros para el caso de muerte, prevista en el artículo 1.341, pfo. 2 C.c.

administración, las personas designadas deben intervenir a estos exclusivos fines (222).

3. Alcance y sentido de la referencia sobre las autorizaciones del consejo de familia

El artículo 1.330 C.c. que vengo analizando, manifiesta en el tenor literal su origen previo a la modificación de la tutela, refiriéndose al consejo de familia hoy extinguido. En concreto, exige además de las asistencias previstas, autorización “en su caso” del consejo de familia. No es sencillo conocer el real alcance de dichos términos en el estado presente de cosas, y creo que debe desentrañarse a partir de las atribuciones conferidas por entonces a tal órgano.

La doctrina entiende que las expresiones han de interpretarse de la siguiente manera: “en su caso” alude implícitamente a lo decidido en la sentencia de incapacitación (223), o si las capitulaciones hacían la intervención del consejo de familia preceptiva (224); y el beneplácito del consejo de familia se sustituye ahora por la licencia judicial para dicho acto, al sustituirse con carácter general las anteriores facultades del órgano por la intervención del juez (225).

Respecto a lo segundo, la conclusión se obtiene de un simple cotejo del primitivo artículo 269 C.c. —donde se recogían los actos para los cuales “el tutor necesita autorización del consejo de familia”— y los actuales artículos 271 y 272 C.c., tras su reforma (226). Sin embargo, aparte de modificaciones justificadas por las nuevas circunstancias socia-

(222) Baste recordar que si el régimen legal concurre por cualquier causa, “la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte” (art. 1.387 C.c.). Es decir, las donaciones por razón de matrimonio, acompañadas de un determinado sistema económico-conyugal, incluso impuesto por el ordenamiento, también afectan a la disciplina futura de la gestión de los bienes por aquél título transmitidos, lo que puede crear un conflicto con las cautelas establecidas en un principio por quien los entregó lucrativamente para el incapaz.

(223) AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.553 (cita como ejemplos los artículos 218 y 221 de la versión originaria del Código civil, para las sentencias de sordomudez y prodigalidad); DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220; y CASTÁN, *op. cit.*, p. 320.

(224) Es decir, en los supuestos de tutela, no en los de patria potestad prorrogada: cfr. PEÑA *op. cit.*, pp. 194 y 195; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412; DíEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164; LACRUZ-SANCHO, *o. cit.*, p. 334; MOREU *op. y loc. cit.*, p. 699; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554.

(225) Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; PEÑA, *op. cit.*, p. 195; DíEZ PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 138; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 116; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 345; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554; y DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 220.

(226) En cuanto al artículo 272, 6.º y 7.º C.c. se hace absurda repetición sobre las autorizaciones judiciales.

les (227), las cosas no se han alterado en el fondo, y, según creo, persiste la duda en cuanto a “celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción” (art. 271. 2.º *in fine*, y cfr. art. 269. 5.º *in fine*, de las respectivas versiones del Código civil) (228), que requieren, además de las actividades representativas propias del tutor —o, si procede, asistencia del curador—, autorización judicial.

En efecto, conforme al artículo 1.333 C.c., “en toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellas afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la ley Hipotecaria”; es decir, las capitulaciones son un contrato sujeto a inscripción (229), e incluso puede contener otros actos que también lo sean (230), luego siempre se haría precisa la venia de juez.

Con todo, no creo que fuera ésta la voluntad del legislador, por cuanto la expresión “en su caso” reduce de algún modo las intervenciones del juez (en sustitución del consejo de familia), y de lo contrario se hubiera dicho *expressis verbis* en el mismo precepto. En este sentido, tampoco me seduce la idea de que sea sólo aplicable a los cargos tutelares

(227) Así, por ejemplo, la supresión de los números 1.º 2.º 4.º 6.º y 8.º del antiguo artículo 269 C.c., y la novedad del número 4.º del vigente artículo 272 C.c.

(228) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.* p. 699; y LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412.

