

Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales

SUMARIO: I. PERSPECTIVA HISTÓRICA: LAS CAPITULACIONES EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL.—II. DERECHO VIGENTE: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL CÓDIGO CIVIL: 1. PRECEPTOS DEL CÓDIGO SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES: A) *Artículo 1.325*. B) *Artículo 1.338*. C) *Artículo 1.341.2*. D) *Artículos 826 y 827: Promesa de mejorar y mejora*. E) *Artículo 831: Delegación de la facultad de mejorar*. F) *El significado del inciso final del artículo 1.325*.—2. CONCLUSIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES.—III. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES: 1. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y CONTRATO MATRIMONIAL. 2. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS CAPITULACIONES. 3. ¿CONEXIÓN ENTRE CONVENCIONES MATRIMONIALES? 4. LA RELACIÓN ENTRE CAPITULACIONES Y MATRIMONIO: A) *La no celebración del matrimonio*. B) NULIDAD DEL MATRIMONIO. C) SEPARACIÓN Y DIVORCIO. D) PACTOS CAPITULARES ATÍPICOS Y MATRIMONIO.

I. PERSPECTIVA HISTÓRICA: LAS CAPITULACIONES EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

La dificultad de definir las capitulaciones matrimoniales deriva del hecho de que en cada momento histórico, también de nuestra historia reciente, han tenido un contenido y desempeñado funciones diferentes, hasta el punto de que a primera vista parece que la única característica estable es que se trata de pactos con ocasión del matrimonio, es decir, celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges en su calidad de tales.

Nada tienen que ver las actuales capitulaciones con los pactos que antes de la publicación del Código Civil se concertaban en nuestro país a propósito de la celebración del matrimonio, pues aunque es dudosa la posibilidad de regulación contractual del régimen económico matrimonial (1), lo que

(1) La Ley 24 del Título XI de la Partida IV contempla la hipótesis del matrimonio que habiendo establecido pactos respecto del destino de las donaciones o las arras o

parece claro es que en la práctica no se conoció. Pero si fueron frecuentes los pactos previos al matrimonio relativos a la restitución de la dote, donaciones *propter nuptias* o aquellos cuyo único objetivo era hacer un inventario y descripción de los bienes aportados por marido y mujer, materias éstas en las que la vigencia del principio de libre estipulación no ofrecía dudas ni para la doctrina ni para el Tribunal Supremo, quien en Sentencia de 26 de junio de 1889 declaró que lo pactado por los cónyuges al contraer matrimonio, en cuanto no se oponga a las leyes generales, es lo que en primer término debe guardarse como ley particular en todo lo relativo a los bienes aportados al matrimonio.

La lectura de los preceptos que el Proyecto del 51 dedica al contrato de matrimonio es indicativa de la evolución que se estaba produciendo en cuanto a su contenido: por una parte, con indiscutida inspiración en el Código de Napoleón, consagra de modo expreso —en los arts. 1.235 y 1.236, con los que se inicia la disciplina de la figura— la posibilidad de que los contrayentes excluyan mediante pacto las normas de la sociedad legal; por otra parte, hay una serie de preceptos que muestran que lo esencial de las capitulaciones es dejar constancia de los bienes que al matrimonio aporta cada uno de los esposos, que es lo que en definitiva venía ocurriendo en los territorios sometidos al Derecho común. De manera que, todavía en el Proyecto, no es la finalidad estatutaria o de reglamentación la primordial de los capítulos. El propio GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1.243 (2) afirma que «El objeto y ventajas de la escritura de capitulaciones consisten principalmente en hacer constar lo que cada uno de los esposos lleva al matrimonio».

Esta norma, que no estaba tomada del *Code* y que más bien la explica nuestro anterior derecho, no se mantuvo en el Código, en el que, definitivamente, se consolidan las capitulaciones matrimoniales como aquél negocio jurídico dirigido a establecer el régimen económico del matrimonio, antes de la celebración de éste. Su naturaleza contractual es patente, no sólo

respecto de la manera en que han de repartirse las ganancias, se traslada a un territorio en el que no existe tal costumbre, disponiendo que, pese a ello, se atenderán a lo convenido. Según LACRUZ BERDEJO, aunque esa norma no está destinada a autorizar la regulación del régimen matrimonial por los contrayentes, da por supuesta tal posibilidad, con lo cual la consagra legalmente. Distinta parece ser la opinión de autores como FALCÓN y MOUTÓN Y OCAMPO.

(2) «La escritura de capitulaciones matrimoniales deberá contener:

1.º El inventario o descripción de los bienes que aportaren el marido y la mujer, con expresión del valor, á lo menos de los muebles.

2.º Nota espresiva de las deudas de cada contrayente.

La falta de estos requisitos no produce nulidad, pero incurrirá en la multa de veinte y cinco á cien duros el escribano que autorice la escritura, si no previniere á las partes lo dispuesto en este artículo é hiciere constar en la escritura esta advertencia.»

por la ubicación dentro del Código (en el Libro IV, sobre obligaciones y contratos y no en el Libro I, en el que se contiene la disciplina del matrimonio), sino incluso por la denominación que adopta el legislador, que las regula bajo la rúbrica de «*contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*» Pero se trata de un contrato peculiar, por cuanto que, realmente, su finalidad no es crear obligaciones entre las partes, sino adoptar el estatuto patrimonial del matrimonio. Por eso se le califica de contrato normativo.

Pero se observa que en ocasiones, no obstante, las capitulaciones no participan en absoluto de los caracteres de los contratos, limitándose a ser el instrumento en que se recogen las aportaciones de los bienes. Hay, además, una serie de pactos que sin estar dirigidos propiamente a organizar los aspectos patrimoniales del matrimonio, han de constar necesariamente en el *instrumentum* capitular: son la donación de bienes futuros para el caso de muerte que permitía el artículo 1.331 Código Civil, la promesa de mejorar (art. 826) y la concesión al viudo de la facultad de distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes (art. 831). Respecto de otra serie de actos existe la posibilidad, legalmente reconocida, de que se realicen en capitulaciones; son la mejora, que en tal caso será irrevocable (art. 827) y las donaciones por razón de matrimonio. Es indiscutible, finalmente, que la escritura de capitulaciones puede recoger cualquier acto de los que pueden o deben constar en documento público. Y no termina con ello, según se reitera en los tratados de la época, la enumeración de actos susceptibles de introducirse en capitulaciones matrimoniales, dado que también se admiten como contenido de las mismas los pactos entre cónyuges relativos a relaciones y derechos personales y familiares.

De todos los pactos anteriores, sólo los realizados *causa matrimonii* entraban, según LACRUZ BERDEJO, dentro del concepto legal de capitulaciones matrimoniales. Eran también requisitos de éstas, a juicio del mismo autor, el tratarse de un contrato relativo a bienes y la necesidad de que ambos cónyuges concurriesen a su otorgamiento. Tales caracteres se apreciaban en el inventario de las aportaciones de los esposos, en las donaciones *propter nuptias*, en la dote, en las promesas de mejorar y no mejorar, en la mejora hecha en capítulos y, por supuesto, en lo que él llama estipulaciones estatutarias, que constituyen el reglamento de la futura situación patrimonial de los cónyuges. La única utilidad derivada de la agrupación de todos los actos anteriores bajo una única figura, la de capitulación matrimonial, es que a todos ellos y sólo a ellos les era aplicable lo entonces preceptuado en el artículo 1.319 CC, que exigía para la validez de cualquier alteración de las capitulaciones que se hiciera antes de la celebración del matrimonio y con la asistencia y concurso de las personas que en ellas intervinieron como otorgantes. Fuera de esta norma, los artículos 1.315 a 1.326 CC no

regían para todo el contenido de las capitulaciones. El aspecto de mayor interés práctico era, en consecuencia, acotar el campo de aplicación de la normativa específica que el Código dedicaba al contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio. Para designar las estipulaciones sometidas a ese régimen jurídico hablaba de *estipulación capitular*, concluyendo que sólo son tales las determinaciones sobre el régimen matrimonial. Las donaciones *propter nuptias* mantienen, pero eso es distinto, una relación de interdependencia con las estipulaciones capitulares, pues se presume que los padres o parientes donaron o dotaron en vista de una concreta regulación económica de la sociedad conyugal, lo cual explica el sometimiento de las mismas al artículo 1.319 en el caso de haberse hecho en capítulos, lo que no es imprescindible.

Con el transcurso de los años, se instaura definitivamente en nuestro Derecho la idea, introducida en él un poco artificialmente por influencia francesa, de que el contenido primordial y característico de las capitulaciones es fijar el funcionamiento económico del matrimonio proyectado, sin olvidar que el Código considera de modo expreso como contenido de las capitulaciones los pactos sucesorios y las donaciones por razón de matrimonio, a los que la doctrina añade cualquier negocio jurídico que pueda formalizarse en escritura pública (se reitera como ejemplo el reconocimiento de un hijo natural) y, lo que resulta más llamativo, pactos sobre relaciones y derechos personales y familiares.

Respecto de estos últimos, autores como MOUTON y OCAMPO, MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA mencionan, al tratar de los pactos prohibidos, los que priven de la patria potestad al progenitor al que legalmente corresponda o los que priven a la mujer de colaborar en la educación de los hijos o de las atribuciones que por ley le correspondiesen en caso de ausencia, prodigalidad, incapacidad o interdicción de su marido, o del derecho de pedir la separación o entablar el divorcio, así como los que eximiesen a cualquiera de los esposos del cumplimiento de los deberes de cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio. PUIG PEÑA, por su parte, afirma que en virtud del principio de autonomía de la voluntad que late en las capitulaciones matrimoniales, pueden las partes establecer en ellas, no sólo las cláusulas y condiciones que estimen convenientes, sino disciplinar sectores ajenos a la vida económica del matrimonio. Y LACRUZ añade que cuando estos pactos sean admisibles, no serán estipulaciones capitulares y que, por tanto, no estarán sujetos a las normas que regulan los capítulos. Ni siquiera precisan, según él, la forma de instrumento público ni la precedencia del matrimonio.

En general, el trabajo de LACRUZ aclaró muchas cosas respecto del concepto y contenido de las capitulaciones matrimoniales en el Código español y parece haber influido en reformas posteriores, aunque escasamen-

te en la llevada a cabo por la Ley 14/1975 de 2 de mayo (3), que ni alteró la estructura del Título III del Libro IV del Código, ni el concepto legal de capitulaciones, persiguiendo en relación a esta materia un fundamental y único objetivo: el de permitir las capitulaciones postnupciales.

Nuestro Código, acogiendo el sistema del francés, había consagrado el principio de autonomía de la voluntad en el contrato matrimonial, si bien, al igual que éste, permitía a los esposos eludir el sistema legal sólo si así lo acordaban antes de la celebración del matrimonio (4). Esta solución nunca fue pacífica, ni en un ordenamiento ni en otro. Los argumentos tradicionalmente esgrimidos en favor de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial eran la garantía del libre consentimiento de los interesados y la del conocimiento del contrato matrimonial por los terceros. Frente a ellos se aducía que los mismos mecanismos legales que velan por la libertad del consentimiento en los contratos en general eran suficientes en este caso, sin que la comunidad de vida que supone el matrimonio implique necesariamente un mayor riesgo en ese sentido o, al menos, un riesgo que no pudiese ser paliado sin necesidad de restringir, con graves consecuencias, la autonomía de la voluntad de los esposos. En cuanto al perjuicio que del cambio de régimen económico se puede derivar para los terceros, es claro que puede ser evitado mediante un adecuado sistema de publicidad.

En base a tales consideraciones, que ya habían motivado una reforma legislativa en otros países, y en base también a la favorable experiencia que proporcionaban los territorios forales permisivos de las capitulaciones postnupciales, se decidió nuestro legislador, tal y como demuestra la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, a permitirla, lo que se ha afirmado que representa uno de los más importantes giros en nuestro Derecho Civil desde la publicación del Código.

(3) Las matizaciones de LACRUZ respecto de la interdependencia de algunas disposiciones incluidas en capítulos y el régimen económico acordado para el matrimonio determinaron probablemente la nueva redacción dada por esta ley al art. 1.319. Parte éste, según explica la propia Exposición de Motivos, de la distinción, dentro de las capitulaciones matrimoniales, de un lado, de los pactos mediante los que los contrayentes acuerdan el régimen económico y, de otro, de las disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas en favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos en favor de aquéllas. Sólo si la modificación de las capitulaciones afectase a tales derechos, será necesario para llevarla a cabo el concurso de esas otras personas.

(4) El art. 1.315, en su redacción originaria, decía así: «*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.*»

La nueva regla recogida en el artículo 1.315 trajo consigo la necesidad de reformar otros preceptos, como el 1.319, 1.320 y 1.321, que reiteraban de manera más o menos directa la prohibición de capitular después del matrimonio. De otro lado, para salvar los inconvenientes del nuevo sistema, se modifica el artículo 1.322, el cual, aparte de perfeccionar los medios de publicidad de los contratos matrimoniales, introduce una nueva limitación a la libertad de capitular, al disponer en su párrafo tercero que «*las modificaciones del régimen matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*». Finalmente, también en materia de límites, encontramos otra novedad, basada ahora en el principio de igualdad de los cónyuges, en el artículo 1.316, pues si antes éste prohibía a los otorgantes las estipulaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres, o depresivas de la autoridad que respectivamente correspondiese en la familia a los cónyuges, ahora les prohíbe las estipulaciones contrarias a las leyes, a las buenas costumbres o a los fines del matrimonio.

Esta alusión a los fines del matrimonio fue objeto de fuertes críticas, pues ni se sabe cuales son esos fines ni es un concepto que cuadre bien con el régimen económico del matrimonio, siendo el lugar idóneo para tratar de tales pactos, en opinión de GULLÓN BALLESTEROS, la regulación jurídica del matrimonio, y no la de las capitulaciones.

De resto, y hablando en general, la reforma operada por la Ley del 75 tuvo una buena acogida en nuestro país. No es que estuviese libre de críticas, sino que en buena medida éstas quedaron ocultas bajo la euforia que produjo el hecho de contar a partir de entonces con la posibilidad de adecuar en cada momento el régimen económico a las distintas situaciones y circunstancias por las que fuera atravesando el matrimonio. Se comprende que esto, que quizá hoy nos parezca natural y obvio, fuese sobrevalorado en aquél momento, pues en la práctica del Derecho común venía pesando como una losa la regla de la inmutabilidad de las capitulaciones. Fue tal el logro que supuso su derogación que a su lado quedaban minimizados los inconvenientes de la reforma como su carácter parcial y la falta de coordinación entre los artículos modificados y otros que continuaban subsistentes sin alteraciones.

La doctrina, condicionada sin duda por la insuficiencia de recursos en nuestro ordenamiento que sirviesen para proporcionar soluciones jurídicas a los matrimonios separados de hecho y por las dificultades que ello estaba planteando en la práctica, consideró que la principal utilidad y más frecuente aplicación de las capitulaciones postnupciales iba a ser, precisamente, la de reglamentar la situación de los matrimonios no convivientes, en la que se hacía imperiosa una independencia patrimonial que en absoluto caracterizaba las relaciones de los esposos sometidos al régimen de gananciales,

y que a partir de ese momento podía conseguirse pactando unas nuevas condiciones relativas a los bienes de la sociedad conyugal.

El Código, a diferencia del Proyecto del 51, no había introducido ninguna norma prohibitiva de la separación convencional, entendiendo por tal la libremente consentida por los cónyuges, sin necesidad de que concurriese ninguna causa legal y sin necesidad de acudir para declararla a la autoridad judicial, lo cual no quiere decir que el régimen matrimonial que consagraba favoreciese la independencia a la que aspiraban, en lo personal y en lo patrimonial, los esposos que optaban por la cesación de la vida en común. Especialmente difícil resultaba en tales casos la situación de la mujer, a la que el artículo 58 le vetaba la posibilidad de establecer un domicilio independiente del de su marido, que necesitaba licencia marital para desenvolverse en el tráfico jurídico (art. 61) y en el ámbito procesal (art. 60) y cuyo derecho a alimentos no tenía clara apoyatura jurídica (5). Una rigidez parecida se observaba en el campo de las relaciones paternofiliales: la patria potestad le correspondía al padre, pudiendo excepcionalmente atribuirse a la madre, como ocurría en los casos de separación legal si el padre era culpable (art. 73). Tampoco la actuación en el tráfico jurídico del marido separado de hecho estaba libre de trabas, pues desde la Ley de 24 de abril de 1958 necesitaba el consentimiento de la mujer para realizar actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles (art. 1.413).

Este régimen matrimonial resultaba claramente inadecuado para unos esposos que, prescindiendo de la separación legal (que, además, entonces era una separación contenciosa y traumática) querían continuar sus vidas por caminos separados. Pero ello es lógico, pues se trataba de un esquema pensado para matrimonios que conviven, que es la situación normal del matrimonio, a la que en consecuencia se atuvo el legislador (tampoco hoy, aunque esté plenamente instaurada la igualdad de los cónyuges, el régimen matrimonial se adecúa, lógicamente, a las situaciones de no convivencia). El verdadero problema radicaba en la dificultad para eludir el desenvolvimiento de las relaciones conyugales tal y como estaban previstas. La vía teórica para ello son los acuerdos de los propios interesados, pero en general se venían entendiendo ilícitos, a lo que había que añadir el insuperable obstáculo que en los artículos 1.315 y 1.320 (que impedían el otorgamiento de capítulos después del matrimonio) encontraban los pactos que pretendían modificar el régimen económico matrimonial.

(5) El problema en relación con los alimentos se planteaba porque el art. 73 reconocía al cónyuge inocente tal derecho en los casos de separación judicial, cosa que obviamente no se preveía para la separación de hecho, situación a la que la norma tampoco se podía entender aplicable por analogía porque la separación se consideraba ilícita.

Así las cosas, en ésta época las soluciones jurídicas a los variados problemas que se planteaban a los esposos separados de hecho, tuvieron que prescindir de sus propias disposiciones (6). No se podía admitir la eficacia de acuerdos cuya causa (la separación) se estimaba ilícita y que eran, en consecuencia, nulos.

Este era el motivo esencial para negar validez a lo que los autores de la época llamaron «pactos de separación amistosa», y conviene dejarlo bien claro porque con frecuencia tiende a señalarse como principal obstáculo para ello el principio entonces en vigor de la inmodificabilidad de las capitulaciones. El permitir las tras el matrimonio no resolvía por sí solo la cuestión de la eficacia o ineficacia de tales pactos porque la razón de fondo que al menos en un principio se argüía era que se contravenía con la separación de hecho el deber de convivencia impuesto por el artículo 56. Lo que sí es cierto es que mientras que no se autorizasen las capitulaciones postnupciales, aún admitiendo como lícitas las separaciones de hecho, no podían disciplinarse sus aspectos económicos para adaptarlos a la nueva situación, al menos si ello implicaba un cambio en el régimen económico, porque éste, necesariamente, había de practicarse en capítulos.

La derogación de la regla del antiguo artículo 1.315 fue necesaria, pero insuficiente, para la definitiva aceptación en nuestro país, aunque no todavía en el plano del derecho positivo, de los convenios de separación. Hubo que superar otros obstáculos que se habían venido esgrimiendo para negarles validez (7), fundamentalmente el de la ilicitud de causa. Como corresponde a su naturaleza, se superó éste de una manera paulatina, a medida que fue cambiando la conciencia social acerca del significado del deber de convivencia impuesto a marido y mujer, cambio social que tuvo un indirecto reflejo en el Código (8).

(6) El propio Tribunal Supremo, que aplicó reiteradamente esta idea, flexibilizó en parte sus consecuencias: declaró válido a todos los efectos legales el domicilio de la mujer separada de hecho si lo estaba con el consentimiento del marido, reconoció a los cónyuges el derecho a reclamarse recíprocamente alimentos si se daban ciertos requisitos, aunque negaba eficacia a los pactos entre cónyuges relativos a los mismos y admitió la posibilidad de que para la realización de actos de disposición de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles otorgase la mujer a su marido licencia general, aunque no veía con buenos ojos el pacto de irrevocabilidad de tal licencia.

(7) Un amplio análisis de los mismos puede verse en VALPUESTA FERNÁNDEZ: *LOS pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, págs. 163 a 221.

(8) El art. 56 no fue reformado por la Ley del 75 y siguió proclamando por tanto en términos idénticos que los cónyuges tenían la obligación de vivir juntos. Pero sí que se modificó el texto de los artículos siguientes, claramente reveladores del principio inspirador de la reforma del 75 (el de igualdad entre los esposos), que forzaba a entender de forma algo distinta el significado y alcance del deber de convivencia. Siempre se tuvo consciencia de que aquel deber resultaba incoercible y que, por tanto, su cumplimiento

Pero aunque la posibilidad de otorgar capitulaciones con la finalidad de adoptar el régimen económico adecuado a la no convivencia de los esposos no ofrecía ya duda, ello no zanjaba la cuestión respecto a las restantes disposiciones que con relación a la separación de hecho solían adoptar los esposos, cuya validez y límites discurrían por otros derroteros que, en principio, no interesa analizar aquí (9).

Tras la reforma del 75 se produjo un significativo aumento en los territorios del Derecho común del número de capitulaciones, una buena parte de las cuales regulaban, tal y como se había augurado, separaciones conyugales no judiciales. En ellas se introducían no sólo pactos de contenido económico, sino también otros relativos a la vida separada de los esposos y demás efectos personales del matrimonio, así como concernientes a las relaciones con los hijos.

En un principio se emitieron opiniones dispares acerca de si éstos eran o no válidos y con qué límites, y acerca de si podían tener acceso a la escritura de capitulaciones, aunque la doctrina parecía estar esperando la llegada de una regulación jurídica sobre los convenios de separación.

La doctrina acabó admitiendo sin demasiadas vacilaciones la inclusión en capitulaciones de los pactos de contenido no económico para regular la vida independiente de los esposos. Téngase en cuenta que faltaba entonces un cauce legal expreso para, fuera de la vía judicial, regular las relaciones entre los cónyuges no convivientes y que la tacha de ilicitud que pesaba sobre tal situación estaba definitivamente perdiendo terreno. Si a ello añadimos la naturaleza compleja que tradicionalmente se venía proclamando de las capitulaciones, consideradas en nuestro Derecho como un documento público en el que prácticamente todo tenía cabida, comprenderemos que, siempre que se estimasen válidas, se admitiesen aquellas estipulaciones como parte del *instrumentum* capitular. Ahora bien, las normas establecidas por el Código para las capitulaciones matrimoniales no estaban pensadas, ni por tanto se entendieron nunca aplicables, a la regulación de esos otros

quedaba supeditado a la voluntad de los cónyuges. Lo que tras la reiterada Ley se comprende con toda claridad es que la mujer no está sometida al marido y que éste no puede exigirle la convivencia, lo que el propio Tribunal Supremo pareció apoyar en alguna ocasión. Puede afirmarse, siguiendo a VALPUESTA FERNÁNDEZ, que con la Ley del 75 cambiaron los presupuestos de la convivencia conyugal, introduciéndose un criterio importante que permitía la delimitación de la individualidad de cada cónyuge como inatacable, excluyendo toda intromisión de uno en la esfera personal del otro, ejemplo de lo cual es el nuevo texto del art. 57.

(9) Estos otros pactos no necesitaban el *instrumentum* capitular, por lo que en rigor la imposibilidad de otorgarlos después del matrimonio nunca les afectó. Tampoco les afecta la ilicitud de causa pues la separación no se entiende ya ilícita, pero eso no quiere decir que las materias sobre las que versan sean plenamente disponibles, como ocurre, por sanción expresa del legislador, con el régimen económico (art. 1.315).

aspectos. Los autores establecieron una nítida distinción entre el documento que establecía la separación de hecho y la guarda de los hijos y las capitulaciones matrimoniales propiamente dichas.

Es fácil hacerse una idea de la forma en la que se desembocó en ese contenido de la escritura de capitulaciones: los esposos que estaban en régimen de gananciales (que eran la mayoría) y decidían interrumpir su vida en común, deseaban regirse en el futuro por un régimen de separación, y en nuestro ordenamiento la única vía convencional existente para ello era el otorgamiento de capitulaciones. Se aprovechaban éstas para regular otras cuestiones que, pese a no ser propiamente contenido capitular, participaban de las ventajas que de cara a la prueba representaba el documento público. Los aspectos no económicos de la separación hubieran podido plasmarse en un documento diferente, pero carecía de sentido utilizar la vía del instrumento público para regular los aspectos patrimoniales y recoger en un documento independiente las cuestiones de carácter puramente personal.

Todo esto es independiente de la posibilidad, que ya desde la publicación del Código se reconoció, en cuanto a la inclusión en capitulaciones de negocios jurídicos familiares no concernientes al régimen económico, ni tampoco en general a los bienes del matrimonio. Son cuestiones distintas: ahora surge, tras la reforma del 75 y a la vista de lo que estaba aconteciendo en la práctica y motivado, fundamentalmente, porque faltaba un cauce legal para la regulación convencional de la separación, un nuevo contenido en el entonces denominado por la ley contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

Pero en el plano del derecho positivo las cosas no habían cambiado; es decir, no había ningún indicio ni novedad, en los nuevos preceptos relativos a la figura, que diesen pie para sostener que el contrato matrimonial tenía, a partir de la reiterada ley del 75, un contenido más amplio o diferente del que desde el principio declaró el Código.

En conclusión, a las capitulaciones postnupciales se les encuentra, ya en el momento de su estreno legislativo, una concreta función que el sistema anterior no permitió: la de regular consensualmente las crisis matrimoniales en sus distintos aspectos. Fueron un medio adecuado para regular las separaciones de hecho en un contexto en que la otra posible alternativa que quedaba a los interesados era acudir a una separación contenciosa, incómoda y con repercusiones, al menos en la esfera personal, poco deseables. De ahí que, como dice VALPUESTA FERNÁNDEZ, este contrato se convirtiera en la panacea de las separaciones de hecho y por eso numerosos autores lo acogieron con entusiasmo. Más discutible es que después de introducirse por la reforma del 81 la posibilidad de regulación convencional de las separaciones conyugales (aunque, con homologación judicial), se continúen proclamando como el medio idóneo o, al menos uno de los medios idóneos,

para regular las separaciones de hecho, en su doble vertiente, personal y patrimonial.

Finalmente, en cuanto a la normativa vigente en materia de capitulaciones, se llega a ella gracias a la reforma introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981 que básicamente, del mandato contenido en el artículo 39 de la Constitución, aunque también se aprovechó para adecuar una serie de normas que se encontraban desfasadas. La Ley modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Las más importantes innovaciones respecto de éste último —único que, por otro lado, aquí nos interesa— son la supresión de los artículos correspondientes a la dote (1.336 a 1.380) y a los bienes parafernales (1.381 a 1.391) y la regulación expresa del régimen de participación, nuevo en nuestro sistema, al que se dedican los artículos 1.411 a 1.434. Las ideas centrales de esta reforma son los principios de igualdad, libertad e independencia de los cónyuges, que llevan consigo la definitiva supresión de la supremacía del marido, todavía vigente, pese a los considerables avances de la Ley del 75. En su lugar se adopta ahora la regla de la gestión conjunta de los bienes gananciales. Se introduce además expresamente el principio de libertad de contratación entre cónyuges, a los que se les permite *«transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos»* (art. 1.323).

En otros muchos aspectos no se hace sino confirmar los preceptos y principios ya vigentes. Se mantiene la libertad de elección del régimen económico del matrimonio antes o después de su celebración, y el régimen de gananciales continúa siendo el aplicable a falta de pacto en contrario. En concreto, por lo que se refiere al contrato matrimonial, los cambios no son, a primera vista, sustanciales. Se adopta definitivamente la denominación de capitulaciones matrimoniales, desapareciendo la antigua de *«contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio»* **que encabezaba el Título III del Libro IV del Código.** Hoy la rúbrica de ese mismo Título es *«Del régimen económico matrimonial»*, en el que, tras un primer capítulo dedicado a las disposiciones generales, se encuentra el relativo a las capitulaciones matrimoniales, integrado por los artículos 1.325 a 1.335. Esta sistemática resulta mucho más adecuada, pues conforme a la estructura anterior se incluía dentro de la disciplina del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, la regulación de las donaciones *propter nuptias*, de la dote, de los parafernales e incluso de la sociedad de gananciales y de la separación de bienes. En suma, se corrige el error que suponía englobar todo ello bajo el título de contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio (o capitulaciones matrimoniales) y se agrupan las instituciones que subsisten y las nuevas referidas al régimen de bienes en el matrimonio bajo el de *«régimen económico matrimonial»*, sin duda más correcto.

Con la reforma del 81, las capitulaciones se configuran cada vez más claramente como el medio que el legislador pone a disposición de los particulares para elegir el régimen de bienes del matrimonio, lo que no quiere decir que se esté excluyendo la posibilidad de introducir en capitulaciones otro tipo de pactos. Muy por el contrario, el artículo 1.325 la recoge de modo expreso al disponer que «*En capitulaciones matrimoniales, podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*». Aunque en general la doctrina se basa en ese inciso final para sostener que en capitulaciones puede incluirse, dentro de los límites legales, cualquier estipulación concerniente al matrimonio, existen discrepancias acerca de si se trata sólo de pactos de contenido económico o también de pactos de otra índole. Surge pues la pregunta de si, al hilo de la introducción de nuevos principios en nuestro Derecho de Familia, el legislador del 81 amplió —y con qué sentido y alcance— el contenido de las capitulaciones matrimoniales. Pero no es éste el único, ni siquiera el más importante de los objetivos de este trabajo. Lo que se pretende es aclarar, en la medida de lo posible, algunas de las dudas que existen en torno a su concepto, naturaleza y caracteres, contenido, destacar las novedades de la ley e interpretar los preceptos que no se han modificado (los arts. 826 y 827) a la luz de la nueva normativa.

La consecución de tales fines se ve obstaculizada por la complejidad de las capitulaciones matrimoniales, complejidad que se observa tanto en el plano normativo como en el sociológico. En el primero porque en contra de lo que suele creerse, no son los pactos sobre régimen de bienes los únicos que el Código considera contenido de las capitulaciones y en el segundo porque las llamadas capitulaciones matrimoniales han desempeñado en las distintas épocas funciones muy diversas, y ello incluso sin tener en cuenta las peculiaridades de los Derechos forales. En el plano legislativo se han considerado siempre como pactos capitulares las donaciones *propter nuptias*, la promesa de mejorar, la mejora y la delegación en favor del cónyuge supérstite de la facultad de mejorar a los hijos comunes. La complejidad no es menor en el plano sociológico. Las capitulaciones matrimoniales han servido para atender a fines y necesidades dispares: así, en un primer momento era frecuente utilizar los capítulos para hacer constar qué bienes aportaba al matrimonio cada uno de los contrayentes, pero a medida que van perdiendo importancia los bienes heredados respecto de los bienes adquiridos y que estos se convierten prácticamente en los únicos existentes en el matrimonio, ello pierde sentido, utilizándose la escritura de capitulaciones casi exclusivamente (aunque su uso era escaso) para acordar un régimen distinto al legal de gananciales. Y luego, en un momento histórico concreto en el que no existía ningún cauce normativo para regular las

separaciones conyugales de hecho, se utilizaron como el instrumento en el cual se convenía esa separación y las normas de carácter económico y extraeconómico a ella referidas.

La expuesta diversidad funcional, que no hay que entender agotada, pues probablemente nuevas necesidades del derecho de familia puedan en el futuro encauzarse por medio de ese contrato (como, por ejemplo, el establecimiento de un estatuto patrimonial para las parejas de hecho) dificulta, como dice ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, la comprensión de la naturaleza y régimen jurídico de la figura. He seguido por ello el criterio de este autor, quien opina que «la perspectiva correcta para el estudio de los capítulos matrimoniales es el análisis de su contenido posible». A ello dedico en consecuencia la primera parte de este trabajo, si bien en vez de seguir la sistemática tradicional (consistente en acudir a clasificaciones o enumeraciones de los pactos capitulares, he optado por comenzar por la exégesis de cada uno de los preceptos que el Código dedica a los distintos negocios capitulares.

II. DERECHO VIGENTE: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL CÓDIGO CIVIL

1. PRECEPTOS DEL CÓDIGO SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

Debe de partirse, para poder definir las capitulaciones matrimoniales, de la interpretación de los artículos que, dentro del Código, se refieren, directa o indirectamente, al mismo, con el objetivo de establecer en primer lugar cuáles son los caracteres y el régimen jurídico de cada uno de los negocios que se incluyen en la escritura de capitulaciones, para ver luego qué datos comunes existen entre ellos.

A) *Artículo 1.325*

Es el precepto fundamental. De él resulta con nitidez que son contenido indiscutible de las capitulaciones los acuerdos dirigidos a estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio. Y del 1.315, con el cual guarda una estrecha relación, que esto es algo que sólo puede hacerse en capítulos. Sin embargo, hace dudar de la exactitud de esta afirmación la distinción que aparece en el artículo 1.333 entre *capitulaciones matrimoniales*, por un lado, y *pactos que modifiquen el régimen económico*, por otro, lo que suscita la pregunta de si el sistema del Código permite pactos modificativos del régimen que no sean capitulares. Esta es la opinión de

DE LOS MOZOS, quien, pese a reconocer que en el antiguo artículo 1.322-1 (precedente inmediato del actual 1.333), cuando se hablaba de «*pactos modificativos*» se estaba aludiendo a capitulaciones novatorias o modificativas de otras anteriores, sostiene que, por el contrario, cuando el artículo 1.333 se refiere a los «*pactos*» no alude a la modificación de capitulaciones o del régimen económico, sino a toda suerte de acuerdos que, sin alterar el régimen económico matrimonial, introducen variaciones en su estructura (como un mandato para administrar o para enajenar determinados bienes, de un cónyuge a favor del otro, o una sociedad concertada entre ellos, etc). La justificación a esta ampliación de significado la encuentra en el nuevo artículo 1.323, que expresamente permite a los cónyuges celebrar entre sí toda clase de contratos, como consecuencia de los cuales pueden producirse cambios en el régimen económico del matrimonio.

Esta interpretación viene en realidad motivada por la tesis de este autor de que existe una estrecha conexión entre la mutabilidad del régimen económico matrimonial y la plena libertad de contratación entre cónyuges. Ello le lleva a deducir que, puesto que no se introdujo ninguna salvedad en el artículo 1.323 en el sentido de que los contratos modificativos del régimen económico del matrimonio necesiten la forma y solemnidad de las capitulaciones, producirán éstos plena eficacia, sin cumplir esa exigencia, aunque quedando sometidos a lo dispuesto en el artículo 1.317. Los que, como HERRERO GARCÍA, no ven tan íntima relación entre contratos entre cónyuges y modificación del régimen del matrimonio, llegan a una conclusión diversa: en el hipotético caso de que tales contratos supusieran esa modificación, se aplicarían los requisitos que para la validez de las capitulaciones exige el Código.

Pero lo de menos es que con mayor o menor frecuencia los contratos celebrados entre esposos modifiquen el régimen económico entre ellos vigente (entre otras cosas habría que comenzar por aclarar cuando se entiende acaecida tal modificación). Lo que interesa es que ese efecto puede tener lugar y es por ello por lo que hay que tratar de dilucidar si nuestro legislador pretendió que toda modificación del régimen económico del matrimonio quedase sometida al régimen jurídico de las capitulaciones o si, por el contrario, quiso permitirla sin necesidad de respetarlo. Particularmente, me inclinó por lo primero, con lo que no hago más que adscribirme a la doctrina mayoritaria (HERRERO, CABANILLAS, ALBALADEJO, Díez-PICAZO y GULLÓN...). Y ello por lo siguiente:

La única base para sostener que nuestro derecho permite la modificación del régimen económico por un medio distinto a las capitulaciones es la distinción que entre éstas y los pactos modificativos de tal régimen hace el artículo 1.333. Se trata de un apoyo extremadamente débil. El propio

DE LOS MOZOS reconoce que la intención del 1.333 no es la que él le atribuye, aunque suministra un apoyo textual a su interpretación. Soy de la opinión de que el legislador en el artículo 1.333 está, sencillamente, empleando dos expresiones distintas para referirse a pactos que participan de la naturaleza de los capítulos pero que han sido celebrados en momentos temporales distintos. Habla de «*capitulaciones matrimoniales*» para referirse al contrato prematrimonial y de «*pactos modificativos*» para aludir a los pactos sobre régimen de bienes que se acuerdan constante matrimonio. Este precepto tiene su precedente en el antiguo artículo 1.322, 2 (10), redactado por la Ley del 75 y como hasta ese momento las capitulaciones matrimoniales eran necesariamente antenupciales, se utiliza esa otra expresión de «*pactos modificativos*» para los posteriores al matrimonio. Con el transcurso del tiempo se asume perfectamente la nueva significación de las capitulaciones matrimoniales y hoy el término se entiende referido tanto a las estipulaciones ante como a las postnupciales; pero no era así en el momento de redactarse la norma. El antiguo artículo 1.322 quiso aclarar, al admitirse las capitulaciones postnupciales, que también éstas debían de inscribirse.

No creo que haya que atribuir una mayor transcendencia a la letra del artículo 1.333, en el que no se puede fundar la admisibilidad por nuestro Código de pactos no capitulares modificativos del régimen patrimonial conyugal. En el mismo sentido hay además que tener en cuenta el decisivo texto del artículo 15, del que resulta que la vía convencional para el establecimiento del régimen económico del matrimonio son las capitulaciones. Y hay una última razón que me hace reafirmar ese punto de vista:

Si se parte de la idea de HERRERO GARCÍA —que estimo correcta— según la cual los contratos entre cónyuges no tienen por qué alterar, por principio, el régimen económico matrimonial, no causa ninguna extrañeza que al redactarse el artículo que recoge el principio de libertad de contratación entre esposos, el 1.323, no se hiciera referencia alguna a la necesidad de respetar los artículos 1.325 y siguientes. Si no se mencionó la sujeción a éstos es, sencillamente, porque la modificación del régimen económico matrimonial es una posible consecuencia de un contrato entre esposos, pero no una consecuencia necesaria. Al silencio no se le puede atribuir un efecto derogatorio de normas imperativas, debiendo el 1.323 ser interpretado sistemáticamente con el 1.315. Téngase en cuenta que el legislador piensa en términos generales y que a la hora de declarar que marido y mujer pueden

(10) Según él «*En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquella o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria*».

celebrar entre sí toda clase de contratos, no está circunscribiéndose al régimen de gananciales (precisamente porque reconoce su libertad para pactar el régimen que deseen). De ahí que el no hacer salvedad alguna no signifique que se pueda alterar el estatuto patrimonial sin cumplimiento de los requisitos de las capitulaciones. Ni siquiera creo que se le puedan reprochar al legislador los escuetos términos utilizados, pues su objetivo era dejar claro de una vez por todas la ausencia en el matrimonio de un principio limitativo de la libertad contractual. Cosa distinta es que esa libertad tenga que encauzarse por una determinada vía —las capitulaciones matrimoniales— cuando al ejercitarse se afecte al régimen de bienes.

Así pues, la primera conclusión es que hay un contenido característico y exclusivo de las capitulaciones, de carácter normativo o estatutario, respecto del cual no es dudosa la aplicación de todas y cada una de las normas contenidas en los artículos 1.326 a 1.335: el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio. Reservo para un momento ulterior la labor de dilucidar el significado del inciso final del artículo, respecto del cual no es posible aún pronunciarse acerca de su sujeción a tal normativa.

B) *Artículo 1.338*

Otro precepto a considerar es el artículo 1.338, que permite al menor que con arreglo a la ley pueda casarse hacer en capitulaciones matrimoniales —o fuera de ellas— donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor.

Aunque cada vez tiene menos sentido, el Código sigue dedicando a las capitulaciones *propter nuptias* un capítulo entero, situado inmediatamente después del que destina a las capitulaciones matrimoniales, y como éste, dentro del Título sobre régimen económico del matrimonio. Y cada vez tiene menos sentido por lo restringido del concepto y porque la tendencia es la de reducir al máximo las peculiaridades de esta modalidad de donación. Lo característico de las donaciones por razón de matrimonio, definidas en el artículo 1.336, es que se hacen en consideración a un matrimonio entre personas determinadas. De ahí derivan sus especialidades jurídicas, consistentes, como muy bien dice COBACHO GÓMEZ, en vincular estrechamente la efectividad de la donación con el matrimonio proyectado. Según el artículo 1.342 quedarán sin efecto si el matrimonio no llegara a contraerse en el plazo de un año. Se establece, además, en el artículo 1.343, un régimen especial de revocación: se excluye como causa de ésta la supervivencia o superveniencia de hijos, se establece su revocabilidad en los supuestos de separación o divorcio si la sentencia le imputa al cónyuge donatario los

hechos que lo causaron y, cuando se trate de donaciones otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe; finalmente, se amplían los supuestos de ingratitud (art. 1.343).

Por lo que hace al artículo 1.338, nos interesa aquí en tanto en cuanto que matiza que las donaciones por razón de matrimonio pueden hacerse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas. En principio resulta un poco extraño el lugar en el que se hace esta aclaración, pues el artículo 1.338 es una norma de capacidad, pero se comprende bien si se pone en relación con el 1.329. Permite éste al menor que con arreglo a la ley pueda casarse otorgar capitulaciones matrimoniales, aunque necesitará el consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a estipular el régimen de separación o el de participación. Pues bien, lo que el artículo 1.338 quiere dejar claro a la vista de ello es que la capacidad del menor para hacer donaciones con ocasión de su matrimonio es independiente de su forma de celebración. Si el menor que va a casarse puede hacer este tipo de donaciones no es porque el 1.329 le reconozca capacidad para celebrar capitulaciones, sino porque el 1.338 deroga expresamente las reglas generales sobre capacidad para donar (arts. 624 a 626).