(229) El régimen de la publicidad jurídica de las capitulaciones matrimoniales es realmente compleja, y puede sintetizarse a grandes rasgos de la siguiente manera:

— Registro Civil: pese a los dictados del artículo 1.333 C.c. (ley de 13 de mayo de 1981), las menciones sobre régimen económico producto de aquéllas resultan por lo común voluntarias y a instancia de parte, como establecen los artículos 77 L.R.C. (“podrá hacerse indicación”), y 266 R.R.C. (con arreglo a su reforma por Real Decreto de 29 de agosto de 1986, “sólo se extenderán a petición del interesado”). Asimismo, el carácter del asiento de mención o indicación queda todavía sin definir claramente.

— Registro Hipotecario: conforme al artículo 75 R.H. (proviene del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982), “serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento”. En suma, mientras “se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales... y cualquier otro acto o contrato de trascendencia real” (art. 7 R.H.), son inscribibles las capitulaciones matrimoniales, como es lógico a instancia de parte y de forma voluntaria (cfr. arts. 6 L.H., y 39 y 40 R.H.).

— Registro Mercantil: a tenor del Real Decreto de 29 de diciembre de 1989, “en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán: (...) 6.º Las capitulaciones matrimoniales” (art. 87 R.R.M.), pero a instancia de parte —ya sea el empresario, ya su cónyuge a “los efectos de los artículos 6 a 10 del Código de Comercio” (art. 88 R.R.M.)— y voluntariamente.

Por último, la mención en el Registro Civil condiciona las demás inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, pues según el artículo 266 R.R.C. “de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable”.

(230) *V. gr.*, las donaciones por razón de matrimonio que contengan sobre inmuebles.

y no al ejercicio de la patria potestad prorrogada, pues ya se adujo el carácter excepcional de aquéllos si puede mediar ésta (cfr. art. 171 C.c.); de otra parte, parece que los curadores no están sometidos a dicho requisito complementario, pese a constituir la hipótesis básica en este orden de cuestiones, porque cuando “la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial” (art. 290 C.c.), y, entonces, sería ilógico exigir licencia judicial sobreañadida (231). Por último, tampoco termina de convencer su relación con posibles contenidos al respecto de la sentencia de incapacitación, porque tal cosa resulta más teórica que práctica, y en los hechos, al menos por el momento, difícilmente se producirá.

En suma, se hace menester una interpretación correctora del aserto, lo que, a mi juicio, pasa por darle un alcance que pudiera parecer a primera vista forzado. A tal efecto, conviene distinguir dos perspectivas fundamentales: la primera es objetiva, y parte de la materia en que versen las capitulaciones, mientras la segunda tiene un carácter marcadamente subjetivo.

Las capitulaciones no requieren de suyo permiso judicial por razón del instrumento (forma), sino de su contenido (fondo); así, cuando éstas engloben algún acto autónomamente inscribible respecto del Registro de la Propiedad o el Mercantil, se precisa la licencia del juez. Ello se desprende del contexto en que se hallan enmarcados los términos “actos susceptibles de inscripción”, pues acompañan a menciones como “enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales” (art. 271. 2.º C.c.) (232), sin perjuicio de que después de la reforma del Reglamento del Registro Civil, ello traiga consigo la previa indicación en éste (cfr. art. 266 R.R.C., modificado por el R. Dto. de 29 de agosto de 1986).

Asimismo, desde un punto de vista subjetivo, considero aplicable la intervención judicial si se aprecia conflicto de intereses o injustificada negativa del llamado a conceder su asistencia, por cuanto la redacción del artículo 1.330 C.c. parece indicar que será precisamente autorizado el incapaz, y no su representante legal, pese a que sólo a éste afectaba en principio las autorizaciones suplementarias del consejo de familia (cfr. art. 269 C.c. en su versión primitiva), como también ahora sucede por lo común con el juez (cfr. arts. 271 y 272 C.c.) (233).

(231) Cfr. MOREU, *op. y loc. cit.*, p. 699; y, en contra, por los artículos 289 y 290 C.c., PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 116.

(232) Más tajantes incluso eran las expresiones del antiguo artículo 269. 5.º C.c.: “enajenar o gravar bienes”.