Es claro, a la vista del artículo 1.338, que las donaciones por razón de matrimonio no son contenido necesariamente capitular.

La mención expresa de la posibilidad de que estas donaciones antenupciales se celebren fuera de los capítulos es una novedad de la reforma del 81. En la anterior redacción había algunos preceptos que parecían presuponer que se hacían en el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, entre ellos el 1.329, precedente del actual 1.338, que sólo hacía referencia a la posibilidad de los menores de hacer donaciones en su *contrato antenupcial*. Pero nunca se encontró inconveniente alguno a la posibilidad de que se celebrasen en un documento separado, aparte del argumento que en favor de ello proporcionaba el artículo 1.332 al mencionar junto a las capitulaciones a «los contratos», que no podían ser otros más que los de donación (11).

De manera que, prescindiendo por el momento de lo dispuesto en el artículo 1.341.2, las donaciones por razón de matrimonio, cuyo régimen jurídico se encuentra en los artículos 1.336 a 1.343, pueden celebrarse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas. Lógicamente, las capitulaciones habrán de ser antenupciales, pues las donaciones *propter nuptias*

(11) El antiguo art. 1332 decía así: «El donante por razón de matrimonio deberá liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos, con excepción de los censos y servidumbres, a menos que en las capitulaciones matrimoniales o en los contratos se hubiese expresado lo contrario.»

—al margen de la posibilidad de los esposos de donarse entre sí constante matrimonio— son, por definición, anteriores a la celebración del matrimonio. Para ALVAREZ CAPEROCHIPI, admitida la capitulación *post nuptias*, es dudoso que se limite el concepto de *donado propter nuptias* a la *donatio ante nuptias*. Supongo que lo que quiere decir es que, derogado el principio de inmutabilidad del régimen económico, ha desaparecido el motivo por el que las donaciones por razón de matrimonio han de ser necesariamente antenupciales. Pero no es del todo exacto que una cosa vaya necesariamente unida a la otra. El fundamento del principio de inmutabilidad no es el mismo que el de la prohibición de donaciones entre cónyuges, y prueba de ello es que el Código de Napoleón, del cual nosotros copiamos la regla de la inmutabilidad, permitió, al tiempo que consagraba ésta, las donaciones entre cónyuges. Lo que sí es cierto es que, desaparecida la antigua prohibición de donaciones entre esposos, no se ven inconvenientes para admitir que, después de la boda, se hagan donaciones en atención al matrimonio que, en consecuencia, deberían de quedar sujetas a la misma disciplina que aquellas otras que, efectuadas igualmente en consideración al matrimonio, presentan como única diferencia el momento de su celebración. El problema, quizá, sería probar su vinculación causal al matrimonio, más evidente en las antenupciales.

Sea por ese o por otro motivo, nuestro legislador ha sido claro y rotundo en este punto y, con un criterio que se puede o no estimar acertado, ha restringido el concepto de donaciones por razón de matrimonio a las anteriores a su celebración. De modo que si se quiere conectar la efectividad de una donación postnupcial a la subsistencia del matrimonio, habrá que recurrir de forma expresa a la condición o al modo.

Una vez que se constata que las donaciones por razón de matrimonio pueden celebrarse en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, el aspecto de mayor interés práctico radica en comprobar si la disciplina jurídica es idéntica en ambos casos. Es evidente que no. Aunque los artículos 1.339, 1.340, 1.342 y 1.343, en donde se contiene lo esencial de aquella disciplina, rigen para todas las donaciones *propter nuptias* con independencia del *instrumentum* en el que aparecen, sólo las concertadas en capítulos están sometidas a las especialidades de los artículos 1.327, 1.331 y 1.332.

El primero de ellos exige para la validez del negocio escritura pública. Fuera de capítulos, las reglas en cuanto a la forma a que están sometidas estas donaciones son las de los artículos 632 y 633, por virtud del reenvío del 1.337. En cuanto al 1.331 y 1.332, en principio hay que considerarlos aplicables a toda hipótesis de modificación de las capitulaciones, entendiendo por tal la novación de cualquier negocio capitular por acuerdo de los que lo celebraron, pero siendo su presupuesto que la modificación afecte a derechos concedidos por terceros otorgantes, su campo de aplicación queda

muy reducido. Los únicos otorgantes de la escritura de capitulaciones a los que se les conceden derechos son los cónyuges, destinatarios de las liberalidades realizadas en su favor por otras personas (donaciones *propter nuptias* o mejoras) y los únicos que pueden mediante la novación de un pacto capitular afectar a esos derechos son sus propios titulares. En concreto, la modificación por los esposos de lo acordado en capitulaciones queda subsumida en el supuesto de hecho de la norma, pues puede incidir en derechos que a su favor constituyeron terceras personas en el mismo acto de su otorgamiento. Es para proteger a esas personas para lo que se dicta el artículo 1.331, a cuyo tenor «*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales, deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*». Fundamento de la norma es, por tanto, la vinculación o conexión causal que puede existir entre las atribuciones efectuadas por terceros y las disposiciones sobre bienes estipuladas por los esposos.

Como reitera la doctrina, las innovaciones introducidas por el actual artículo 1.331 son mínimas en relación con su precedente, el antiguo artículo 1.319 (12); únicamente, que mientras que en el texto derogado la obligatoriedad de asistencia y concurso alcanzaba a dos supuestos, el de la repercusión de la modificación sobre derechos constituidos por terceros en favor de los contrayentes y el de repercusión sobre derechos constituidos por estos en favor de terceros, en el vigente sólo los primeros forman parte del supuesto de hecho. A la vista de ello, plantea DE LOS MOZOS la cuestión de si se está limitando el contenido de las capitulaciones, de forma que en ellas no puedan ya constituirse —como ocurría antes— derechos en favor de los otorgantes no contrayentes. Comparto su opinión de que la supresión del inciso final del antiguo artículo 1.319 no tiene semejante alcance, pero más que por las razones que él aduce (13), por encontrar una explicación que me parece más plausible: los derechos que en las anteriores capitulaciones constituyeron los cónyuges en favor de terceros, es obvio que no pueden ser modificados sin el consentimiento de estos, lo que, como dice

(12) Su texto era el siguiente: «*Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales, deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes, si vivieren, y la modificación afectare a derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos*».

(13) Entiende que son contrarios a la supresión, como contenido de las capitulaciones, de la constitución de derechos por los contrayentes en favor de terceros, la naturaleza contractual de las capitulaciones, la amplitud de su contenido según el art. 1.325 y la condición de otorgantes que les reconoce el art. 1.331, aparte de que una reforma de esa naturaleza, debería de haberse efectuado en otro terreno.

ROJAS MONTES, no es más que aplicación de las normas generales de los contratos (14). Una norma expresa para protegerlos es una norma superflua y por eso se suprime. Por el contrario, los cónyuges que en la primitiva escritura de capitulaciones recibieron liberalidades de terceros otorgantes, una vez que se han convertido en propietarios de los bienes donados y salvo que se les imponga alguna carga (en cuanto al destino de los bienes, o limitando sus poderes de disposición) tienen, como titulares dominicales, la facultad dispositiva sobre ellos. En principio, los donantes sólo podrían revocar la donación por las causas generales o alguna de las previstas en el artículo 1.343, pero del resto nada tendrían que decir frente a cualquier decisión (como la de cambio de régimen matrimonial) que afecte a lo por ellos donado. Mas la ley, suponiendo que los que concedieron las liberalidades, precisamente porque lo hicieron en capítulos, tuvieron en cuenta los restantes pactos sobre el régimen de bienes, exige su asistencia y concurso para la validez de las capitulaciones novatorias, siempre que vivieren y la modificación afectare a los derechos por ellas constituidos.

Así pues, el hecho de que el artículo 1.331 decidiese suprimir la referencia a los derechos constituidos en favor de terceros en capitulaciones, no quiere decir que estas estipulaciones no sean contenido capitular, sino que se quiso eliminar una mención innecesaria, que no hacía más que enturbiar la dicción del precepto.

Algún comentario requiere también la consecuencia jurídica prevista en la norma. Literalmente, la falta de asistencia y concurso de alguno de los otorgantes determinaría la nulidad de la modificación así convenida y la consiguiente subsistencia de las anteriores capitulaciones. Pero la consecuencia se estima excesiva por la generalidad de la doctrina, quien atenúa la gravedad de la sanción, bien proponiendo que se le considere un supuesto de anulabilidad, bien acudiendo a la figura de la nulidad parcial, entendiendo que la modificación es válida en general a excepción de aquello que afecte al derecho constituido por el otorgante que no concurrió a la misma.

Problema distinto es el del efecto que produce la negativa de los otorgantes no contrayentes a la novación que estos proponen. Es incuestionable que el ejercicio de su libertad de estipulación no puede verse limitado por la actitud en contra de un tercero que en su día realizó una liberalidad en favor de uno o de los dos futuros esposos sin ni siquiera imponerles ninguna carga ni someterla a condición. Considerar que la modificación realizada sin la participación de los otorgantes no contrayentes es nula, supondría hacer depender el estatuto patrimonial de un determinado matrimonio de

(14) Si se trata de personas a las que les fueron concedidos derechos, pero que no comparecieron en las capitulaciones, su protección se verificaría, según éste y otros autores, a través del párrafo 2 del art. 1.257.

personas extrañas al mismo. Por eso la doctrina viene entendiendo que lo que está en juego es la subsistencia de la donación, que podrá ser revocada gracias a la presunción legal de que, habiéndose realizado en base a un *statu quo* determinado, no está el donante obligado a mantenerla si este cambia y el cambio afecta al objeto donado.

Por lo demás, y pese a lo evidente de su *ratio*, el artículo 1.331 es un precepto un tanto misterioso. La única modificación tenida en cuenta es la que afecte a un derecho concedido por un tercero en favor de uno o de ambos esposos en el mismo negocio capitular. El problema es entonces decidir cuando se produce tal «afectación». Aunque goza de bastante aceptación la opinión de que ha de tratarse de una modificación del régimen económico que altere la condición jurídica de los bienes donados, encuentro preferible la de aquellos otros que, como BLASCO GASCO, no creen preciso que se modifique el régimen de bienes para que haya que pedir su conformidad a los donantes, que es de lo que en definitiva se trata. Por eso el legislador ha eludido hablar de «modificación del régimen», adoptando una fórmula que, precisamente por su vaguedad e imprecisión, es más adecuada para englobar aquellos pactos capitulares que, sin modificar propiamente el régimen de bienes, alteren lo acordado en la primitiva escritura. Piénsese que los padres de la novia concurren como otorgantes y en consideración al proyectado matrimonio, donen a los novios un piso, el cual, por aplicación del artículo 1.339, pertenecerá a ambos *en pro indiviso* ordinario y por partes iguales. En los mismos capítulos los contrayentes acuerdan destinar ese piso a vivienda familiar. Años después, en nuevas capitulaciones, deciden alterar el destino del citado piso y arrendarlo, percibiendo las rentas por mitad. Será necesaria para la validez del pacto novatorio la asistencia y concurso de los donantes pues no cabe duda que la modificación afecta al derecho por ellos concedido.

Presupuesto del artículo 1.331 es que haya habido varias convenciones matrimoniales que estén contenidas en un instrumento único, de manera que se justifique la presunción de que cada una de ellas se haya llevado a cabo sobre el presupuesto de la existencia de las otras. Lo peculiar de la norma es que pese a no haberse establecido —acudiendo a los medios técnicos que para ello existen— ninguna conexión causal entre la efectividad de la donación y el destino del bien donado, los donantes se encuentran en la misma posición jurídica que si lo hubieran hecho, pues los donatarios, si aquéllos no consienten la modificación capitular, no tienen más opción que exponerse a perder el bien o mantenerlo en su destino inicial. Y todo ello sólo porque la ley supone que la atribución se hizo en un determinado estado de cosas —el que quedó plasmado en la escritura de capitulaciones— y que si aquél cambia por decisión de los destinatarios de la liberalidad, los que la efectuaron están en su derecho de revocarla.

Conviene también aclarar (porque es un aspecto sobre el que existe cierta confusión) que cuando las donaciones de los terceros otorgantes son modales y se incumple la carga, estamos fuera del campo de aplicación del 1.331, si bien se llega a un resultado práctico análogo mediante la revocación de la donación por incumplimiento de cargas. No comparto, pues, la opinión de aquellos autores que como LETE DEL RÍO y ALVAREZ CAPERO-CHIFI, partiendo de la idea de que no se debe conceder relevancia a los motivos de un acto gratuito fuera del ánimo de liberalidad, y de que toda excepción al principio de irrevocabilidad de las donaciones debe de ser restrictivamente interpretada, llegan a la conclusión de que los únicos otorgantes de los capítulos a los efectos del artículo 1.319 (actual 1.331) son aquellos terceros, distintos de los contrayentes, que constituyan derechos de cierta entidad en función de un concreto régimen económico matrimonial (lo que habrá de probarse y sólo tendrá relevancia en casos excepcionales) *y aquéllos terceros que reciben derechos de los capítulos en carácter de interdependencia causal con los derechos que ellos atribuyen a los cónyuges* o de derechos atribuidos a los cónyuges por terceras personas. Para ellos lo que está contemplando el artículo 1.319 son pactos de familia, en los que pueden intervenir, con carácter de otorgantes, no sólo los cónyuges, sino familiares (v. gr. padres que donan sus bienes a cambio de compañía y ayuda en la vejez; hijos que se quedan en la casa a cambio de la certeza en el establecimiento de una cuota hereditaria en su favor, etc.). Creen que en estos supuestos, los que concurren a los capítulos son algo más que meros donantes y que sus aportaciones al matrimonio son algo distinto de una donación.

He de reconocer que el planteamiento de estos autores tiene aspectos muy sugestivos, fundamentalmente el de propugnar una interpretación restrictiva de la especial causa de revocación de las donaciones que mediante el precepto se introduce. Pero si lo que se quiere garantizar es la intervención de los titulares de derechos constituidos en capitulaciones a fin de evitar que a sus espaldas los contrayentes les priven de ellos o tomen decisiones que les perjudiquen, la norma sobra, porque con esa protección cuentan ya por aplicación de los principios generales. La supresión de la referencia que el antiguo artículo 1.319 hacía a los derechos constituidos por los cónyuges en favor de terceros constituye un poderoso argumento en favor de que el objetivo que se persigue no es exigir el consentimiento del titular de un derecho para que éste se modifique, sino establecer la presunción de que las atribuciones hechas en capitulaciones sólo se quisieron, aparte de *contemplatio matrimonii*, en tanto en cuanto se mantuviesen el destino y la titularidad de los bienes que se acordaron en el mismo acto. Antes de la reforma del 81 la opinión que comentamos tenía mayor apoyo, pero al recortarse el supuesto de hecho está claro que no sé está pensando

en los pactos de familia ni es posible descubrir, al menos en este punto concreto, la «foralización» del derecho común de que algunos hablaron.

Ahora bien, la consecuencia jurídica que de la interdependencia o vinculación entre las distintas estipulaciones capitulares hace derivar la ley, se convierte en una ventaja quizá excesiva para el donante, quien puede dejar sin efecto la donación, sin probar que él la quiso en atención al estado de cosas que, en relación con su atribución, resultaba del conjunto de pactos capitulares e independientemente del tiempo transcurrido (15). Se emplea aquí una técnica similar a la del artículo 1.343, que presenta el inconveniente de ampliar las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias* en atención a hechos y circunstancias que no es seguro, y a veces incluso notoriamente improbable, que determinaran la voluntad del donante. La norma es criticable en un último aspecto: Si el disponente no puede impedir, cuando la donación es pura, las ulteriores vicisitudes de los bienes donados (como, por ejemplo, que sean a su vez donados a un tercero), ¿está realmente justificado que se le permita controlarlas sólo porque la atribución se hizo con conocimiento de las convenciones conyugales y en el mismo *instrumentum* que éstas?; ¿no hubiera sido preferible no interferir el régimen legal con esta ampliación de las causas de revocación? Quizá hubiese sido más prudente, pero no es menos cierto que tal y como se ha redactado la norma, no se está suponiendo sin más que la liberalidad se hizo sobre la base de *todas* las estipulaciones capitulares, que era el sentido del artículo 1.319 en su redacción originaria, lo que conllevaría el reconocimiento del derecho del donante a revocarla si cualquiera de ellas se alterara posteriormente, sino que tan sólo se ha adoptado un medio que permite al donante el mantenimiento *en lo que se refiere a su atribución* del estado de cosas que se plasmó en las capitulaciones matrimoniales en las que él realizó su liberalidad.

C) Artículo 1.341.2

A propósito del párrafo 2º del artículo 1.341, los comentaristas siguen planteando las mismas cuestiones que respecto de su precedente, el antiguo 1.331 (16). El debate se centraba, fundamentalmente, en aclarar la natura-

(15) En su origen no era así pues la norma se introdujo cuando regía el principio de inmutabilidad, reduciéndose entonces su juego a las modificaciones prenupciales.

(16) Decía éste: «Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes, y respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte, en la medida marcada por las disposiciones de éste Código referentes a la sucesión testada.»

leza de la figura en él recogida. Pronto se descartó que se tratase de una típica donación *inter vivos* que originase en el donatario el derecho a ir haciendo suyos los bienes del donante a medida que los fuese adquiriendo y sin que éste pudiese disponer de ellos. Era claro que la voluntad del donante era desprenderse de los bienes «sólo para el caso de muerte». Por «bienes futuros» había —y hay— que entender los que el donante deje a su muerte y no aquéllos de los que no puede disponer al tiempo de la donación (art. 635). En el extremo opuesto estaba la opinión de quienes consideraban las donaciones esponsalicias como verdaderas donaciones *mortis causa* y, por tanto, revocables en vida; pero resultaba bastante claro que la revocabilidad como principio general no era una nota que pudiese predicarse de estas donaciones, pues el artículo 1.333 (hoy el 1.343) recogía los casos en que, excepcionalmente, las donaciones por razón de matrimonio podían quedar sin efecto por voluntad unilateral del donante.

Admitida la irrevocabilidad de esta disposición gratuita de bienes futuros de los desposados, se hace mayoritaria la opinión, que al principio se apuntó con cierta timidez, de que se trataba de un verdadero contrato sucesorio. No por ello se olvidó que los términos empleados («Los desposados pueden darse...», comenzaba diciendo el precepto) revelaban que el legislador parecía estar pensando en una donación, lo que para ROCA SASTRE era un simple defecto de técnica, explicación en absoluto válida respecto del actual 1.341, pues no cabe pensar, en vista del debate que venía ocupando desde la publicación del Código a la doctrina civilista, que la expresión «podrán donarse» haya sido irreflexivamente utilizada en la reforma del 81. Más bien parece —y la ubicación del precepto lo confirma que se quiere dejar bien claro que se trata de una donación *propter nuptias*, consecuentemente sometida a las normas de éstas. Ello no es incompatible con su naturaleza de pacto sucesorio, que el legislador español, siguiendo las directrices de la doctrina, ha asumido plenamente, como prueban los trabajos parlamentarios (17).

(17) En el curso de éstos se puso de manifiesto la naturaleza de pacto sucesorio de la donación de bienes futuros entre esposos. Concretamente, el grupo centrista-UCD presentó una enmienda al Proyecto de Ley (la núm. 412) con la finalidad de «aclarar las viejas dudas que presentó a la doctrina el viejo artículo 1.331 del Código de 1889». La primera de esas dudas era la de si tales donaciones eran o no revocables. «Para el enmendante, se dice justificando el nuevo texto propuesto, se trata propiamente de un pacto sucesorio, de un caso de sucesión contractual, y corresponde a una asentada tradición jurídica, que acaso estemos reproduciendo rutinariamente cuando ya han cambiado los supuestos sociales en que cuadraba y debía de operar el presupuesto de una familia estable, fundada en el matrimonio indisoluble...» Aunque lo pedido en esta enmienda, fundamentalmente refundir los dos párrafos en uno y derogar expresamente el art. 620, no se tuvo en cuenta por el Dictamen de la Comisión, no se cuestionó la calificación de pacto sucesorio atribuida por su primer firmante, Antonio Díaz Fuentes.

La unión de éstos a los argumentos tradicionales (18) y a los precedentes históricos (19), nos llevará a darle la razón a LACRUZ cuando afirma: «La donación de bienes futuros presenta, así, un aspecto predominante de contrato de institución de heredero o de legado, si bien no podemos dejar de lado el calificativo de *donación* atribuido por el Código Civil al acto, y que impone la sumisión a normas sobre donaciones por razón de matrimonio y donaciones ordinarias que puedan adaptarse a su especial naturaleza. En definitiva podemos calificarla, con VALLET, de donación *mortis causa*, y en cuanto tal asimilable a los legados (o en su caso a la institución de heredero), pero irrevocable: la revocabilidad pertenece a la naturaleza de la donación *mortis causa*, pero no a su esencia».

Con lo anterior no queda por supuesto resuelto, sino tan sólo planteado, el problema de fondo que suscita la figura: la determinación de su régimen jurídico; pero esto es algo que excede de las posibilidades y del objetivo del presente trabajo. Me ceñiré por ello a los aspectos que para él ofrecen relevancia, comenzando por los sujetos.

Los únicos que pueden celebrar esta modalidad de donación son *los futuros esposos* (art. 1.341, párr. 1). La limitación subjetiva constituye el primer indicio del carácter excepcional de la norma y es prueba de que no estamos ante un cambio de política jurídica en lo que se refiere a la admisión de la sucesión contractual, que nuestro ordenamiento, al igual que los restantes del área latina, rechaza en línea de principio.

Dentro del concepto de pactos sucesorios incluye CASTÁN toda convención que tenga por objeto la herencia de una persona viva, ya sea ésta uno de los contratantes o un tercero extraño al contrato. De manera que no son sólo las convenciones mediante las cuales una persona confiere a otra un derecho hereditario a título universal o particular sobre sus bienes, aunque ésta sea una de sus modalidades, sino que también se incluyen dentro de la figura de la sucesión contractual los llamados *pacta de non succedendo* o renunciativos, por los que renuncia de modo definitivo a la herencia aquél

Por su parte, el grupo Socialistes de Catalunya propuso (enmienda núm. 264) la supresión del párrafo 2.º del art. 1.341 del Proyecto de Ley, cuyo texto era el siguiente: «Igualmente podrán donarse (los desposados) antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada». El motivo de la enmienda era que este párrafo «no encaja en un sistema que no admite los pactos sucesorios». El Dictamen de la Comisión no aceptó lo en ella pedido.

(18) Como el de que, interpretado de otra manera el art. 1.341, sería inútil, pues sólo estaría permitiendo a los desposados algo que de todas formas ellos —y el resto de las personas— pueden hacer: disposiciones de bienes que sólo producen efectos a la muerte del donante, pudiendo hasta entonces revocarse.

(19) El art. 1.258 del Proyecto del 51 configuraba las donaciones de los bienes que un cónyuge deja a su muerte como sucesión contractual.

que por cualquier título puede ser llamado a ella, y los *pactos dispositivos*, en los que el causante permanece extraño a los mismos y los que los celebran disponen de los bienes comprendidos en la futura sucesión de un tercero a favor de un extraño, bien sea a título de venta, de donación u otro cualquiera. Y aún dentro de cada uno de estos tipos pueden todavía establecerse distinciones. En suma, la sucesión contractual es una institución amplia y de gran diversidad y por ello es lo más prudente atribuir a un supuesto tan puntual y cualificado como el del artículo 1.341 el carácter de una verdadera excepción, que no necesariamente significa que se esté evolucionando hacia un sistema de permisión de los pactos sucesorios, análogo al de otros ordenamientos o a los de los derechos forales.

Cabe distinguir en las legislaciones actuales entre aquellas claramente restrictivas en materia de sucesión contractual y aquellas otras en que ésta se admite, conviviendo con absoluta naturalidad con la testamentaria y la legal. Es este último el caso de Alemania, Austria y Suiza, que recogieron la tradición jurídica germánica, conocedora de un amplio desarrollo consuetudinario de la institución. Al primer grupo pertenecen el Código francés, el italiano, el portugués y el español que, con diferencias no sustanciales entre ellos, no hacen más que consagrar la solución acogida por el Derecho Romano en el que, pese a no encontrarse una prohibición general de los pactos sucesorios, se partía del principio radicalmente opuesto al del derecho germánico. Pero ya en el Derecho Romano se fue perfilando un supuesto en el que el principio prohibitivo se hacía tolerante: cuando se trataba de pactos celebrados en atención al matrimonio. Y esta excepción subsiste hoy en la mayor parte de los ordenamientos del área latina (salvo Italia).

Tradicionalmente se viene justificando por ser favorable al matrimonio (20), pero respecto del párrafo segundo del artículo 1.341 es cuestionable que ésta sea la *ratio*, pues donante y donatario han de ser necesariamente los futuros esposos, y si efectivamente se tratase de una medida tendente a facilitar las nupcias, se ampliaría el supuesto a las donaciones procedentes de extraños, tal y como hacía el Proyecto del 51 (art. 1.253) o el Código francés (arts. 1.082 y 1.083). Tampoco resulta oportuna la mención del interés de la familia como fundamento del negocio porque si de verdad se protegiese ese interés, no serían revocables por ingratitud del donatario (cfr. art. 1.343.1). Aquí el único interés que se está protegiendo es el del donatario.

(20) Como dice ROCA SASTRE, si la prohibición de los pactos sucesorios fue debida a la finalidad de proteger la libertad de disponer por testamento (*favor testamentorum*), la libertad de los mismos pactos responde al designio de favorecer la celebración de matrimonios (*favor matrimoniorum*).

El principio del *favor matrimonii* constituía, en efecto, la razón de ser del régimen privilegiado de las antiguas donaciones *propter nuptias*, mediante las cuales personas distintas de los cónyuges pretendían coadyuvar a la formación del patrimonio de la nueva familia, pero no es seguro que lo haya sido en algún momento de las donaciones entre desposados. Como dice LAURENT hay algo de indignante en el pensamiento de que el esposo que se casa no lo hace sino porque recibe una liberalidad. En cuanto a las donaciones *mortis causa*, decir que mediante ellas se quieren favorecer las nupcias significaría que se pretende incentivar la celebración de matrimonios mediante la garantía que un cónyuge ofrece a otro de que se va a convertir en sucesor suyo en los términos pactados. En realidad, las donaciones esponsalicias se justifican históricamente, según Alvarez CAPEROCHIPI, por la necesidad de asegurar la posición de la viuda en una época en que no tenía reconocida una cuota legitimaria y en la que no participaba (porque el régimen matrimonial era el dotal) de las ganancias de su cónyuge. Subsisten en el derecho moderno, y como nuestro Código las reconduce a una categoría unitaria, la de las «donaciones por razón de matrimonio», la doctrina hace tabla rasa y, olvidando cualquier matiz, afirma que su régimen de favor responde a la intención de la ley de favorecer el matrimonio.

Tras la reforma del 81 no puede ya sostenerse que ese sea el fundamento de las especialidades contenidas en el capítulo dedicado a las donaciones por razón de matrimonio. Si se compara la disciplina vigente con la anterior (antiguos arts. 1.327 a 1.335), se observará la desaparición de las normas que respondían a aquella *ratio*: la derogación del requisito de la aceptación, la obligación del donante de liberar los bienes donados de las hipotecas y cualesquiera otros gravámenes que pesen sobre ellos y la exclusión de las causas generales de revocación de las donaciones. Nuestro legislador ha cambiado, y ello es digno de alabanza, la configuración de las liberalidades matrimoniales. Para él no son relevantes los fines o los motivos por los que se hacen (21), ni quiere con ellas facilitar el matrimonio. Su peculiaridad estriba en su vinculación al matrimonio y todas las especialidades que establece —que presentan menores rasgos de privilegio que en el régimen derogado— responden a esa idea. Basta con que se realicen «*en consideración*» al matrimonio, en favor de uno o de los dos esposos y antes de su celebración, para quedar incluidas en dicha categoría y sometidas a particulares disposiciones que, si bien se mira, lo único que hacen es desarrollar las consecuencias propias de su dependencia del matrimonio.

(21) Generalmente se pretende contribuir a la formación del patrimonio conyugal o demostrar mediante ellas el afecto al donatario o la alegría que supone el próximo enlace.

Volviendo a la hipótesis del artículo 1.341.2 y descartado que el motivo por el que se deroga la prohibición de los pactos sucesorios sea el *favor matrimonii*, ¿a qué se debe entonces? Me inclino a pensar que si se admite a cada uno de los contrayentes realizar donaciones *mortis causa* en favor del otro, siempre que se respeten los límites marcados para la sucesión testada, es porque se entiende que si alguna relación humana justifica que se derogue el principio de la libertad de testar es la relación conyugal, pero no porque se quiera inducir a nadie a contraer matrimonio, sino porque implica una comunidad de vida con ánimo de permanencia que convierte en razonable la merma de libertad que supone. Es más acorde con la conciencia social del momento entender que en el contexto de una relación matrimonial, aparte de que quizás sea menos probable un cambio de voluntad, tiene sentido imponer al disponente la vinculación de por vida a lo que acordó con su cónyuge antes de contraer matrimonio. Ciertamente, puede resultar paradójico en un sistema, como el actual, de matrimonio disoluble, pero esto ya lo tiene en cuenta el artículo 1.343, al permitir la revocación en los casos de separación y divorcio si concurren en el donatario determinadas circunstancias.

Es claro, por otro lado, que si se admite la hipótesis de sucesión contractual que estamos comentando no es por su inclusión en la escritura de capitulaciones matrimoniales, aunque la forma sea un requisito *ad solemnitatem*, pues como dice PELAYO HORE no es lógico pensar que un requisito formal convierta en lícito y aceptable lo que sin él se considera inadmisibles. Pero es inevitable preguntarse por la razón del diferente trato que en materia de forma reciben las donaciones por razón de matrimonio en general (que, como ya vimos, no es necesario que se celebren en capitulaciones) y las donaciones de bienes futuros que, sin dejar de pertenecer a esa categoría, han de hacerse forzosamente en capitulaciones. Pues bien, el acto reviste la suficiente transcendencia como para que se extremen las precauciones dirigidas a garantizar la pureza de la voluntad, como en el resto de los negocios *mortis causa*, y de ahí que se imponga la escritura pública. Puestos a exigir el documento público, y habida cuenta de la conexión que por definición este contrato mantiene con el matrimonio, ¿no es lo lógico llevarlo al terreno de las capitulaciones matrimoniales? Esto es lo que con buen criterio ha hecho nuestro Código.

Menos comprensible resulta que únicamente se permita este pacto antes del matrimonio (22). Lo primero que se piensa es que la explicación de ello

(22) El Grupo Parlamentario Socialista del Senado presentó una enmienda (n.º 23) al art. 1.341 proponiendo la siguiente redacción: «*Podrán acordarse en capitulaciones matrimoniales las donaciones de bienes futuros sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada*». Como puede verse, no se incluía el requisito de la antenupcialidad.

es la misma que la de las donaciones *propter nuptias* en general (no olvidemos que es una de ellas). Lo que define a éstas (lo hemos repetido muchas veces) es que se hacen con ocasión de matrimonio. No debe, pues, haber dudas de que esa vinculación existe, y la forma de disiparlas es exigir que se realicen con anterioridad a la celebración del matrimonio proyectado. Cuando es así van a funcionar en conexión con el matrimonio, sin necesidad de probar que la voluntad del disponente dependía de su celebración, ni de recurrir a los elementos accidentales del negocio. O sea, que la antenuptialidad es para el legislador el indicio de que la liberalidad se hace *contemplatio matrimonii*. Sin embargo, las consecuencias del requisito legal de la antenuptialidad son diferentes según que se trate de donación de bienes presentes o de donación de bienes futuros, porque mientras que no hay ningún obstáculo legal para realizar una donación de bienes presentes constante matrimonio —que además se puede hacer depender de su subsistencia sometiéndola a condición o imponiéndola al donatario como carga—, sí que lo hay para la celebración después de las nupcias de un pacto sucesorio, aunque sea entre esposos. Sencillamente no sería posible en base a las reglas generales. De ahí que esté mucho más justificada la crítica del requisito de la anterioridad al matrimonio en el supuesto del artículo 1.341.2 que en las donaciones entre vivos. La ley, a pesar de todo, ha decidido formular la norma en los términos estrictos que conocemos (23), de donde deriva una importante consecuencia: que el pacto en cuestión no puede modificarse, ni aún por acuerdo de ambas partes, después de contraído el matrimonio o, cuanto menos, que no puede modificarse sin perder su carácter *propter nuptias*. Ya hemos dicho que la donación es irrevocable, pero no estamos ahora hablando de que por voluntad unilateral del donante se deje sin efecto la liberalidad, sino de la posibilidad de que, bien esto, bien la novación de la donación, se convenga bilateralmente (24).

(23) La redacción del Proyecto era la siguiente: «*Por razón de matrimonio los desposados podrán donarse hasta la décima parte de sus bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.*»

(24) Una muestra de la confusión, bastante extendida, entre irrevocabilidad de la donación e imposibilidad de dejarla sin efecto o novarla por acuerdo de las partes, se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1949, en la que se declaró nula la novación de una donación *propter nuptias* acordada en documento privado entre donantes y donatario, en base a que tales donaciones eran *irrevocables*, salvo en los contados casos en que el art. 1.333 permitía su revocación. Entendió el Tribunal que puesto que la primitiva donación quedaría sin efecto al ser sustituida por la posteriormente acordada, entender válida ésta significaba contravenir la regla de la irrevocabilidad de las donaciones con ocasión de matrimonio, puesto que tal causa de revocación no estaba incluida en el art. 1.333. Como *obiter dicta* señala la insuficiencia del documento privado para la validez de la donación y el incumplimiento de lo orde-

Conforme a los principios generales, las partes de un contrato pueden, mediante nuevo acuerdo de voluntades, modificar o dejar sin efecto lo por ellas pactado. El Código no niega expresamente esta posibilidad a los sujetos de una donación *propter nuptias*, pero del requisito de la antenuptialidad, establecido por los artículos 1.336 y 1.331.2, se deduce la imposibilidad de modificarlas constante matrimonio. Me explico:

Teóricamente puede distinguirse entre la admisión de un determinado negocio sólo antes de la celebración del matrimonio y la posibilidad de que se modifique después, pero en realidad una cosa va unida a la otra. La novación significa que un nuevo negocio sustituye a otro anterior de la misma naturaleza. Si se trata de un negocio sólo permitido antes del matrimonio y se acuerda su alteración después de celebrado éste, no se estará respetando el requisito de la antenuptialidad, sin el cual el nuevo negocio carece de eficacia, lo que implica la subsistencia del primitivo. Lo que sí parece posible, no habiendo una norma expresa al respecto, es dejarlo sin efecto por acuerdo de ambas partes. Si se tiene en cuenta, además, que el donatario siempre puede renunciar a la donación, se comprenderá la sinrazón que supondría negar respecto de ésta el mutuo disenso.

La antenuptialidad de las donaciones con ocasión de matrimonio es, pues, el motivo para excluir la posibilidad de que, constante matrimonio, se modifique una donación de este tipo. No lo entendió así la ya citada Sentencia de 30 de octubre de 1949, que, según se ha expuesto, negó eficacia a un pacto novatorio de una donación *propter nuptias* por motivos bien distintos (véase la última nota). El Tribunal consideró que el principio de inmutabilidad de las capitulaciones, entonces en vigor, no regía respecto de tales donaciones, siendo sólo aplicable a lo que él llama «estipulaciones de capítulos matrimoniales» (esto es, sobre régimen económico), que diferencian perfectamente de aquéllos. La postura del Tribunal de no creer aplicable la regla de la inmutabilidad, formulada en el artículo 1.320, a una donación con ocasión de matrimonio, es razonable, si se tiene en cuenta cual era entonces el concepto de capitulaciones del Código, pero no se tomó en consideración el artículo 1.327, que definía las donaciones por razón de matrimonio como «*las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno de los dos esposos*» y que a mi juicio hubiese sido la base adecuada para la solución del caso planteado.

nado por el art. 1.319, puesto que la alteración se había hecho sin la concurrencia de todas las personas que intervinieron en el otorgamiento de la escritura de capitulaciones.

La mención de este último precepto es asimismo claramente inoportuna, pues si bien es cierto que en el derecho entonces vigente se exigía, sin más requisitos, la asistencia y concurso de todas las personas que intervinieron en su otorgamiento, para la válida modificación de las capitulaciones, ello era sólo para la modificación acordada antes de la celebración del matrimonio, y no es el caso de la sentencia.

Estamos viendo como ocupan un lugar destacado, a la hora de determinar el régimen jurídico de estas donaciones de bienes futuros, las disposiciones sobre las donaciones *propter nuptias*. Se ha puesto un especial empeño en manifestar que participan de su naturaleza. La aplicación a ellas de la normativa contenida en el capítulo III del Título III del Libro IV del Código parece, pues, indiscutible. Mas, por otro lado, la exigencia de la forma capitular nos lleva a preguntarnos si le son aplicables también las disposiciones del capítulo II, el referido a las capitulaciones matrimoniales. Sin necesidad de detenernos mucho, comprenderemos que, salvo la exigencia de escritura pública, bien poco añaden al régimen jurídico del capítulo III. En realidad, tan sólo la remisión a las normas generales de los contratos efectuada por el artículo 1.335, que en rigor no es necesaria si aceptamos la naturaleza contractual de la donación para el caso de muerte, y el requisito exigido por el artículo 1.331 para la validez de la modificación de las capitulaciones matrimoniales.

Pero, ¿realmente tiene éste sentido en relación con el 1.341, 2º? Se debe distinguir según que la novación se refiera al pacto sucesorio o a algún otro pacto capitular. En cuanto a la primera hipótesis, ya hemos visto que está legalmente excluida después del matrimonio, aunque podría llevarse a cabo antes de su celebración. En este caso sería precisa la concurrencia de los demás otorgantes de los capítulos, pero no olvidemos que el derecho por ellos concedido tendría que resultar afectado, lo que no parece posible al tratarse de una donación «*para el caso de muerte*»

Por lo que se refiere a la segunda hipótesis, la de modificación de otros pactos capitulares distintos del sucesorio, puede ser ante o postnupcial (25). Generalmente la alteración se referirá al régimen económico del matrimonio, en cuyo caso, siendo los cónyuges los sujetos de la novación, la norma no tiene sentido, pues los únicos que tendrían que concurrir serían ellos, como partes del pacto sucesorio.

Una última posibilidad es que la novación se refiera a un pacto capitular concertado entre uno de los cónyuges y un tercero (por ejemplo, la mejora hecha en capitulaciones). ¿Es entonces preciso, en base al artículo 1.331, el concurso y asistencia del otro cónyuge que intervino como otorgante en las capitulaciones que se pretenden modificar? La respuesta es negativa porque incluso de existir algún caso en que se afectase un derecho concedido en su favor, la norma, según ya quedó explicado, existe para proteger al donante (sobre la base de la idea de que en las donaciones por razón de matrimonio hay algo más que una mera liberalidad) y no al donatario.

(25) Salvo que se trate de una donación *propter nuptias*, que hay que entender inmutable en base al art. 1.336.

En principio, pues, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, el artículo 1.331 parece pensado sólo para el caso de modificación capitular llevada a cabo por ambos esposos y que produzca como consecuencia una alteración de la titularidad o destino de bienes donados por terceros, bien en favor de uno, bien en favor de ambos.

D) *Artículo 826 y 827: Promesa de mejorar o no mejorar*

Declara el párrafo primero del artículo 826 del Código que «*La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida*». Desde GARCÍA GOYENA (con referencia al art. 658 del Proyecto del 51) se viene considerando como una excepción al principio general de prohibición de los pactos sucesorios, que tiene su origen en la Ley 22 de Toro (26).

La letra del precepto, al no incluir alusión alguna a la aceptación de la promesa, no resulta decisiva en cuanto a su naturaleza contractual. Entra pues dentro de lo posible entender que a lo que se refiere es a una declaración unilateral de voluntad del mejorante. Apoya esta idea el párrafo segundo del propio artículo, según el cual «*La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto*». Esto, referido a un contrato, es absolutamente innecesario, porque con arreglo a los principios generales la sola voluntad de una de las partes del contrato no puede dejar éste sin efecto. Abunda en esta idea la consecuencia jurídica prevista por el párrafo 1.º Según él, la promesa de mejorar o no mejorar «*será válida*», lo que parece indicar que se quiere atribuir eficacia jurídica a algo que normalmente carecería de ella: una declaración de voluntad no testamentaria, pero también unilateral, relativa a la mejora.

Fácilmente pueden ser rebatidos cada uno de los argumentos expuestos. La finalidad de la norma es, en efecto, permitir algo que, ateniéndonos a las reglas generales, sería nulo por contravenir la prohibición de la sucesión contractual: el compromiso de realizar en el futuro una disposición (o de no hacerla) en concepto de mejora, bien por testamento, bien por acto *inter vivos*. Como dice Mucius SCAEVOLA, el artículo 826 no se refiere a la mejora

(26) «*Si el padre o la madre o alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos de no mejorar a alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejora de tercio ni quinto, y si la ficiere que no vala: y asimismo mandamos, que si prometió el padre o la madre, o alguno de los ascendientes de mejorar a alguno de sus hijos o descendientes en el dicho tercio y quinto por vía de casamiento, o por otra causa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados a lo cumplir y hacer, y si no lo hicieren, que pasados los días de su vida, la dicha mejoría y mejoras de tercio y quinto sean habidas por fechas.*»

de presente, sino a la *de futuro*, a la que está por venir. El concepto *promesa* supone algo que se ha de hacer, su contenido jurídico es una obligación futura.