(233) Estima DE LOS MOZOS, por el contrario que autorización no significa ni entraña consentimiento acerca del acto, sino del auxilio de los tutores (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 220).

b) Contenido

A diferencia de cuanto establece respecto a los menores, el Código civil no explica el contenido que deba darse al auxilio recabado por el incapaz para suscribir eficazmente capitulaciones matrimoniales. El hecho tal vez traiga causa de la identidad de razón en ambos preceptos apreciable, por eso la doctrina conviene a la hora de asignar el mismo alcance del auxilio en uno y otro caso (234), máxime cuando el antiguo artículo 1.323 C.c. hablaba de “asistencia y concurso”.

Así pues, serán de aplicación en este punto los criterios generales expuestos en cuanto a las capitulaciones otorgadas por el menor, y el sentido de las asistencias establecidas en este orden de cuestiones por el Código civil (235).

Sin embargo, en la materia se introduce a mi juicio un elemento nuevo respecto a las capitulaciones del menor. Me refiero a la posible negativa injustificada o injustificable por quien está llamado a prestar su asistencia. El hecho no tenía excesiva gravedad en cuanto a los menores al poder alcanzar éstos con prontitud su emancipación, pero para los incapaces puede tener consecuencias profundamente negativas, porque obstaculizan en principio indefinidamente su propósito. En su remedio, *prima facie*, cabe acudir al juez en recurso, alegando la incompatibilidad de intereses a que puede responder el comportamiento del llamado a prestar el auxilio que niega, sustituyéndose por un defensor judicial si tal cosa se aprecia, salvo que los padres hayan establecido un órgano “de fiscalización de la tutela” (art. 223 C.c.), pues a éste, por lógica conclusión del artículo 224 C.c., corresponde dirimir los conflictos como el presente.

Ahora bien, analizadas las cosas en la práctica, se disminuyen los impedimentos, porque si tal cosa sucede antes de contraer matrimonio, como éste produce de ordinario la entrada del otro cónyuge al ejercicio del cargo tutelar oportuno (cfr. art. 234. 1.º C.c.), existiendo acuerdo entre los futuros esposos la dificultad quedará salvada con la celebración, excepto en lo relativo a las posibles donaciones por razón de matrimonio, dado su carácter necesariamente antenupcial (cfr. art. 1.336 C.c.). Tratándose de capitulaciones intentadas después del matrimonio, se aúnan dos elementos distintos del fenómeno: de un lado, constituye un negocio, y, por tanto, sólo cabe pactarse mediante acuerdo de ambos esposos, con lo que mientras el capaz no lo desee tampoco pueden establecerse las capitulaciones, y de otro, ello sucede con independencia del cargo tutelar que ostente sobre la persona del incapacitado, es decir, su negativa es absolutamente discrecional. Con todo, se plantean los aspectos

(234) Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 343; AMORÓS, *op. loc. cit.*, p. 1.554; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 138; LETE, *op. y loc. cit.*, p. 412; PEÑA, *op. cit.*, p. 194; y Díez PICAZO-GULLÓN, *op. cit.*, p. 164.

(235) Cfr. *supra*, B. II. c. 2.

tos más oscuros, si la guarda del cónyuge no vige —así en la separación de mero hecho (cfr. art. 234. 1.º C.c., *a contrario*)— y se pretende otorgar capitulaciones (236), impedidas sin motivo aparente por quien debe prestar al cónyuge incapaz su asistencia.

Por último, la posible incapacidad de ambos cónyuges o prometidos complica las cosas, porque deben intervenir en tales condiciones los representantes legales de ambos.

c) Excepciones

Otra de las diferencias significativas entre las distintas asistencias previstas en el Código civil para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales en el caso de menores y de los incapaces, es que para estos últimos no hay establecidas en la literalidad el artículo 1.330 C.c. ninguna excepción, a diferencia de lo ya comentado en cuanto a los primeros (237). El asunto no deja de constituir una ventaja por las dificultades a que conducía una regla tan oscura e ilógica como la indicada (238).