El silencio en cuanto a la aceptación no es razón para entender que no es necesaria. También el artículo 1.451 habla de promesa de vender o comprar y es claro que no se refiere a una declaración unilateral de voluntad, sino a la obligación de celebrar el contrato en el futuro. Además, en este punto resultan decisivos los precedentes históricos: la Ley 22 de Toro habla del ascendiente que «*prometió por contrato*» y el artículo 658 del Proyecto del 51 mencionaba expresamente la aceptación como requisito de la promesa de mejorar (27).

Por último, no es superflua la disposición del párrafo 2 del artículo, porque si bien es cierto que los contratos no pueden quedar sin efecto por la voluntad de una de las partes, no lo es menos que la regla general en cuanto a la mejora —que con toda claridad sienta el art. 827— es la revocabilidad, y si la mejora es revocable, con mayor motivo hubiésemos entendido que lo es la simple promesa de realizarla. Aquí se ve la utilidad de ese párrafo 2.º, aunque también es cierto que, siendo irrevocable la mejora hecha en capitulaciones, según continúa diciendo el artículo 827, vendría impuesta la misma solución respecto de la promesa de mejorar en capítulos.

El efecto básico de estas promesas de mejorar o no mejorar es la nulidad de todas las disposiciones del causante contrarias a ellas. Aunque sólo se habla de *testador*, hay que entender con MANRESA que el legislador quiso referirse al promitente y a toda disposición posterior contraria a la promesa, aunque no esté contenida en testamento. Además, cuando se trata de promesa positiva de mejora, se entiende ésta hecha aún cuando el promitente no la cumpla. Como decía la Ley 22 de Toro, mucho más expresiva en este punto, «*si no lo hicieren, que pasados los días de su vida... sean habidas por fechas*». En definitiva, la promesa de mejorar hecha con los requisitos de la ley, equivale a mejora, pero a mejora irrevocable.

El artículo 826 no dice quiénes son los sujetos de la promesa, por lo que cabría entender que puede serlo, respecto de la mejora de sus descendientes, cualquier otorgante de las capitulaciones. No obstante, el supuesto contemplado en nuestro antiguo derecho es el de un pacto en el cual un ascendiente prometía mejorar al hijo o hija que se casaba. No se consideraba, en cam-

(27) El texto del artículo era el siguiente: «*La promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificación prescrita en el artículo precedente y aceptada por aquél en favor de quien se hace, equivale a una mejora. Si la promesa es de no mejorar y resulta de escritura pública, será nula toda mejora hecha contra la anterior promesa.*»

bio, la hipótesis de que uno de los contrayentes prometiera al otro (o ambos recíprocamente) mejorar o no mejorar a hijos nacideros, si bien un sector doctrinal, encabezado por MANRESA, lo creyó incluido en el supuesto de hecho. Distinta era la opinión de SÁNCHEZ ROMÁN, que se basaba en que al tiempo de otorgarse las capitulaciones (que entonces eran antenupciales) es de suponer que no había descendientes de los cónyuges a los que mejorar. Mucho más sólido es el razonamiento de VALLET DE GOYTISOLO, quien afirma que, dado el carácter excepcional de los pactos sucesorios en el Código Civil, parece más dudosa la eficacia de la promesa de mejorar o no mejorar estipulada entre los cónyuges respecto de sus hijos nacideros, a no ser que vaya respaldada y apoyada en la delegación prevista en el artículo 831. A este viejo problema se une, tras la admisión de las capitulaciones postnupciales, el de si los esposos pueden utilizar el *instrumentum* capitular para mejorar a los hijos comunes. No cabe duda de que podrán hacerlo por contrato entre vivos (art. 825), pero ello no implica especialidad alguna. La verdadera cuestión es si tiene eficacia jurídica aquella estipulación capitular por la que los cónyuges se comprometen a mejorar (no es mejora de presente) o no mejorar a descendientes comunes. Partiendo del hecho de que el artículo 826 no contempló esta posibilidad que, no obstante, encaja en su letra, creo que sólo puede resolverse adecuadamente la cuestión indagando la *ratio* de la norma.

Llegamos así al problema central. Con las aclaraciones hechas anteriormente, el significado de la norma no ofrece demasiadas dudas. Los verdaderos problemas se presentan desde el momento en que uno se pregunta por su *ratio*. ¿Cuál es la razón por la que se derogan las normas generales y se concede eficacia a un pacto sucesorio, sólo y exclusivamente si éste se incluye en el contrato matrimonial?

Si prescindimos del principio del *favor matrimonii*, que implicaría, según decía LAURENT, considerar al matrimonio como si de un mercado se tratara, y respecto del cual ya expuse mi opinión al ocuparme de las donaciones con ocasión de matrimonio, habremos de admitir que no parece posible hallar un motivo convincente que explique que las únicas promesas de mejorar a las que nuestro Derecho reconoce eficacia sean las hechas en los capítulos matrimoniales. Ello, unido a los precedentes históricos, a la extraña reiteración del propio artículo 826, que menciona como requisito la escritura pública y las capitulaciones matrimoniales y, por último, a la norma del artículo 827 del Código, que declara irrevocable, además de la mejora hecha en capitulaciones, la hecha en contrato oneroso celebrado con un tercero, me llevan a adscribirme a la tesis de los que defienden, prescindiendo de la interpretación literal del artículo 826, que en realidad éste declara válidas las promesas de mejorar y no mejorar si han sido hechas en capitulaciones matrimoniales o en un contrato oneroso celebrado con un tercero.

En cuanto a los precedentes históricos, lo primero que se observa, tanto en las Leyes de Toro como en el Proyecto del 51, los requisitos que se exigían para las promesas negativas y las positivas no eran los mismos, siendo más rígidos en estas últimas, lo que se explica por su mayor transcendencia. El Código abandona esta distinción y declara vinculantes ambas modalidades, sin más requisito que el de que se hagan «*por escritura pública en capitulaciones matrimoniales*». No es dudoso el ánimo del legislador de unificar los requisitos de las promesas de mejorar y de no mejorar, aunque algún autor haya defendido lo contrario. Una cosa es no atenerse estrictamente a la literalidad de los términos empleados y otra muy distinta pretender que el Código no ha modificado el derecho anterior cuando resulta evidente que lo ha hecho. Además, es probable que los redactores del Código se inspiraran en las opiniones de GUTIÉRREZ, quien, comentando los distintos requisitos que la Ley 22 de Toro exigía para los pactos de *non succedendo* (contrato entre vivos y escritura) y para los de *succedendo* (por vía de casamiento u otra causa onerosa), se preguntaba, recogiendo las inquietudes de otros autores, si el requisito impuesto en un caso había de considerarse sobreentendido en el otro, concluyendo que así debía ser y que la promesa de no mejorar debía, al igual que la de mejorar, hacerse mediante una causa y que ninguna otra era más propia para ello que el casamiento.

Nótese que respecto de las promesas positivas no se menciona la escritura pública, pero que ello no quería decir que no fuera necesaria. Según LACOSTE la escritura pública era tan necesaria para las promesas de mejorar como para las de no mejorar. Basta considerar que la Ley 22 de Toro no se ocupaba de las de mejorar más que en la parte final de su texto, suponiéndose citada la frase «*por vía de casamiento o por cualquier otra causa onerosa*». Ya advertía PACHECO que en las Leyes de Toro es indispensable buscar en unas la verdadera inteligencia de las otras, porque están escritas con tal imprecisión que sería un error dar excesiva importancia a omisiones que lo son de cada momento.

La misma tónica mantuvo el Proyecto del 51, cuyo artículo 658 declaraba equivalente a la mejora «*la promesa de mejorar hecha por causa onerosa en escritura pública*» y la de no mejorar simplemente cuando se hacía en escritura pública. Lo que ahora se omitía era la referencia a las nupcias, probablemente porque se venía considerando que las promesas de mejorar con ocasión de matrimonio tenían una causa onerosa y que no había por tanto necesidad de mencionarlas expresamente. Esta es la opinión de LACOSTE, para quien en las Leyes de Toro el contrato de matrimonio no era considerado más que como ejemplo de los contratos a título oneroso que pudieran estipularse con un tercero y se mencionaba expresamente porque era la ocasión más frecuente de ejercer esas promesas de mejorar. Encuentra

esta idea apoyo en el texto de la ley 22, que habla de la promesa de mejorar «*por vía de casamiento o por otra causa onerosa alguna*», pero no resulta lo mismo de la ley 17 en que la mejora hecha en contrato con causa onerosa se distingue perfectamente de la hecha con ocasión de matrimonio: «*así como (es decir, también) por vía de casamiento*».

Finalmente, la redacción actual, en la que desaparece la referencia a la causa onerosa y se mencionan las capitulaciones matrimoniales tras la escritura pública, se introdujo por el artículo 811 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-88. Sigue siendo necesario poner en relación la norma con otras (concretamente con el art. 827) para obtener una completa enumeración de los requisitos necesarios para la validez e irrevocabilidad de las promesas de mejorar. LACOSTE señala como posibles causas del carácter incompleto del artículo 826 bien la falta de comprensión por parte de los redactores del Código de la doctrina contenida en las Leyes de Toro, bien un afán desmedido de concisión. Sin necesidad de ser tan duros con nuestro legislador, basta con pensar para explicarla que no se quiso modificar el derecho anterior (tan sólo unificar, siguiendo las directrices de GUTIÉRREZ, el régimen de las dos modalidades de promesa) y que aunque se quiso reproducir en lo esencial la doctrina de las Leyes de Toro, se recogió parcialmente debido al carácter incompleto de sus leyes.

Por lo que se refiere a la expresión del artículo 826 «*por escritura pública en capitulaciones matrimoniales*», llama la atención que en una disposición en que el legislador fue muy parco en palabras (quizá con un afán de simplificación que acarrea graves dificultades al intérprete y hace imprescindible el recurso a los precedentes históricos), se introduzca una mención innecesaria del requisito del documento público pues, como dice Mucius SCAEVOLA, implícito en el concepto de capitulaciones matrimoniales va el de escritura pública.

Le fue fácil a la doctrina encontrar una explicación para ello: en la anterior normativa sobre las capitulaciones no era requisito de las mismas la escritura pública si concurrían las circunstancias del antiguo artículo 1.324 (28); pero la forma en este prevista se estimó insuficiente para las promesas de mejorar y no mejorar. No bastaba, pues, con aludir a las capitulaciones matrimoniales, sino que había que añadir la exigencia de escritura pública, aún cuando por regla general esta era la forma requerida por la ley para el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio.

(28) «*Siempre que los bienes aportados por los cónyuges no sean inmuebles y asciendan a un total, los de marido y mujer, que no exceda de 2.500 pesetas, y en el pueblo de su residencia no hubiese Notario, las capitulaciones se podrán otorgar ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos, con la declaración, bajo su responsabilidad, de constarles la entrega, o aportación en su caso, de los expresados bienes.*»

Totalmente distinto es el punto de vista de LACOSTE, quien, inspirándose en el derecho anterior, propone una interpretación poco respetuosa con la letra de la ley. El cree que la primera condición enunciada por el artículo 826, la de «*escritura pública*», se refiere tanto a las promesas de mejorar como a las de no mejorar, pero que ello no sucede con la segunda condición, «*en capitulaciones matrimoniales*», que sólo rige para las de mejorar porque, según el, «la tradición, la lógica y el buen sentido nos dicen al unísono que el lugar para las promesas de no mejorar no son las capitulaciones matrimoniales». Aún reconociendo lo acertado de esta afirmación, no comparto su opinión pues, como ya ha quedado expuesto, es probable que la unificación del régimen de las promesas de mejorar y no mejorar llevada a cabo por el Anteproyecto del 82-88, que luego pasó al Código, esté inspirado en las manifestaciones de un sector doctrinal que tal cosa aconsejaba.

En suma, soy de la opinión de que en nuestro vigente derecho están permitidas las promesas de mejorar y no mejorar siempre que se hagan en un contrato oneroso celebrado con un tercero, formalizado en escritura pública, o cuando formen parte del contrato matrimonial. Pero ni siquiera con esta ampliación del supuesto de hecho del artículo 826 se hace más fácil resolver el problema de su *ratio*, porque si pronto se comprende el porqué se concede eficacia jurídica a la promesa nacida de un pacto oneroso entre el mejorante y alguien que no es el mejorado, no ocurre lo mismo respecto de la promesa de mejorar con ocasión de matrimonio.

Las promesas de mejorar, tanto positivas como negativas, han de tener su origen, para ser reconocidas por nuestro ordenamiento, en un acuerdo de voluntades en el que el mejorante, a cambio de una prestación que obtiene de la otra parte, se obliga a realizar una atribución patrimonial con la cualidad de mejora en favor de determinado hijo o descendiente. Este recibe una atribución patrimonial gratuita, pero en el mejorante concurre una causa onerosa; por ello el interés del mejorado tiene que prevalecer respecto del suyo. La mejora no ha perdido su carácter de tal: es una atribución patrimonial gratuita recibida por el descendiente; sin embargo, el mejorante no actúa movido propiamente por un ánimo de liberalidad. Su libertad de testar no tiene que ser ya protegida. Debe quedar claro que no es suficiente, para dotar de eficacia jurídica a la promesa de mejorar, con el interés oneroso del mejorante. En tal caso estarían autorizadas también cuando este contrata directamente con el descendiente mejorado, recibiendo de él una contraprestación a cambio de la mejora. Pero no es así. Y es que, en tales casos, la mejora perdería para el descendiente la nota de gratuidad, tan esencial en la misma como en la donación (cosa distinta es, obviamente, que se le imponga una carga al mejorado). En la situación que contempla el Código —única en la que, junto con la de las capitulaciones, se deroga la

prohibición de la sucesión contractual— *hay un interés oneroso en el mejorante, mas no en el mejorado, ni tampoco en el estipulante*, el cual quiere procurar un beneficio al mejorado (29). Es en el estipulante en el que en realidad hay un ánimo de liberalidad. En definitiva, la libertad de testar cede ante el interés oneroso del mejorante.

Mucho más sutiles son las cosas respecto de las capitulaciones matrimoniales, aunque el fundamento es, en lo sustancial, idéntico. Si se permiten las promesas de mejorar realizadas con ocasión de matrimonio no es porque haya un tercero, el cónyuge del mejorado, con un interés digno de protección, tal y como se ha venido sosteniendo, sino porque el mejorante, lo mismo que el donante *propter nuptias*, no actúa movido exclusivamente por un ánimo de liberalidad (30). Esa finalidad que mueve al mejorante no es propiamente un interés oneroso, sino un indefinido interés de carácter no patrimonial, algo así como el deseo del ascendiente de que el matrimonio se celebre y la utilización por éste de un instrumento que facilita su celebración, entendido, no como un estímulo económico al otro cónyuge, sino como el medio de proporcionar al matrimonio el sustrato económico que precisa.

El problema es que si defendemos la validez de las promesas de mejorar en capitulaciones por entender que son un modo de facilitar la celebración del matrimonio, en el sentido expuesto, habría que entender que son nulas cuando responden a una finalidad distinta; por ejemplo, una promesa de mejorar que se cumple en testamento muchos años después difícilmente posibilita la celebración del matrimonio y no cabe duda de que entra dentro del campo de aplicación de la norma. A falta de un fundamento que en el contexto actual me parezca defendible, creo preferible ver en la autorización de promesas de mejorar en el contrato matrimonial la manifestación de una voluntad legislativa algo más flexible en materia de sucesión contractual. Rechazo plenamente cualquier interpretación que implique ver en esta norma un «incentivo» al matrimonio, lo que resulta más acorde con el

(29) Como ha observado BLASCO GASCÓ, normalmente nos hallaremos en un espacio familiar, pues resulta difícil pensar que una persona extraña aproveche este incómodo mecanismo para procurar una ventaja patrimonial a otra persona, ventaja que, en definitiva, podría otorgar directamente mediante una donación, y si se persigue una finalidad solutoria podría hacer el pago igualmente de una manera directa.

(30) Por la misma razón creo admisibles, al amparo del precepto, los pactos por virtud de los cuales el ascendiente se compromete a mejorar a un descendiente determinado imponiéndosele a éste una carga. Obsérvese que es una hipótesis distinta a la del art. 825 que no se refiere a la promesa, sino a una donación intervivos cualificada como mejora, con entrega de bienes por tanto y sometida de lleno a la regla de la revocabilidad (art. 827). Desde el punto de vista del mejorado, la mejora no pierde su carácter de disposición gratuita, pero en el disponente existe un ánimo no estrictamente de liberalidad que justifica que se limite su libertad de testar.

contexto sociológico de épocas pasadas y del que en ningún caso —ni siquiera en otros momentos históricos— debió de hacerse eco el derecho positivo. Incluso en las épocas en que el matrimonio se contraía en base a intereses puramente patrimoniales, no faltaron juristas que se manifestaron en contra de que las leyes reconocieran y ampararan dicha realidad. El Derecho no puede permitir, no al menos con ese ánimo, desplazamientos patrimoniales que supongan de hecho una «compra» del marido o de la esposa; distinto es que de hecho así ocurriera.

Una cosa es la razón por la que en ocasiones se deroga la prohibición de la sucesión contractual (que es lo que hace el art. 826) y otra bien distinta el fundamento por el que, para ciertas mejoras convencionales, se prescinde de la regla de la revocabilidad de la mejora (art. 827). El problema es que esto último ocurre, precisamente, en los mismos casos en que se autorizan las promesas de mejorar. Por eso la *ratio* del artículo 826 suele confundirse con la del 827. Con la salvedad de que el primero trata de la promesa de mejorar y el segundo de la mejora, son idénticos los restantes elementos del supuesto de hecho. Pero la consecuencia jurídica es distinta y el fundamento, en parte, también.

Es prácticamente unánime la opinión de que las dos excepciones a la revocabilidad de la mejora del artículo 827 responden a la misma idea. Constituye una excepción CANO TELLO, quien, recién publicada la Ley de 2 de mayo de 1975, publicó un trabajo en el que se ocupaba de indagar la *ratio* de la irrevocabilidad de las mejoras contractuales y de las realizadas en capitulaciones, sosteniendo que la causa era distinta y que en el último caso era sólo y exclusivamente la tradicional irrevocabilidad del contrato matrimonial; de ahí extraía la consecuencia de que la mejora en capitulaciones es revocable en la misma medida en que éstas lo son y que, admitida la modificación de los capítulos, ya no se debía hablar de irrevocabilidad de la mejora en capitulaciones.

Lo equivocado de este planteamiento salta a la vista. Como indica PUIG BRUTAU, se está confundiendo la revocación unilateral de la mejora con el mutuo acuerdo, que no encuentra obstáculo alguno a partir de la reforma del 75. La mejora en capitulaciones sigue siendo irrevocable, lo que quiere decir que la sola voluntad del mejorante no puede dejarla sin efecto, a diferencia de lo que ocurre con el testamento.

Al margen de ello conviene dejar claro que no hubo nunca en nuestro Código conexión alguna entre el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones y la irrevocabilidad de la mejora hecha con ocasión de matrimonio. Revocación y modificación de los capítulos transcurren por caminos separados. De hecho, las normas sobre la revocabilidad de la mejora y sus excepciones tienen un origen muy anterior a la que establece la inalterabilidad de los capítulos, que la tomamos del Código de Napoleón.

Es claro, a la vista de los dos artículos que comentamos, que el fundamento de la irrevocabilidad, tanto en la hipótesis de contrato oneroso celebrado con tercero como en la de las capitulaciones, es independiente de la naturaleza *inter vivos* o *mortis causa* del negocio jurídico mediante el cual se acuerda o lleva a cabo la atribución patrimonial. Toda mejora es, en principio, revocable. Únicamente determinadas mejoras de las realizadas por actos *inter vivos* están excluidas de ese efecto general. Tampoco es dudoso que nada tiene que ver la irrevocabilidad con la tradición de los bienes (art. 827).

La práctica totalidad de la antigua doctrina entendió que la irrevocabilidad de la mejora se fundaba en la naturaleza onerosa del contrato y en la existencia del interés de un tercero en la misma. Poco se han ocupado del tema los autores modernos, con la destacada excepción de BLASCO GASCÓ, quien se mantiene fiel, en lo fundamental, a la tesis tradicional. Según él, la atribución de la naturaleza irrevocable de la mejora responde a la protección de intereses de un tercero, del mejorado o de ambos. En el supuesto del contrato oneroso celebrado con un tercero esto se aprecia con claridad. De él deriva para una de las partes la obligación de realizar una atribución patrimonial gratuita con la cualidad de mejora a favor de un determinado hijo o descendiente y para la otra parte aquélla obligación que asuma como contraprestación de la anterior, de manera que la mejora no es simplemente una liberalidad, sino también el cumplimiento de una obligación contractualmente asumida. Es en la relación jurídica entre el mejorante y el tercero en donde surge y se constata el interés oneroso de éste último en la mejora, aún cuando, como en el supuesto que hay que entender como más normal, la relación entre el tercero estipulante y el mejorado tenga una *causa donandi*. En suma, es el origen contractual-oneroso, por el sacrificio patrimonial que asume un tercero como contraprestación, por lo que el artículo 827 del Código declara dicha mejora irrevocable. Reconoce sin embargo este autor que ese esquema no se adapta necesariamente con el de la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales, porque en ésta puede faltar el contrato oneroso anterior e, incluso, la figura del tercero. En el supuesto de donación calificada como mejora afecta al sostenimiento de las cargas matrimoniales existe un interés oneroso, o si se prefiere una causa onerosa, predicable de un tercero (el cónyuge no descendiente), pero no hay en puridad un contrato oneroso celebrado con un tercero. En cambio, en el supuesto en que otra persona distinta realiza una atribución patrimonial gratuita a uno o a ambos cónyuges en virtud de la donación calificada como mejora, hecha por el padre o ascendiente a uno de ellos, si tales atribuciones derivan de un pacto anterior, entonces sería aplicable el mismo esquema causal que en el caso de contrato oneroso celebrado con un tercero.

Pese a apreciar estas diferencias, que a su juicio son las que determinaron que el Código separase como hipótesis distintas las que en otros momentos iban unidas, cree que el fundamento de la irrevocabilidad de la mejora ordenada en capitulaciones matrimoniales es el mismo que el de la mejora ordenada por contrato oneroso con un tercero.

Aunque en lo sustancial la tesis expuesta me parece aceptable, difiero de algunas de las consecuencias que de ella deriva su autor y creo que el fundamento no es tanto el interés oneroso de un tercero, como la interdependencia que existe entre los distintos pactos capitulares.

Si bien es cierto que la doctrina anterior al Código Civil entendía que el contrato que se hace por vía de casamiento es oneroso, y que hoy autores como LACRUZ reconocen que en la mejora irrevocable hecha en capítulos hay un cierto matiz de onerosidad, no resulta nada fácil descubrir en quien concurre ese interés oneroso. Desde luego, no en el otro cónyuge, pues, aunque así sea, no es un interés merecedor de tutela jurídica. Tampoco en el propio mejorado porque su interés no es distinto del que tiene en la mejora cuando se realiza por un negocio no capitular y sin embargo entonces es revocable. Únicamente existe tal interés oneroso en un tercero en el caso de que en atención a un matrimonio proyectado y teniendo en cuenta la mejora ordenada en favor de uno de los contrayentes, realice una donación *propter nuptias*.

Constatado que ese «interés» o «matiz» oneroso no existe siempre en la mejora realizada en capitulaciones (31), creo preferible abandonar esa idea y sustituirla por la más precisa y correcta de interdependencia entre los pactos capitulares, que ofrece indudables ventajas respecto de aquélla. Así, si se piensa que el interés no meramente gratuito de un tercero es la causa de la irrevocabilidad, faltando éste, la mejora deberá quedar sometida a la regla general de la revocabilidad. Por el contrario, si se acude a la idea de interdependencia, ese problema queda resuelto, pues significa entender que un pacto capitular, por el mero hecho de quedar inserto en la misma escritura y acordarse simultáneamente por los otorgantes, es considerado y tratado por el legislador como presupuesto de los restantes negocios capitulares. A esta idea respondía el originario artículo 1.319 y creo que es también la *ratio* del artículo 827. La mejora realizada en capitulaciones se presume fundamento y base de las demás estipulaciones que se celebran en capítulos. No puede, en consecuencia, quedar expuesta a la voluntad del mejorante, dado que condiciona otros negocios.

(31) Así lo reconoce el propio autor, quien propugna por ello una interpretación amplia de la idea de onerosidad, la cual, al menos utilizada en su acepción tradicional, es inadecuada como fundamento de la irrevocabilidad de la mejora en capitulaciones matrimoniales.

La idea de interdependencia lleva de otra parte a excluir de la irrevocabilidad la donación por razón de matrimonio con una persona cierta, calificada como mejora, en la cual tiene un interés oneroso una tercera persona aunque no conste en capitulaciones, hipótesis que BLASCO GASCÓ cree que puede tener encaje en el artículo 827, bastando incluso con el interés oneroso del propio mejorado. Pienso, en contra de lo que opina este autor, que la esencia de la irrevocabilidad se halla en la naturaleza de las capitulaciones. No es suficiente que la mejora se haga con ocasión de matrimonio, lo que sí basta, según ya vimos, para calificar una donación de *propter nuptias*. Es la especial ligazón que se supone entre las distintas estipulaciones capitulares la que determina que se derogue la regla general de revocabilidad de la mejora.

Por último, sólo si la interdependencia entre los pactos capitulares es la razón de la irrevocabilidad de la mejora, se comprende que pueda el mejorante reservarse el derecho a revocar ésta, lo que, pese a no haber disposición expresa al respecto, admite la doctrina. En este caso los demás otorgantes de los capítulos están, por así decirlo, advertidos de la posibilidad de que la mejora quede sin efecto y establecerán las restantes cláusulas en función de ello.

Ahora bien, las cosas eran muy claras cuando sólo podían otorgarse capitulaciones antes del matrimonio. Todos los pactos que formasen parte del contrato prematrimonial eran interdependientes en el sentido expuesto, sin que existiese la posibilidad de alterarlos. El asunto se complica con la admisión de las capitulaciones postnupciales. Dificilmente puede decirse que los pactos acordados en un momento dado en capitulaciones matrimoniales son interdependientes porque han tomado en consideración unas capitulaciones anteriores. Piénsese que, constante matrimonio, un ascendiente de uno de los cónyuges decida mejorarlo o prometa hacerlo en una escritura otorgada al efecto, en la que no se contiene ningún otro negocio jurídico y sin participación del consorte. ¿Será válida la promesa?, ¿es irrevocable la mejora?

Antes de la reforma del 81 este dilema podía resolverse en base al concepto de capitulaciones que resultaba del artículo 1.315. El contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio era aquél en el que los cónyuges estipulaban las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. La doctrina de la época entendía en consecuencia que a falta de disposiciones sobre régimen económico o de mención de las aportaciones de los esposos, no había capítulos. No los había, pues, a los efectos del artículo 827. El actual artículo 1.325 considera en cambio que hay capitulaciones incluso si, faltando toda disposición relativa al régimen económico del matrimonio, se establecen por los otorgantes «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Es evidente; de otro lado,

que los contrayentes o cónyuges no son los únicos otorgantes de los capítulos y que no es imprescindible la concurrencia de ambos (piénsese en las donaciones *propter nuptias*).

Parece, pues, forzoso admitir que la exigencia de las capitulaciones matrimoniales determinante de la irrevocabilidad de la mejora queda cumplida simplemente si el ascendiente se vale del instrumento público para ordenarla. Estaríamos entonces entendiendo el requisito en un sentido meramente formal, lo que no se corresponde desde luego con la intención legislativa.

Es decir, en el momento en que se introdujo el artículo 827 (y lo mismo cabe decir respecto del 826), las capitulaciones eran el contrato en el que los que iban a contraer matrimonio pactaban el régimen de bienes y en ocasiones celebraban otros negocios jurídicos vinculados igualmente al matrimonio, con participación de terceras personas y sin posibilidad de su ulterior rectificación. Las novedades introducidas por las leyes del 75 y del 81, relativa la primera a la admisión de las capitulaciones postnupciales y la segunda a la ampliación del concepto de contrato matrimonial, exigen responder a la pregunta de si la mejora puede o no hacerse en capitulaciones postnupciales y, caso de ser así, si con ello basta para predicar su irrevocabilidad.

A tal efecto debe establecerse una distinción entre la promesa de mejorar y la mejora ordenada en capitulaciones, esto es, entre las hipótesis del artículo 826 y 827. Creo, con base en el artículo 1.336, que la única promesa válida es la anterior a la celebración del matrimonio. Habida cuenta de que el Código reconoce eficacia jurídica a la promesa de mejorar por su vinculación al matrimonio, es clara la analogía que presenta con las donaciones *propter nuptias* que, según resulta del artículo 1.340, pueden ser también meramente obligacionales. Y si el legislador ha limitado el concepto de donación por razón de matrimonio a las donaciones antenupciales pensando que sólo entonces es segura su vinculación al matrimonio, el mismo razonamiento cabe aplicar a la promesa de mejorar.

Por lo que se refiere a la mejora hecha por capitulaciones, su irrevocabilidad nada tiene que ver con el hecho de que sean previas o posteriores al matrimonio, pues no es el hecho de que se haga en consideración a éste lo que determina tal efecto, sino la interdependencia entre los distintos pactos capitulares que, evidentemente, también puede darse si se otorgan capitulaciones constante matrimonio. Para que la mejora sea irrevocable será preciso que no se realice como un acto aislado, sino que sea una de las distintas estipulaciones que se acuerdan en un mismo acto en atención a un matrimonio determinado. Cuando esto ocurre la ley supone que la mejora ha sido tenida en cuenta por las partes de los otros negocios capitulares, siendo determinante del consentimiento que estos manifiestan, y para protegerlos declara irrevocable la mejora.

Así entendido, el artículo 827 presenta una cierta semejanza con la norma del artículo 1.331, ya que ambos tienen por fin proteger los intereses de las personas que consintieron en la celebración de un determinado negocio capitular sobre la base del estado de cosas resultante del conjunto de pactos acordados entre sujetos distintos en el mismo acto. Los donantes de los esposos realizaron sus liberalidades en atención a una determinada situación, por lo cual se les permite, si esta cambia por voluntad de los cónyuges, revocar las donaciones. Es lo que dispone el artículo 1.331. Y tanto los cónyuges como otros otorgantes de los capítulos tuvieron en cuenta a la hora de establecer sus acuerdos o realizar las liberalidades, la mejora que se realiza al mismo tiempo en favor de uno de los cónyuges. En cierto modo los pactos capitulares que se conciertan al tiempo de la mejora quedan ligados a ella; por ello se excluye la posibilidad de su revocación. De modo similar a lo que ocurre en los contratos, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en el contrato matrimonial la efectividad de este derecho no puede depender de la sola voluntad de uno de los otorgantes del pacto que le da vida, pues aunque no quepa hablar de contraprestaciones, hay un nexo causal entre las convenciones.

En principio, según he dicho, la mejora en favor de uno de los cónyuges, aún con ocasión de matrimonio, no es irrevocable si se hace aisladamente y no en unión de otras convenciones matrimoniales. No será entonces una mejora hecha en capitulaciones (es decir, en el contrato matrimonial), sino una mejora hecha en escritura pública en favor de un descendiente casado o que va a contraer matrimonio. Es una hipótesis plenamente subsumible en el artículo 825, sometido a la regla de la revocabilidad (art. 827). No basta el documento público para derogar esa regla pues entonces le estaríamos atribuyendo un significado estrictamente formal al requisito de las capitulaciones.

Pero esa mejora, inicialmente revocable, habrá que entender que deja de serlo siempre que sea determinante de unas ulteriores capitulaciones otorgadas por los esposos. Se entenderá que lo es si éstos hacen una expresa remisión o referencia a la misma o establecen disposiciones que la presuponen. Por el contrario, cuando se hace la mejora en el mismo acto que otros pactos adoptados por los esposos, la ley supone que aquélla fue determinante de éstos y atribuye a ese enlace una consecuencia jurídica: la irrevocabilidad de la mejora.

No debe de confundirse la irrevocabilidad de la mejora hecha en capitulaciones con la modificación, por pacto entre mejorante y mejorado, de la mejora, que el Código no prohíbe. Como muy bien indica ALBALADEJO, aunque en los casos del artículo 827 el mejorante no puede revocar la mejora por su sólo voluntad, sí será posible eliminar ésta mediante la modificación de las capitulaciones, con los requisitos del artículo 1.331.

Pero éste, según ya expuse anteriormente, no es aplicable a mi juicio a la modificación del pacto de mejora, pues es presupuesto de su aplicación que la modificación afecte a derechos concedidos por otros otorgantes de los capítulos y no se vé de que manera puede producir tal efecto la novación de la mejora, aparte de que a quien aquél protege es al disponente a título gratuito (32). Rige plenamente en cambio el artículo 1.331 cuando los cónyuges modifiquen un pacto capitular que afecte a la mejora, que no es, en definitiva, sino una donación.

Queda, por último, intentar dar respuesta a la cuestión, planteada al principio, de si en capitulaciones pueden los cónyuges comprometerse a mejorar o mejorar de presente a los hijos comunes. En cuanto a lo primero, aún cuando se haga en capitulaciones antenupciales, no presenta analogía alguna con la hipótesis del artículo 826 de promesa de mejorar en atención a un matrimonio determinado, pero sí que encaja cuando es recíproca en el esquema del contrato oneroso celebrado con tercero: cada uno de los contratantes (los cónyuges) se obliga a mejorar a un determinado descendiente a cambio de que el otro asuma idéntica obligación. Ambos renuncian a su libertad de testar en favor de un tercero y a cambio de ello le procuran un beneficio. La promesa de cada uno de los cónyuges habrá que entenderla válida, no porque se haga en consideración al matrimonio, sino porque tiene su origen en un contrato oneroso celebrado con un tercero (no con el propio mejorado, sino con el otro cónyuge).

En cuanto a la mejora hecha en capitulaciones por uno de los cónyuges o por ambos separadamente en favor de un descendiente, será irrevocable, pero no en base a la interdependencia (33), sino porque al nacer de un acuerdo entre los cónyuges, tiene encaje en el otro supuesto de irrevocabilidad de la mejora, recogido también en el artículo 827: el de contrato oneroso celebrado con un tercero.

(32) Piénsese en tal hipótesis: A y B contraen matrimonio. Un ascendiente de A lo mejora en capitulaciones matrimoniales. Si posteriormente mejorante y mejorado modifican tal pacto, ¿de qué manera «afectaría» ello a un derecho concedido en el mismo contrato por un tercero en favor de uno o de los dos esposos? Podría pensarse que ese tercero realizó su liberalidad en función del primitivo pacto de mejora, pero, aunque así sea, a tal circunstancia no se le atribuyen efectos jurídicos sino cuando, como muy claramente dispone el art. 1.331, la modificación del pacto capitular «afecte» a la atribución patrimonial de aquel tercero.

(33) La idea de interdependencia no debe de ser tenida en cuenta fuera de los casos en que lo hace el propio legislador. No es, pues, aplicable al caso que estamos comentando de mejora pactada en capitulaciones por los esposos en favor de un descendiente común, que no es la hipótesis tradicional del art. 827.

E) Artículo 831: Delegación de la facultad de mejorar

El artículo 831 permite que se delegue en el viudo o la viuda que no haya contraído nuevas nupcias la facultad de *«distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante»*.

La problemática que plantea la disposición es variada y está magníficamente reflejada en los numerosos estudios doctrinales a que ha dado pie, tanto su actual redacción, que proviene de la reforma del 81, como la primitiva, procedente del Proyecto del 51. Pero de toda esa problemática sólo interesa, desde la perspectiva de este trabajo, lo relativo al acto originador de la facultad, que es, justamente, uno de los más superficialmente tratados, en buena medida porque posee carácter accesorio. Al fin y al cabo, como pone de relieve SECO CARO, se trata de una institución sucesoria y éste es su aspecto fundamental, que nosotros, sin embargo, no vamos a abordar.

Con anterioridad a la Ley 11/1981, la delegación sólo podía tener su origen en capitulaciones matrimoniales; en la actualidad podrá también ordenarse en testamento. La razón de esta novedad es el deseo de facilitar y promover su utilización y el convencimiento del legislador de que no había en realidad motivo alguno para circunscribirla al ámbito de las capitulaciones. Si así se hizo inicialmente fue por inspiración foral: se trata de una posibilidad tomada de los ordenamientos forales y en estos se establecía en capitulaciones.

No hay duda de cual es el régimen jurídico de ese acto originario en el caso de tratarse de un testamento. Como voluntad testamentaria será revocable y deberá de manifestarse con los requisitos legalmente establecidos para los testamentos. Sin embargo, la determinación del régimen jurídico cuando el acto originario son las capitulaciones matrimoniales puede plantear algunas dudas. Es nuestro objetivo concretar qué consecuencias jurídicas se derivan del hecho de que la delegación de la facultad de mejorar entre cónyuges tenga su origen en un pacto capitular y no en testamento.

Hay que comenzar por despejar algunas dudas relativas a la naturaleza del acto del que nace la delegación. Hasta la reforma del 81 no se ponía en duda su carácter contractual (el propio precepto hablaba de la posibilidad de *pactar* en capitulaciones matrimoniales (34). Cuestión distinta era la de

(34) *«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.»*

su consideración o no como pacto sucesorio, lo que depende de que se adopte un concepto amplio o restringido del mismo (35). A propósito del texto vigente han surgido, en cambio, opiniones dispares. Para DÍEZ GÓMEZ la naturaleza de la delegación hecha en capitulaciones es idéntica a la de la hecha en testamento: acto jurídico *mortis causa* unilateral. Se basa para ello en que aunque ambos cónyuges intervienen, difícilmente se aprecia en el acto verdadera bilateralidad, puesto que uno de ellos delega y el otro se limita a estar presente, sin que en rigor haya aceptación porque la delegación no la precisa. Consecuencia de la unilateralidad es que puede ser revocada por el delegante. Afirman igualmente la revocabilidad LACRUZ y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. Otros autores, entre los que cabe citar a ALVAREZ CAPEROCHIPI, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y REY PORTÓLES creen que la delegación en capitulaciones tanto puede ser unilateral (y revocable) como bilateral e irrevocable si se le ha dado expresamente carácter contractual. Y, finalmente, encontramos la opinión, que estimo mejor fundada, de VALLET DE GOYTISOLO y MIQUEL, para quienes el carácter contractual de las capitulaciones conlleva que la delegación, que nació de la voluntad de ambos cónyuges, no pueda quedar sin efecto por decisión unilateral del delegante, siendo preciso para ello el acuerdo de ambos. Cosa distinta es que el delegante impida, mediante la disposición testamentaria de sus bienes, el ejercicio de la facultad de mejorar y distribuir que había conferido a su cónyuge. Como muy bien precisa MIQUEL, eso no es revocar la delegación, sino, lo que es bien distinto, evitar que se produzca el supuesto de hecho de la norma; no olvidemos que la facultad se concede «*sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante*».

Tampoco parece relevante la sustitución del término *pactarse* por *ordenarse* (36) porque, como también indica MIQUEL, aquél no servía ya porque no se adapta a la concesión de la facultad por testamento. De otro lado, el hecho de que el testamento sea revocable no es, desde luego, razón para entender que lo es la delegación conferida en capitulaciones. Lo que ocurre es que la delegación puede ahora hacerse en negocios diversos, con un régimen diferenciado.

Esto no quiere decir que la única novedad consista en el reconocimiento, junto a las capitulaciones, de otro posible acto para dar vida a la delegación: el testamento. La mención de las capitulaciones matrimoniales por el nuevo artículo 831 tiene un significado y alcance distinto del que tenía

(35) Quedará sin duda incluido en esa categoría si por pacto sucesorio entendemos todo pacto o contrato que se refiere a materia sucesoria, mas no si creemos que sólo lo son los pactos de institución o pactos de *succedendo*.

(36) REY PORTÓLES encuentra aquí un argumento en favor del carácter unilateral del negocio.

en el antiguo, porque el concepto de capitulaciones matrimoniales ha variado. En el régimen anterior, la autorización tenía que ser por fuerza una cláusula integrada en el contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio, que el artículo 1.315 definía como aquél en el que se estipulaban las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros. En la actualidad tal cláusula, por sí sola, puede dar contenido al contrato matrimonial (art. 1.325), con lo que en la práctica las cosas son muy parecidas a como lo hubieran sido de haberse convertido en definitivo el texto del Proyecto de Ley que decía «*escritura pública*» donde el texto vigente dice «*capitulaciones matrimoniales*» (37).

No quiero con ello decir que a la exigencia de las capitulaciones no haya que darle más valor ni atribuirle mayores consecuencias. En primer lugar, constituye una prueba decisiva de cara a la bilateralidad del acto, pues las capitulaciones matrimoniales son, si no un contrato, con seguridad un negocio bilateral. Es el argumento definitivo para rechazar la unilateralidad que algunos defienden, consecuencia de la cual es que para dejarla sin efecto es necesario un nuevo acuerdo de voluntades de los que la establecieron. La pregunta inmediata es la de si tal modificación está sometida a las exigencias del artículo 1.331. Entiendo que no porque aunque se trate de modificación de las capitulaciones y a pesar de que en ocasiones podría entenderse que la supresión de la delegación para mejorar «afecta», en un sentido amplio a derechos concedidos por otorgantes distintos de los cónyuges, éstos nunca tuvieron la absoluta seguridad de que no iba a ser necesario acudir a las normas de la sucesión intestada y de que uno u otro de los esposos iba a mejorar a los hijos comunes, dado que el delegado no queda vinculado, sino que lo que se le concede es una «facultad». Si el supérstite no hace uso de ella, la distribución de los bienes de la herencia ha de realizarse como si nunca hubiese existido aquél pacto en las capitulaciones matrimoniales.