En consecuencia, cuando los incapaces puedan contraer matrimonio, y lo celebren sin otorgar capitulaciones matrimoniales, estarán sometidos al régimen de sociedad legal de gananciales (cfr. art. 1.345 C.c.), pero su disciplina se sujeta de otro lado a normas específicas. En efecto, dependiendo de la limitación de uno de los esposos, existen especialidades acerca de la gestión de la comunidad; de suerte que si, como resulta de ordinario, alcanza los aspectos patrimoniales *in genere*, “la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte” (art. 1.387 C.c.) (239), aunque “para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial” (art. 1.389, pfo. 2 C.c.). Sin embargo, todo depende de la sentencia de incapacitación, que puede reconocer al interesado ciertas facultades que hagan innecesaria la transferencia *ministerio legis* de la gestión de los gananciales al otro cónyuge, luego hay que analizar *ad casum* las circunstancias, máxime cuan-

(236) Esto sirve para excluir el común régimen de gananciales ante una crisis conyugal, que puede además traer causa en la incapacitación de uno de los esposos.

A tales efectos, es irrelevante su posible carácter modificativo de anteriores capitulaciones, salvo que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.331 C.c., a cuyo tenor estima GARCÍA CANTERO que los llamados a prestar su asistencia también deben intervenir en las modificaciones de los pactos capitulares (cfr. en CASTÁN, *op. cit.*, p. 321), si bien expuse a su momento mi opinión contraria (cfr. *supra*, nt. 60).

(237) Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 345; y AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554.

(238) Cfr. *supra*, B. II. d.

(239) El curador no es ninguna de ambas cosas (cfr. arts. 287 y 289 C.c.), pero le son aplicables tales extremos por analogía en el supuesto ahora estudiado.

do, tratándose normalmente de curatela nuestra hipótesis, se hace posible la disposición y administración dual, pues aquella “tiene por objeto la asistencia del curador en los actos que los (...) incapaces no pueden realizar por sí solos” (art. 288 C.c.) (240).

Otorgadas las capitulaciones contra lo establecido en el artículo 1.330 C.c., éstas devienen ineficaces en el sentido luego explicado, y sin perjuicio de la inafección a terceros de buena fe (cfr. art. 1.335 c.c.) (241), rige “la sociedad de gananciales” (art. 1.316 c.c.), con idénticas consecuencias al caso anterior.

Cabe preguntarse, *de lege ferenda*, si no hubiera sido mejor prever para este supuesto un régimen de separación, pues en gananciales el cónyuge capaz es gestor por ministerio de la ley de los bienes comunes y también de los bienes del incapacitado, lo que puede comportar cierta confusión de patrimonios; en cambio, el régimen de separación permite al menos distinguir plenamente las masas, permitiendo una gestión más transparente del patrimonio de su representado (242).

III. LA INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES OTORGADAS SIN LAS ASISTENCIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1.330 C.C.

No obstante la posible aplicación en esta materia —salvadas las naturales distancias que separan ambas— de cuanto se dijo a propósito de las capitulaciones otorgadas por el menor sin el complemento previsto a tal efecto en el artículo 1.329 C.c. (243), este último epígrafe se dirige a establecer algunas matizaciones al respecto.

Las capitulaciones otorgadas por el incapaz o aquellas otras personas sometidas al contenido del art. 1.330 C.c., ignorando los requisitos complementarios establecidos, son inválidas. El alcance de la ineficacia se aprecia en esta hipótesis con la misma nitidez que la establecida para el caso de los menores (244), máxime cuando la ordinaria vigencia de

(240) DE LOS MOZOS, se pregunta porqué negar a los pródigos estas facultades, poniendo en duda la transferencia que se predica en favor de su cónyuge para este caso; pero, según creo, precisamente la declaración de prodigalidad persigue conceder garantías económicas a quienes pueden recibirlas en virtud de las prestaciones alimenticias debidas por una persona, o a su cónyuge, ante los actos de despilfarro en que incurra el posible obligado (cfr. art. 294 C.c.); y, por consiguiente, parece razonable traspasar las atribuciones de administración y disposición del patrimonio común en estas circunstancias, máxime cuando el hecho no trae consigo la disolución automática del régimen, aunque sea una causa implícita en los números 2.º y 4.º del artículo 1.393 C.c., como supuesto que permite al cónyuge afectado solicitarla.

(241) En realidad a sus derechos adquiridos de buena fe.

(242) Cfr. LETE, *op. y loc. cit.*, p. 413.