En segundo lugar, el hecho de que la autorización tenga que concederse en capitulaciones nos sirve para determinar los presupuestos necesarios para la celebración del negocio. Adviértase que el artículo establece las circunstancias que tienen que concurrir para el *ejercicio* de la facultad, pero no las precisas para la concesión de la autorización. Hay para ello que acudir a la disciplina del contrato matrimonial, de la misma manera que habrá que estar a la normativa del testamento cuando sea éste el acto originario.

(37) El Grupo centrista-UCD presentó una enmienda al Proyecto (la núm. 503), proponiendo la sustitución del término «*escritura pública*», que figuraba en aquél por el de «*capitulaciones matrimoniales*», lo que justificaba en base a que «*introduce un poder testatorio peligrosísimo, origen del pleito, sin tradición, innecesario en esta reforma y regulado insuficientemente*».

La primera consecuencia que se extrae del Capítulo II del Título III del Libro IV del Código es que el pacto podrá ser previo o posterior a la celebración del matrimonio (art. 1.326) y que si es previo «*quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*». Pudiera pensarse que el artículo 1.334, que esto establece, no añade nada al artículo 831, en cuanto que éste exige la condición de «cónyuge» en el delegado. Pero en realidad se trata de dos cosas distintas. La condición de «cónyuge» es necesaria para el ejercicio del poder de distribuir y mejorar. Es evidente que si no llega a celebrarse el matrimonio, faltaría aquella cualidad y no podría ejercitarse el derecho. Pero el artículo 1.334 va más allá al declarar la caducidad del pacto si el matrimonio no se ha contraído en el plazo de un año desde que se acordó. De no ser por él hubiese bastado con comprobar que al tiempo de llevarse a cabo la distribución y mejora de los bienes el delegado era «viudo» del causante, con independencia del momento en que tal pacto se hubiera otorgado. De los artículos 1.326 y 1.334 resulta, en cambio, que el pacto tiene que adoptarse constante matrimonio o antes de existir éste, pero que entonces su vigencia queda condicionada a que efectivamente se celebre en el plazo de un año.

De otro lado, es requisito para la validez del pacto, conforme al artículo 1.327, la escritura pública. No ofrece ello dificultad alguna, pero sí que puede plantear dificultades la aplicación al caso que nos ocupa de algunas de las restantes normas reguladoras del contrato matrimonial, concretamente la relativa a la capacidad. Debería en principio de entenderse, con arreglo al artículo 1.329, que si es un menor el que otorga capitulaciones, necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, pues de esta regla general sólo se excluyen las capitulaciones en que el menor se limite a pactar el régimen de separación o participación. No obstante, dado el carácter personalísimo de la delegación del artículo 831 parece preferible excluir la aplicación tanto del artículo 1.329 como del 1.330. Piénsese, además, que basta la capacidad de testar para autorizar al cónyuge viudo la distribución y mejora a los hijos comunes de los propios bienes, si bien es cierto que entonces la autorización será revocable.

La naturaleza «matrimonial» de la figura que estamos comentando es clara en la medida en que se trata de un pacto que necesariamente ha de establecerse entre cónyuges o personas que van a contraer matrimonio y en ello coincide plenamente con otros pactos capitulares. Por ello dice SECO CARO que dentro del sistema del Código, la utilización de las capitulaciones como forma de hacer constar esta institución sucesoria es normal. Ahora bien, su vinculación al matrimonio no es consecuencia de su inclusión en el *instrumentum* capitular, pues existe igualmente en los casos en que la forma adoptada es la testamentaria. El negocio no se presume dependiente del matrimonio por el hecho de formar parte del contrato matrimonial, sino

que es el propio precepto el que, con independencia de cuál sea el acto originador de la delegación, la conecta al matrimonio. Y es que, siendo éste presupuesto de su ejercicio, el acto bilateral que le da vida es una «capitulación matrimonial», pues no cabe duda de que es una disposición por razón de matrimonio (art. 1.325) (38).

En definitiva, no es exactamente que se haya exigido para la validez del pacto que se haga en capitulaciones matrimoniales, sino que un pacto sólo posible entre esposos o futuros esposos, cuya vigencia dependa de la efectiva existencia y permanencia del matrimonio, es, para el Código, una estipulación matrimonial, sometida a las reglas de los artículos 1.325 y siguientes. En este sentido, el legislador del 81 ha sido coherente al mantener la expresión «*capitulaciones matrimoniales*» en lugar de la de «*escritura pública*» en el artículo 831. Cuestión distinta, de la que más adelante me ocuparé, es que se estime o no criticable que la delegación de la facultad de mejorar y distribuir sólo esté admitida en el contexto de una relación matrimonial en su sentido formal.

F) *El significado del inciso final del artículo 1.325*

Desde la reforma del 81 contamos por primera vez en el Código con un precepto que pretende enunciar de un modo completo el contenido de las capitulaciones. Es el 1.325, que no se limita a sustituir la imperfecta fórmula del antiguo 1.315, diciendo que «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio*», sino que añade una referencia a «*cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*».

El primer problema que se plantea es decidir si «*el mismo*» es el matrimonio o el régimen económico matrimonial. Las consecuencias serían radicalmente distintas en uno y otro caso. Si se entiende que se refiere a lo último, habría que concluir que el contenido del contrato matrimonial es única y exclusivamente lo relativo al régimen económico del matrimonio. Es evidente que no es así. Ya hemos visto que hay otros pactos que, no sólo es que puedan ser incluidos en él, sino que necesariamente son capitulares. En base a esto y a los precedentes legislativos (39), es generalizada la

(38) Como opinión en contra cabe citar la de DÍEZ GÓMEZ quien, pese a reconocer que conforme a la nueva redacción del art. 1.325, cualquier disposición que se haga en razón del matrimonio constituye el contenido propio de las capitulaciones, cree que la delegación del art. 831 no es una «capitulación matrimonial».

(39) En el Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 estaba redactado el precepto de la siguiente forma: «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y*

opinión de que el 1.325 considera como contenido de las capitulaciones cualquier disposición por razón de *matrimonio*.

No terminan aquí los problemas interpretativos, sino que más bien empiezan. Una interpretación literal permitiría entender que en el sistema del Código cualquier convención relativa al matrimonio o determinada por el mismo queda sometida, por su naturaleza capitular, a las reglas de los artículos 1.326 y siguientes. Así, por ejemplo, sería necesaria para su validez la escritura pública.

No parece que a la expresión legal haya que atribuirle tal amplitud, pero lo cierto es que no hay demasiados datos fuera del artículo que permitan establecer con un mínimo de seguridad qué convenciones de las ligadas al matrimonio se consideran capitulares y cuáles no. Las conclusiones que hemos ido estableciendo al ocuparnos de cada uno de los negocios respecto de los que se exige o permite el *instrumentum* capitular van a resultar decisivas en este sentido. Esta es la razón por la que he pospuesto hasta este momento el comentario de la segunda parte del artículo 1.325.

Si se tiene en cuenta el derecho anterior, las opiniones que nuestra doctrina venía emitiendo sobre el contenido de las capitulaciones y el desenvolvimiento de éstas en la práctica, cabe suponer que los autores del Proyecto de Ley del 79 podían estar pensando, al afirmar que las capitulaciones matrimoniales podrán contener cualquier pacto por razón de matrimonio, en cosas muy diversas. En pura hipótesis, es posible que con ello quisieran tan sólo reconocer —al hilo de lo que los autores reiteraban— que en la escritura de capitulaciones tenía cabida cualquier negocio que, aún sin naturaleza matrimonial, quisiera incluirse en ella para aprovechar la forma pública. Es también razonable pensar que, al margen de su función típica, quisieron admitir las capitulaciones como forma de reglamentar las separaciones de hecho. O quizá tan sólo se estaban englobando en una expresión general todos aquellos negocios que en distintos lugares del Código se consideraron desde siempre como contenido de los capítulos.

Pero no se trata, como es de suponer, de especular sobre el pensamiento del legislador, sino de atribuir al inciso final del artículo 1.325 el sentido que resulte del sistema normativo en su conjunto. Lo primero de todo es dejar claro que el objetivo no es enumerar, ni tampoco clasificar, los pactos que *pueden* incluirse en el contrato matrimonial, sino aproximarnos a un concepto de capitulaciones matrimoniales.

Aunque caben matizaciones, las opiniones de la doctrina acerca del alcance de la expresión con la que termina el artículo 1.325 pueden ser reconducidas a dos grupos. El primero es el de los que creen que compren-

futuros o modificar éstas o el régimen legal. Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio.»

de, no sólo disposiciones de carácter patrimonial, sino también extrapatrimoniales, siempre que se concierten con ocasión de matrimonio, aunque la tendencia respecto de estos últimos es bastante restrictiva, debiendo en todo caso de referirse a materias disponibles. El segundo grupo está integrado por aquéllos que opinan que ha de tratarse, necesariamente, de pactos de índole económica. Es el caso de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien no cree que la expresión «disposiciones» se refiera a materias ajenas a la economía del matrimonio como a la patria potestad o a las condiciones de divorcio, y AMORÓS GUARDIOLA, a quien debemos la más completa exposición de los argumentos en que basar esta opinión. Al ya mencionado de que en diversos artículos habla el Código de atribuciones y pactos celebrados en capítulos, hay que añadir uno concerniente a la génesis de la norma: en el proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial publicado en el BOC de 4 de octubre de 1978, el texto del artículo 1.319, primero de los dedicados a las capitulaciones, era el siguiente: *«En las capitulaciones matrimoniales podrán los contrayentes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros, hacerse donaciones y establecer disposiciones sucesorias en la medida permitida por este Código, así como aceptar las atribuciones que puedan hacerles terceras personas»*.

Creo que así queda suficientemente fundada la opinión según la cual el contenido de las capitulaciones es estrictamente económico, quedando sin duda incluidos en la expresión del inciso final del artículo 1.325 todos aquéllos negocios que ya antes de la reforma debían para su eficacia constar en capítulos. Pero hay algo más. No debemos desconocer que se pone sumo cuidado en utilizar una fórmula abierta. Se dice *«cualesquiera otras disposiciones»*, luego no son sólo negocios típicamente matrimoniales, regulados a lo largo del articulado del Código, sino cualquier otro que los otorgantes de los capítulos deseen conectar al matrimonio.

A mi modo de ver, el legislador no quiso limitarse a los pactos que podríamos llamar «típicamente capitulares», sino que fue su voluntad consagrar expresamente la posibilidad de que se vinculasen al matrimonio, por voluntad de los particulares, otros negocios.

Ello no implica su sometimiento al régimen de las capitulaciones (piénsese que se trate, por ejemplo, de un arrendamiento o de una compraventa que, según él, sólo serían válidos en escritura pública). Buena prueba de ello es que el propio Código reconoce en el artículo 1.338 la posibilidad de que las donaciones *propter nuptias* se celebren fuera de las capitulaciones. Lo que si ocurrirá es que, por el mero hecho de formar parte del contrato matrimonial, se presume que se conciertan en atención al matrimonio, más no que están causalmente conectadas al resto de las convenciones capitulares, lo que no puede entenderse fuera de las hipótesis específicas en que así lo entiende la ley, que son las del 1.331 y del 827.

2. CONCLUSIÓN SOBRE EL CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

En el Derecho vigente el precepto fundamental a la hora de determinar el contenido de las capitulaciones es el artículo 1.325, pero éste, por si sólo, es insuficiente, debiendo de tenerse en cuenta otras normas concernientes a pactos que, por decisión legislativa, habrán necesariamente de celebrarse en capítulos, así como el régimen jurídico que se adopta para determinados negocios cuando, por iniciativa de los particulares, se conectan al matrimonio y pasan a formar parte del contrato matrimonial.

Del conjunto normativo que hemos analizado se deduce que hay unos pactos que necesariamente han de celebrarse en capítulos. Son los relativos al régimen económico del matrimonio, la promesa de mejorar (40) y el convenio del que surge la delegación de la facultad de mejorar. Son convenciones estrictamente matrimoniales que o no se conciben o no se admiten al margen del matrimonio. Están sometidas, en la forma que hemos ido exponiendo, al régimen jurídico de las capitulaciones.

Se observa, en segundo lugar, la existencia de contratos que, a pesar de ser matrimoniales, pueden celebrarse fuera de los capítulos. Son las donaciones y la mejora en favor de alguno de los contrayentes. Por el mero hecho de incluirse en el contrato matrimonial se suponen realizados en contemplación al matrimonio y, además, son interdependientes de las demás estipulaciones comprendidas en éste. Manifestación concreta de la idea de interdependencia es, respecto de la mejora, su irrevocabilidad. Además del artículo 827 para la mejora, existen normas especiales para las donaciones *propter nuptias*: los artículos 1.336 a 1.343.

Con las donaciones y la mejora por razón de matrimonio no se agotan los negocios que los particulares pueden hacer depender de un matrimonio determinado. Estos son los dos únicos objetos de atención expresa por la ley, quizá por ser los más frecuentes, pero no hay motivo para excluir otros. Su posibilidad queda plenamente confirmada por la amplia fórmula utilizada en el artículo 1.325. En cuanto a su régimen jurídico, rigen para ellos las mismas especialidades, ya reseñadas, que para las donaciones por razón de matrimonio, especialidades derivadas, no del hecho de tratarse de una liberalidad, sino de su carácter matrimonial. Les es aplicable el artículo 1.334 y pueden resolverse si desaparece su presupuesto: el matrimonio.

Resulta, pues, que el dato común a todos los pactos capitulares es su naturaleza «matrimonial», en el sentido de ser el matrimonio la base del negocio. Unos son matrimoniales por disposición legal, su número es limitado y están sometidos de manera imperativa a la disciplina del Código sobre capitulacio-

(40) Sin perjuicio de la posibilidad de que se acuerde en contrato oneroso celebrado con un tercero.

nes. Otros, sin embargo, son matrimoniales por decisión de los particulares, cuya voluntad en este sentido se deduce de su inclusión en la escritura de capitulaciones. Aunque sólo se regulan de modo expreso la mejora y las donaciones *propter nuptias*, su número, en principio, es ilimitado.

Cualquiera de los anteriores pactos es contenido —y contenido típico— de las capitulaciones, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior en el que no se entendía que hubiese capitulaciones matrimoniales en ausencia de disposiciones relativas al régimen económico conyugal.

III. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y CONTRATO MATRIMONIAL

Por influencia del estado de cosas del derecho anterior, es habitual pensar en las capitulaciones matrimoniales como en aquel negocio que antes del matrimonio celebran los que lo van a contraer, con intervención en ocasiones de otras personas, y cuyo objetivo es la adopción del régimen económico del matrimonio y la realización de liberalidades en favor de uno o de ambos contrayentes. Así era, efectivamente, hasta 1975. Con ocasión de un determinado matrimonio se otorgaban unas solas capitulaciones. Las capitulaciones eran el contrato antenupcial, el «*contrat de mariage*» del Derecho francés, para cuya celebración o modificación anterior al matrimonio se requería la presencia simultánea de todos los otorgantes. Al permitirse las capitulaciones postnupciales, la situación cambia, siendo posible, en relación con cada matrimonio, el otorgamiento de sucesivas capitulaciones. Su contenido, sin perjuicio de otras disposiciones adicionales, había de consistir en previsiones sobre el régimen económico. Esto último cambia con el nuevo concepto de capitulaciones introducido por la Ley de 13 de mayo de 1981. Hoy no es necesario para hablar de capitulaciones matrimoniales que los contrayentes o cónyuges celebren acuerdos concernientes al régimen económico del matrimonio, tal y como resulta de la disyuntiva empleada por el artículo 1.325, que se introdujo en el texto aprobado por el Pleno del Congreso en lugar de la copulativa «y» empleada por el Proyecto.

Como en el Derecho Italiano, capitulaciones o *convenzioni matrimonial* son cualquier convención o estipulación hecha por los esposos entre sí en contemplación a su matrimonio y también las liberalidades que los terceros hacen a los esposos o a uno de ellos, igualmente en atención al matrimonio. Para GANGI hay que excluir, por el contrario, del concepto de convenciones matrimoniales, aquéllas que están insertas ocasionalmente en el contrato nupcial, pero que no están hechas en contemplación al matrimonio, como

un contrato de sociedad, arrendamiento o mandato. A mi juicio, así sería en efecto caso de demostrarse su independencia del matrimonio, pero, tal y como he venido sosteniendo, por el mero hecho de incluirse en el mismo *instrumentum*, se las presume vinculadas al matrimonio.

Como consecuencia de este nuevo concepto de capitulaciones matrimoniales, ya no es exacta la afirmación de que en todas las convenciones matrimoniales intervienen como otorgantes los esposos o futuros esposos. Algunas de ellas son concertadas por un tercero y uno sólo de los esposos, sin participación del otro. Lo que no parece posible es que no siendo parte uno al menos de los cónyuges, se trate de capitulaciones matrimoniales.

Atendiendo a los sujetos, las convenciones matrimoniales pueden clasificarse en dos grupos: por una parte están las establecidas entre los cónyuges, y por otra las pactadas entre un tercero y uno o ambos esposos. Tanto unas como otras pueden ser típicas o atípicas. Dentro de las propiamente conyugales son típicos los pactos sobre régimen económico, las donaciones *propter nuptias*, incluyendo las de bienes futuros, y la delegación de la facultad de mejorar y distribuir los bienes del premuerto. En cuanto a las convenciones matrimoniales típicas celebradas con tercero, son las donaciones con ocasión de matrimonio, la promesa de mejorar y la mejora. Serán atípicas cualesquiera otras que por voluntad de las partes se vinculen al matrimonio, tanto si tienen lugar entre los esposos, como entre uno de ellos o ambos y un tercero.

Las convenciones matrimoniales son siempre bilaterales, en cuanto que en ellas hay necesariamente dos *partes*. Este carácter lo reconoce expresamente la STS de 18 de enero de 1930. Por supuesto que es posible que alguna o ambas partes está integrada por más de un sujeto. Es lo que ocurre en el caso de las donaciones *propter nuptias* realizadas en favor de los dos contrayentes: ambos serán donatarios pero el negocio no deja de ser bilateral. Distinto fenómeno se produce cuando diferentes convenciones matrimoniales, cuyos sujetos son distintos, se celebran al mismo tiempo y se recogen en un único instrumento, el tradicionalmente llamado contrato matrimonial. ¿Se trata entonces de un negocio plurilateral? Entiendo que no, pese a que así se haya afirmado con frecuencia, pues aunque hay una pluralidad de voluntades y no todas son contrapuestas, no hay un único negocio, sino varios, si bien se celebran en un sólo acto. Todos los otorgantes manifiestan al mismo tiempo su voluntad, pero cada uno referida al negocio o negocios que celebra. Cada pacto capitular precisa para producir sus efectos el consentimiento de las partes que lo celebran, que siempre son dos, pero no el consentimiento de los otorgantes de otros pactos capitulares. Buena prueba de ello es que el artículo 1.331 exija con carácter excepcional para la modificación de las capitulaciones, la asistencia y concurso de las personas que realizaron liberalidades en favor de uno o ambos esposos.

Si esas personas hubiesen sido junto con los cónyuges sujetos de un mismo negocio, sería precisa para su modificación, por aplicación de los principios generales, el consentimiento de todas. No es esto lo que hace el artículo 1.331, sino que exige la asistencia y concurso de sujetos que no son parte del negocio que se nova para el concreto supuesto de que la modificación afecte a derechos por ellos concedidos. Siendo negocios diversos, la falta de capacidad o consentimiento de uno de los otorgantes invalidará sólo el negocio por él celebrado. Si, por el contrario, el «contrato» matrimonial fuese un negocio plurilateral, faltando el consentimiento de uno de los otorgantes, todo él quedaría invalidado. Un último dato en favor de que en la hipótesis planteada de pluralidad de pactos matrimoniales entre sujetos distintos no hay un sólo negocio es que consecuencia de la celebración del «contrato» no es el nacimiento de una relación jurídica entre todos ellos, sino la aparición de varias relaciones jurídicas de contenido diverso entre las partes de cada uno de los negocios que integran aquél.

La expresión «contrato matrimonial» no alude, según lo expuesto, a un único negocio, pudiendo no obstante, utilizarse en un sentido material, para referirse a la escritura pública en la que se formalizan los negocios capitulares. El problema es que con frecuencia se emplea el mismo término para referirse a las convenciones con ocasión de matrimonio y al instrumento en que éstas se recogen. En nuestro país se habla de capitulaciones matrimoniales y en la doctrina francesa de *contrat de mariage* en los dos sentidos indicados, lo que explicaba LAURENT de la siguiente manera: el *contrat de mariage* propiamente dicho consiste en las convenciones matrimoniales; como estas deben de celebrarse en escritura pública, se da también el nombre de *contrat de mariage* a la escritura que contiene las convenciones entre los esposos, lo que se explica porque siendo la escritura esencia del contrato, el contrato se confunde fácilmente con el documento.