(243) Cfr. *supra*, B. II. c. 3, en sus distintas subdivisiones. Así, por ejemplo, lo relativo a la posible confirmación del acto anulable (cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 221).

(244) Cfr. DE LOS MOZOS, *op. y loc. cit.*, p. 221; AMORÓS, *op. y loc. cit.*, p. 1.554; CASTÁN, *op. cit.*, p. 320; y PEÑA, *op. cit.*, p. 194.

la curatela como institución tutelar *ad hoc* trae a coalición lo previsto en el artículo 293 C.c.: “los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código”.

Con todo, la Sentencia de 14 de febrero de 1986, resulta un tanto ambigua, pues declara “que cualquiera que fuere el criterio que se sostuviere sobre si el acto realizado por el incapacitado por prodigalidad es nulo *ipso iure*, o meramente anulable, lo cierto es que, en todo caso, siempre habría que llegar a la solución desestimatoria de tal pretensión de eficacia de las relacionadas capitulaciones matrimoniales, pues de apreciarse situación de nulidad *ipso iure* o radical, bastaría apreciar la desestimación de su validez y eficacia pretendida, y de entenderse situación de anulabilidad esta sería consecuencia de que al oponerse la demandada y por su derivación la ahora recurrente, se daría la situación de reclamación legítima de anulabilidad del referido acto viciado”. Ahora bien, esta consideración de netos caracteres de *obiter dicta* tampoco implica ninguna dificultad respecto a lo anteriormente concluido (245).

La propia norma transcrita se ocupa de las personas legitimadas para el ejercicio de las pertinentes acciones impugnatorias de los pactos ca-

(245) Ello aparte, no debe olvidarse que la circunstancia del pródigo constituye sin duda un caso con ciertos ribetes de peculiaridad, porque resulta curioso que quien dilapida su patrimonio sin justificación, pero con suficiente consciencia volitiva de sus actos, pueda más tarde impedir sus efectos mediante acciones impugnatorias, en virtud de una circunstancia limitativa de su capacidad tendente sobre todo, no a la posible afección de terceros, sino a la salvaguarda de las necesarias garantías de quienes pueden llegado un momento requerir asistencia económica debida por el disponente.

Esta observación da pie para comentar algunas circunstancias paradójicas en cuanto a la posible impugnabilidad de ciertos actos en virtud de la incapacidad de los sujetos intervinientes, así, por ejemplo, del menor. Es realmente llamativo que un sujeto de 17 años pueda por el simple transcurso de algunos meses atacar la eficacia de determinados actos por él mismo suscritos, de ordinario con plena consciencia, gracias a la simple circunstancia de que acaso en el plazo de cuatro años (cfr. art. 1.301 C.c., por no detenerme ahora en otros regímenes, como el foral navarro que pretenden para dichos actos la suprema sanción de nulidad absoluta: cfr. ley 19 F.N.) ya no le convenga; es evidente que tales hechos no se ajustan a la vigente consciencia social, y chocan con una estructura del tráfico jurídico anónima y de grandes números, si bien es cierto que buscar alternativas no resulta fácil, pues habría de atenderse a un insano casuismo, en detrimento mayor de la seguridad jurídica.

Con todo, parece que las reformas del Código civil van acogiendo tendencias más modernas en este punto, aunque su traducción práctica sea impreceptible. Me refiero al artículo 162 C.c. (y su relativo paralelo en tutela: cfr. art. 267 C.c.) que separa de la representación legal de los hijos aquellos actos que “con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”, y a la progresiva capacidad de obrar contemplada por el ordenamiento para los menores a partir de los 14 años (así, el matrimonio —art. 48, pto. 2 C.c., ex Ley de 7 de julio de 1981—; la emancipación —art. 316 C.c., ex Ley de 13 de mayo de 1981—; opciones de vecindad —art. 14.3. pto. 4 C.c., ex Ley de 15 de octubre de 1990— y nacionalidad —art. 20.2 C.c., ex Ley de 17 de diciembre de 1990—, etc.

pitulares suscritos por los incapaces sometidos a lo prevenido en el artículo 1.330 C.c., de suerte que serán los propios otorgantes y sus “representantes legales” llamados en el precepto a prestar su asistencia fallida en el acto. Se plantea, sin embargo, una relativa dificultad, porque, de acuerdo a lo que se adujo en su momento, estos últimos actúan en auténtica representación de aquéllos, que, de otra parte, no pueden interponer acción alguna mientras no salgan de la tutela (cfr. art. 1.301 C.c.); ahora bien, tratándose de los curadores, como el mismo artículo 293 C.c. contempla, ello se complica en un doble sentido: porque los curadores no tienen, estrictamente hablando, representación legal de los sometidos a su guarda, y, desde otro punto de vista complementario, este tipo de incapaces sí pueden impugnar —“en atención a su grado de discernimiento” (art. 187 *in fine* C.c.)— los actos en que infringieron inadvertidamente las debidas asistencias de su curador. Estas dificultades teóricas se salvan en la práctica precisamente gracias a las habilitaciones que se hacen al respecto en el propio artículo.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, 1989 (también se citan ediciones anteriores).

AMOROS GUARDIOLA, *Artículo 1.329 y Artículo 1.330 del Código Civil*, en “Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia”, II, Madrid, 1984.

ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, 1989.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, *La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales*, en “Poder Judicial”, 3, 1986.

BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.

BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, en “Enciclopedia dei Diritto”, X, Milano, 1962.

CANO TELLO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral, V, Derecho de Familia, 1, Relaciones conyugales* (revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ), Madrid, 1987 (también se citan ediciones anteriores).

COBACHO GOMEZ, *Las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el menor*, en “Anuari de la Facultat de Dret. Estudi General de Lleida”, 1984.

DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, II, Madrid, 1952.

DE LOS MOZOS, *Artículo 1.318 C.c.*, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales” (dirigidos por ALBALADEJO), XVIII, 1, Madrid, 1978; y *Artículo 1.329 C.c.*, en *ibidem*, XVIII, 1, Madrid, 1982.

DE PRADA, *La patria potestad tras la reforma del Código civil*, en “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, XXV, Madrid, 1982.

DIAZ ALABART, *Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 de Código civil*, en “Homenaje al Profesor Battlle”, Madrid, 1978.

DIEZ DEL CORRAL, *La nueva regulación del matrimonio en el Código ci-*

vil, en "Reformas del Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981", Madrid, 1983.

DIEZ PICAZO, *Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*, en "Anuario de Derecho civil", 1982.

Estudios sobre la Jurisprudencia Civil, I, Madrid, 1976.

DIEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, 1989.

DURAN RIVACOBIA, *La inscripción en el Registro civil del matrimonio canónico*, Madrid, 1988.

El expediente civil previo a la celebración del matrimonio en la reforma del Reglamento del Registro Civil, en "Actualidad Civil", 1989.

GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza (reimpresión), 1974.

GETE ALONSO, *Emancipación y matrimonio*, en "Revista de Derecho Privado", 1985.

GONZALEZ PORRAS, *La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil*, en "Revista de Derecho Privado", 1984.

HAUSER-HUET-WEILLER, D., *La Famille (Fondation et vie de la famille)*, en "Traité de Droit Civil" (sous la direction de GHESTIN), Paris, 1989.

LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, 2, Barcelona, 1989.

LETE DEL RÍO, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, en "Anuario de Derecho Civil", 1983.

En "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por ALBALADEJO), IV, Madrid, 1985.

LLOPIS GINER, *La capacidad del menor para otorgar capitulaciones (comentario al artículo 1.329 del Código civil)*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1988.

MOREU BALLONGA, *Artículo 27 de la Compilación Aragonesa*, en "Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón (dirigidos por LACRUZ)", I, Zaragoza, 1988.

MUNOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial. Apéndice*, Valencia, 1989.

NAGORE YARNOZ, *Doctrina actual sobre capitulaciones matrimoniales en Derecho Común y Foral*, en "Estudios de Derecho Civil en Honor al Profesor Castán Tobeñas", IV, Pamplona, 1969.

Comentarios al Fuero Nuevo de Navarra, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por ALBALADEJO), XXXVI-1.º, Madrid, 1990.

NUÑEZ BOLUDA, *Efectos del matrimonio que significan ampliación de capacidad y son comunes a ambos cónyuges*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1978.

OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, Madrid, 1987.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *El concurso de las personas designadas en el artículo 1.316 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)*, en "Anuario de Derecho Civil", 1956.

Derecho de Familia, Madrid, 1989.

PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989.

PEREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Madrid, 1988.

PEREZ PASCUAL, *La menor edad en el matrimonio*, en "Anuario de Derecho Civil", 1984.

PERLINGIERI, *Codice Civile anotato*, I, Torino, 1981.

PLANIOL-RIPERT, *Traité Practique de Droit Civil Français*, VIII, *Les Régimes Matrimoniaux*, Paris, 1957.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 1985.

PUIG SALELLAS, *Artículo 8 de la Compilación Catalana*, en "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales" (dirigidos por ALBALADEJO), XXVII, 1, Madrid, 1981.

SALVADOR CODERCH, *Artículo 46 del Código civil*, en "Comentarios a las reformas del Derecho de familia", I, Madrid, 1984.

SANCHO REBULLIDA, *Notas sobre la tutela para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de los presuntos incapacitados*, en "Estudios de Derecho Civil", I, Pamplona, 1978.

Tutela e instituciones afines, en "El nuevo régimen de la familia", III, Madrid, 1984.

SEISDEDOS MUIÑO, *La patria potestad dual*, Bilbao, 1988.

SERRANO GOMEZ, en RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1989.

TEDESCHI, *Il regime patrimoniale de la famiglia*, en "Trattato di Diritto Civile" (a cura di VASSALLI), III, 1, 2, Torino, 1963.

TORRES ESCAMEZ, *Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1978.

TORRES Y FRANCO, *Las capitulaciones matrimoniales*, en "Boletín de Información de Ministerio de Justicia", n.º 105, 1975.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia de 6 de abril de 1892
- Sentencia de 17 de febrero de 1909
- Sentencia de 17 de marzo de 1910
- Sentencia de 9 de julio de 1911
- Sentencia de 10 de junio de 1913
- Sentencia de 30 de enero de 1914
- Sentencia de 9 de julio de 1916
- Sentencia de 23 de marzo de 1926
- Sentencia de 13 de mayo de 1927
- Sentencia de 7 de noviembre de 1940
- Sentencia de 27 de junio de 1941
- Sentencia de 13 de octubre de 1952
- Sentencia de 20 de diciembre de 1952
- Sentencia de 15 de octubre de 1953
- Sentencia de 1 de julio de 1955
- Sentencia de 13 de febrero de 1960
- Sentencia de 21 de mayo de 1960
- Sentencia de 20 de noviembre de 1961

Sentencia de 20 de mayo de 1965
Sentencia de 3 de junio de 1966
Sentencia de 6 de febrero de 1968
Sentencia de 8 de abril de 1975
Sentencia de 30 de junio de 1978
Sentencia de 7 de julio de 1978
Sentencia de 14 de julio de 1982
Sentencia de 7 de octubre de 1982
Sentencia de 15 de febrero de 1983
Sentencia de 13 de mayo de 1983
Sentencia de 28 de octubre de 1983
Sentencia de 23 de noviembre de 1983
Sentencia de 24 de febrero de 1984
Sentencia de 3 de julio de 1984
Sentencia de 11 de febrero de 1985
Sentencia de 12 de junio de 1985
Sentencia de 10 de febrero de 1986
Sentencia de 14 de febrero de 1986
Sentencia de 15 de febrero de 1986
Sentencia de 17 de febrero de 1986
Sentencia de 23 de julio de 1987
Sentencia de 11 de febrero de 1988
Sentencia de 7 de enero de 1989
Sentencia de 20 de febrero de 1989
Sentencia de 18 de septiembre de 1989
Sentencia de 28 de noviembre de 1989

INDICE DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 8 de marzo de 1982
Resolución de 28 de marzo de 1983
Resolución de 25 de enero de 1985
Resolución de 11 de marzo de 1985
Resolución de 28 de marzo de 1985
Resolución de 11 de mayo de 1985
Resolución de 12 de junio de 1985
Resolución de 6 de septiembre de 1985
Resolución de 1 de diciembre de 1987
Resolución de 28 de diciembre de 1987
Resolución de 16 de octubre de 1989