Ante esta pluralidad de significados, sería sin duda preferible, para evitar equívocos, utilizar el término «capitulaciones» o «convenciones» matrimoniales para referirse a los negocios con ocasión de matrimonio y hablar de «contrato matrimonial» para aludir al instrumento en el que se formalizan varias de ellas, en sentido análogo al de la doctrina italiana, que establece una distinción entre las convenciones matrimoniales individualmente consideradas y el contrato de matrimonio, entendiendo por tal el conjunto de éstas. Pero mientras que cualquier acuerdo de contenido patrimonial que se haga en contemplación a un determinado matrimonio merece hoy la denominación de convención matrimonial si interviene al menos uno de los cónyuges o futuros cónyuges, parece preferible reservar la expresión «contrato matrimonial» para aludir al documento en el que se recogen los pactos matrimoniales entre esposos o futuros esposos, sin perjuicio de que puedan también incluirse convenciones matrimoniales con terceros.

2. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LAS CAPITULACIONES

Recuérdese que hasta la reforma del 81 las capitulaciones matrimoniales tenían forzosamente como contenido —sin perjuicio de la posibilidad de incluir otras disposiciones adicionales— estipulaciones concernientes al régimen de bienes. Por esta razón, el problema se centraba en determinar la naturaleza de aquél acuerdo de voluntades entre los esposos que producía como efecto el establecimiento del estatuto que iba a regir las relaciones patrimoniales entre ellos y respecto de terceros.

La opinión generalizada era que se trataba de un contrato. La propia denominación adoptada por la ley, «*contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*», apuntaba en este sentido y lo mismo cabe decir de la ubicación de su normativa en el Código, dentro del Libro IV sobre las obligaciones y contratos, lo que parecía indicar que las capitulaciones matrimoniales eran una modalidad contractual más. Sin embargo, la doctrina no desconocía que la subsunción de las capitulaciones matrimoniales dentro de la categoría del contrato conllevaba ciertas dificultades. El contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio no era contrato en el sentido del Código ni coincidía tampoco con el concepto imperante en la doctrina. Según el artículo 1.254 «*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*». El contrato al que se refiere el precepto supone, pues, un acuerdo de voluntades jurídicamente vinculante dirigido a crear, transferir, modificar o extinguir derechos patrimoniales. Aunque las capitulaciones implican, ciertamente, un acuerdo de voluntades y producen consecuencias patrimoniales, no podía en rigor decirse que crearan obligaciones, sino que lo que hacían era establecer la reglamentación económica del matrimonio. Por otro lado, la noción estricta de contrato se viene reservando para aludir a aquellos acuerdos en que los intereses de las partes no coinciden, persiguiendo cada una de ellas un objetivo opuesto al de la otra. Esto no ocurre cuando los cónyuges estipulan, empleando los términos del antiguo artículo 1.315, «*las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros*». Tampoco el hecho de que la jurisprudencia acudiese a las normas de la interpretación de los contratos para interpretar las capitulaciones (Sentencias de 19 de junio de 1943 y 27 de junio de 1974) eran decisivas, dado que a esa disciplina se acude para interpretar cualquier tipo de negocio jurídico bilateral y no estrictamente los contratos.

Dos caminos distintos se siguieron para intentar superar los anteriores obstáculos: unos autores acudieron a la figura del contrato normativo y otros consideraron que las capitulaciones matrimoniales no eran exactamente un contrato, sino una convención. Entre los primeros cabe mencionar a LACRUZ, quien calificó las estipulaciones concernientes al régimen económi-

co matrimonial de estipulaciones normativas, en cuanto que representan el reglamento que va a gobernar en adelante la pertenencia, responsabilidad y gestión de los bienes e ingresos de los cónyuges. En la misma línea había afirmado BONET que las capitulaciones constituyen una especie de «acto reglamentario», cuya finalidad es la de instituir un estatuto más que crear obligaciones entre las partes como hacen los contratos ordinarios. VÁZQUEZ IRUZUBIETA se muestra, sin embargo, contrario a ese punto de vista; para él «lo del acto reglamentario es un trasplante del Derecho administrativo al Derecho privado que carece de justificación, y máxime cuando en el propio Derecho común podemos encontrar soluciones adecuadas». Más numeroso es, quizá, el grupo de autores que se adscribe a la tesis de la «convención». La define Díez-Picazo como aquél negocio jurídico plurilateral en el cual las partes declarantes no se enfrentan entre si como portadores de unos intereses contrapuestos y por consiguiente no emiten unas declaraciones intrínsecamente diferentes, sino que sus declaraciones son coincidentes e iguales.

En la actualidad numerosos autores mantienen para las capitulaciones el calificativo de «convención». Esto, que podía estimarse correcto antes de la reforma del 81, porque entonces no se entendían existentes las capitulaciones sin disposiciones sobre los bienes del matrimonio, deja de serlo a partir de ese momento, pues cualquier pacto con ocasión de matrimonio es considerado como capitulación matrimonial y no todos ellos encajan dentro de la categoría de las convenciones.

Lo anterior no quiere decir que comparta la opinión de aquéllos otros que califican a las capitulaciones como contrato. Esta tesis se apoya hoy en el nuevo artículo 1.335, que contiene una remisión a las normas sobre invalidez de los contratos, y en el mantenimiento por el legislador de la ubicación de la normativa sobre capitulaciones dentro del Libro IV, pese a la extendida opinión de que debía de incluirse en la regulación del matrimonio. Aunque ha desaparecido el antiguo argumento que se extraía de la rúbrica empleada por la ley, «*contrato sobre bienes con ocasión de matrimonio*», ello no constituye necesariamente un indicio revelador de un cambio en su naturaleza, pudiendo explicarse por el deseo de adoptar aquella denominación que gozaba de más arraigo y aceptación en nuestro país, la de capitulaciones matrimoniales.

Los argumentos en favor de la naturaleza contractual de las capitulaciones no son irrefutables: quizá el abandono de la antigua terminología responde al deseo de corregir la impropiedad que supone llamar «contrato» a las capitulaciones matrimoniales y el mantenimiento de su anterior ubicación se deba a la prudencia de que suele hacer gala nuestro legislador a la hora de introducir variaciones en la estructura del Código, manteniéndose, casi siempre, fiel a la tradición. Por lo que respecta al artículo 1.335, podría

muy bien servir en vez de apoyo para negar la naturaleza contractual de las capitulaciones, pues si ésta resultase indubitada, tal remisión resultaría innecesaria.

En cualquier caso, no estamos en el buen camino para resolver el problema de la naturaleza de las capitulaciones, al que sólo daremos una solución correcta si lo planteamos debidamente. Es preciso partir de la distinción anteriormente establecida entre negocios o convenciones matrimoniales y «contrato matrimonial». Recuérdese que esta última expresión se emplea en su sentido material. El contrato matrimonial no es otra cosa que el documento en el que se formalizan todas las estipulaciones que se acuerdan en el mismo acto con ocasión de un matrimonio determinado. El problema de la naturaleza no puede, pues, estar referido a él. Lo que en todo caso habrá que determinar es la naturaleza de los distintos negocios capitulares. Fácilmente se aprecia que no es posible dar una respuesta única: las donaciones *propter nuptias*, la promesa de mejorar y la mejora son contratos (41), aunque unos *inter vivos* y otros *mortis causa*; en cambio el negocio mediante el cual se adopta el régimen económico del matrimonio encaja sin esfuerzo en la definición de «convención» o «convenio» y es ésta la figura en la que me parece preferible incluirlo. Creo que si se han venido calificando de «contrato» las capitulaciones mediante las que se establece el régimen de bienes del matrimonio ha sido a falta de una categoría más precisa en que incluirlas, resultando evidente que un negocio no productor de obligaciones no es, ni para el Código ni para la doctrina, un contrato. Ahora bien, con las reformas del 81 ha introducido nuestro legislador la categoría, procedente del Derecho alemán, de «convenio» o «convención», concretamente en los artículos 81, 86 y 90, que tratan del convenio regulador de los efectos de la separación y divorcio. Salvando las distancias, mayores analogías existen a mi juicio entre tal convenio regulador y el pacto que da vida al régimen de bienes, que entre éste y el contrato definido por el artículo 1.254. En todos los casos hay un acuerdo de voluntades, pero mientras que el efecto del contrato es que una o ambas partes se obligan «a dar alguna cosa o prestar algún servicio», el efecto de las capitulaciones es fijar un estatuto, como también lo es el del convenio regulador, cuyo fin, en palabras de DÍEZ-PICAZO, es «proveer de un estatuto a la situación de crisis matrimonial».

En conclusión, no todos los negocios capitulares poseen la misma naturaleza; los hay que originan entre las partes verdaderas obligaciones patrimoniales y los hay que establecen el estatuto patrimonial del matrimonio, sin faltar aquéllos otros mediante los cuales se instituye heredero o legatario

(41) Prescindo del debate sobre la naturaleza contractual de la donación, que es irrelevante a los fines de este trabajo.

o se realiza de modo indirecto una disposición *monis causa*. El dato común a todos ellos, aparte de la vinculación al matrimonio, es el acuerdo de voluntades y la calificación más adecuada, por tanto, la de negocio jurídico bilateral de contenido económico (42). Dada la diversidad de negocios que para el Código son capitulares no es posible precisar más y encontrar una categoría, dentro del negocio jurídico, que pueda agruparlos a todos.

En cualquier caso, la cuestión de la naturaleza es en buena medida puramente teórica, pues de la solución que hemos establecido no se derivan consecuencias prácticas que no estuvieran ya previstas por el legislador. La invalidez de las capitulaciones se regirá, por disposición expresa del artículo 1.335, por las normas generales de los contratos. Hay que entender que esto es así cualquiera que sea la naturaleza del pacto capitular, pues la razón de ello no es que las capitulaciones produzcan entre los otorgantes los mismos efectos que un contrato, sino que el acto originario es un acuerdo de voluntades. Resulta, pues, perfectamente aplicable la disciplina de la nulidad, anulabilidad y rescisión de los contratos, sin perjuicio de los particulares supuestos de ineficacia contenidos en la regulación de las capitulaciones.

3. ¿CONEXIÓN ENTRE CONVENCIONES MATRIMONIALES?

La antigua doctrina francesa sostenía que las diversas disposiciones de un contrato de matrimonio son dependientes las unas de las otras. Esta es una afirmación fundada, más que en el Derecho positivo, en las antiguas costumbres y en la realidad sociológica. En Francia la celebración del contrato matrimonial estaba muy extendida, hasta el punto de que ningún matrimonio entre personas acomodadas tenía lugar sin él. Su importancia era tal que en las familias ricas la firma del contrato daba lugar a una fiesta familiar. Las cláusulas del *contrat de mariage* las establecían de hecho los familiares de los contrayentes, generalmente los padres, y eran el resultado de una especie de negociación entre las familias.

En este contexto sociológico hay que ubicar las opiniones de los autores de la época sobre la conexión existente entre los distintos pactos nupciales. Concretamente LAURENT explicaba que las convenciones matrimoniales «excepcionalmente se hacen sólo entre los esposos; casi siempre el padre y la madre, u otros ascendientes, intervienen para dotar a los futuros esposos; estos terceros devienen partes en el contrato en el cual se obligan; su promesa se liga estrechamente al régimen que los futuros estipulan: el

(42) Tradicionalmente, en cambio, se le viene considerando como un negocio jurídico del Derecho de Familia.

donante que constituye bienes en dote a la futura que se casa bajo el régimen dotal, no le habría quizá hecho la liberalidad si hubiese adoptado el régimen de comunidad. Puede también que haga una liberalidad a la futura en consideración a la liberalidad que los padres del futuro le hacen». Tal dependencia entre las diversas disposiciones del contrato se citaba como fundamento de que el artículo 1.396 del *Code* exigiese para la modificación del contrato la presencia y el consentimiento simultáneos de todas las personas que habían sido parte en el mismo.

Así era en efecto y la misma *ratio* inspiró el artículo 1.383 del antiguo Código Italiano y el originario artículo 1.319 del Código Español. Sin embargo, la única consecuencia jurídica que se hacía derivar de la dependencia entre las cláusulas del *contrat de mariage* era precisamente esa norma. Ningún otro indicio de que el legislador la tuviera en cuenta se descubre en el Título dedicado al contrato nupcial, lo que quiere decir que sólo en los aspectos legalmente previstos es la dependencia jurídicamente relevante.

Esto es lo que entendió la doctrina y la jurisprudencia, que para moderar los efectos de la nulidad, admitió muy pronto la divisibilidad de las cláusulas del contrato matrimonial. La evolución sociológica ha facilitado, además, que se consolide esta tendencia. El contrato matrimonial va perdiendo, poco a poco y por distintos motivos, su antiguo carácter de «pacto de familia» (43). El matrimonio deja de ser un asunto que corresponde resolver a los padres como medio de «establecer» a sus hijos (44), la influencia de los ascendientes es cada vez menor, razones de tipo fiscal han hecho que cada vez sean menos frecuentes en el contrato matrimonial las donaciones hechas a los futuros esposos, y esas mismas razones junto con la disminución general de las fortunas han determinado que se deje de incluir una lista de las aportaciones de los esposos, lo que en otras épocas se hacía con una asombrosa minuciosidad. En suma, la regulación de los aspectos económicos del matrimonio es, cada vez más, asunto exclusivo de los que lo contraen.

En la actualidad no se niega la existencia de una cierta vinculación entre las convenciones matrimoniales, pero sus efectos concretos son muy restringidos. Subsiste la regla del artículo 1.396 del *Code* (45), pero, si bien

(43) Los antiguos autores franceses utilizaban esta expresión en el sentido de que las capitulaciones eran un pacto entre las familias de los futuros esposos. Hoy se alude con ella al hecho de que las capitulaciones son el medio de determinar el estatuto patrimonial de la nueva familia que va a surgir del matrimonio.

(44) En el Mediodía francés era frecuente antes del Código, que rompe con esta práctica, que los padres de los futuros esposos fuesen los únicos que asistían al otorgamiento de las capitulaciones.

(45) La única novedad en ella, introducida por Ley de 13 de julio de 1965, es que contiene una mención expresa a la posibilidad de que intervengan, en vez de personalmente los otorgantes de las capitulaciones, los mandatarios.

se mira, su alcance es muy limitado. Lo único que hace es exigir la presencia y el consentimiento de todos los otorgantes del *contrat de mariage* para modificar éste, pero se refiere exclusivamente a cambios anteriores a la celebración del matrimonio. La idea de dependencia entre las cláusulas se hubiera llevado demasiado lejos, sin fundamento legal alguno, si se hubiese optado por propagar la ineficacia de una de las convenciones a las restantes. Como dice CORNU nada permite erigir en principio la indivisibilidad de todos los elementos que tienen su sede en el contrato matrimonial. Por eso, la nulidad que recae en particular sobre una de sus cláusulas no afecta, en principio, a las restantes. Idéntica es la opinión de la doctrina italiana. Reconoce TEDESCHI que los artículos 163 y 164 del *Código Civile* instituyen una particular relación de conexión entre las diversas convenciones matrimoniales por lo que respecta a su mutabilidad prenupcial y a las contradecларaciones relativas a ellas, pero este es un principio excepcional que no se podría aplicar fuera del caso previsto, a menos que las partes hubiesen querido subordinar la validez de una convención a la validez de otra.

En el Derecho Español, la problemática de la dependencia o independencia de las distintas estipulaciones capitulares es algo más compleja debido a la evolución legislativa. Nuestro código reprodujo, en lo esencial, la configuración dada por el *Code* al contrato matrimonial, pese a que éste respondía a la tradición francesa y no a la del antiguo Derecho castellano. También exigió, para la válida modificación del contrato antes del matrimonio (después de éste no era posible ningún cambio) la concurrencia al acto de las personas que intervinieron como otorgantes en el primitivo, aunque a diferencia del precepto francés no se exigía la presencia simultánea de todas, llegándose no obstante al mismo resultado por aplicación de la legislación notarial. Con base en el artículo 1.319 se formulaba el principio de interdependencia entre los distintos negocios de la escritura de capitulaciones. La mutua dependencia era, efectivamente, la *ratio* de dicha norma y también, según he entendido, de la irrevocabilidad de la mejora, lo que no quiere decir que debiese de ser la pauta para resolver otros problemas como el de la propagación de la ineficacia de un negocio a los restantes. Si los autores no precisaron el alcance de la interdependencia y lo formularon en términos generales fue, probablemente, porque no se planteaban problemas en la práctica, debido a lo infrecuente del otorgamiento de capitulaciones en los territorios sometidos al Derecho Común. De haberse suscitado el problema se le habría dado casi con seguridad la misma solución por la que optaron los ordenamientos francés e italiano: la nulidad de una de las convenciones matrimoniales no conlleva necesariamente la del resto. Contábamos además con la ventaja de disponer de una norma que amparaba tal solución: el artículo 1.316.

La relevancia dada por el artículo 1.319 a la conexión entre los distintos pactos capitulares estaba bien justificada cuando su alteración sólo podía tener lugar antes de la celebración del matrimonio. Era entonces razonable que todo lo que en el mismo acto se había decidido por distintas personas en contemplación a un matrimonio determinado se reconsiderase por ellas si los que tomaron un determinado acuerdo decidían alterarlo, pues éste pudo ser el fundamento de otros. Cada uno de los sujetos prestaba su consentimiento sobre la base de la existencia de un determinado estado de cosas y con la garantía de que éste iba a permanecer inmutable tras la celebración del matrimonio, dado que legalmente no era posible alterarlo. Mas también es cierto que hubiera carecido de sentido impedir la modificación antenupcial porque hasta la celebración del matrimonio no producían efecto las estipulaciones sobre régimen económico y no existían los peligros que determinaron la adopción por la ley del principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. La forma de conciliar los distintos intereses fue permitir la alteración siempre que todavía no hubiese matrimonio, si bien exigiendo para su validez la «*asistencia y concurso*» de todos los otorgantes de los anteriores capítulos.

Con la admisión de las capitulaciones postnupciales la norma resultaba excesiva. Teniendo en cuenta que lo pactado en capitulaciones iba a poder ser alterado, incluso muchas veces, mientras que durase el matrimonio, era ilógico mantener la exigencia de la participación de los otorgantes de las convenciones matrimoniales con la amplitud con que estaba formulada (46). Si hasta la Ley del 75 cualquier modificación de las capitulaciones necesitaba imprescindiblemente el concurso de todos los otorgantes, a partir de ella se exige sólo cuando la modificación que se pretenda «*afectare a derechos constituidos por tales personas en favor de los contrayentes, o a derechos constituidos por éstos en favor de aquéllos*». Aún así, algunos autores, como es el caso de GULLÓN BALLESTEROS, estimaban desmedida la extensión de la norma, proponiendo una interpretación restrictiva de la misma, consistente en entender que «si la modificación de la capitulación matrimonial afecta a derechos constituidos por terceros en favor de un cónyuge o futuro contrayente, su intervención se impondrá en el instrumento de la modificación siempre y cuando el negocio jurídico que se realizó era una de las piezas del régimen económico matrimonial que ahora se pretende variar. O bien cuando el cónyuge o futuro contrayente beneficiario del negocio jurídico celebrado con el tercero, lo quiera variar de común acuerdo con él, teniendo la misma naturaleza anterior: pieza del régimen matrimonial que rige hasta ese momento».

En mi opinión, esta última hipótesis de modificación del negocio jurídico celebrado entre uno de los cónyuges y un tercero no estaba compren-

(46) Lo hace, no obstante, el Código italiano (art. 163).

dida dentro del supuesto de hecho de la norma, y en cuanto a que fuese requisito para su aplicación que la modificación incidiese sobre el régimen económico del matrimonio, creo que tal interpretación, que nunca contó con apoyo legal, debe de ser definitivamente rechazada a la vista de la actual redacción del artículo 1.331, que se limita a exigir la «afectación» de derechos concedidos por los otorgantes de los capítulos.

No voy a insistir en el sentido y alcance de este precepto, pues de ello me he ocupado ya anteriormente (47). Ahora se trata de poner de relieve que sigue siendo el único que, dentro de la normativa de las capitulaciones matrimoniales, atribuye efectos jurídicos a la interdependencia de las capitulaciones, sin olvidar la irrevocabilidad reconocida para la mejora hecha en capitulaciones, que aunque originariamente responde a esa idea, hoy más bien parece debida a una voluntad más decidida en cuanto a la admisión de los pactos sucesorios.

A partir de la idea de que la norma del artículo 1.331 es excepcional, habrá que llegar a la conclusión de que los distintos negocios que se formalizan en el contrato matrimonial son independientes unos de otros o, mejor, que sin perjuicio de que pueda existir en ocasiones alguna conexión entre ellos, la ley no la supone, sino más bien al contrario, según resulta de la sanción que establece el artículo 1.328 (nulidad parcial) para las estipulaciones contrarias «a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». La ineficacia de los distintos negocios se va, pues, a regir por las normas generales. Habrá, eso sí, casos en que la totalidad de los negocios incluidos en el contrato matrimonial sean ineficaces, pero no porque las vicisitudes de un negocio repercutan en otros, sino porque en cada uno de ellos concurre la causa de la ineficacia. Así, si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año, si se incumple el requisito de forma del artículo 1.327 (siempre que se trate de alguno de los negocios para los que la escritura pública sea *ad solemnitatem*) (48) o si falta la necesaria capacidad en uno de los sujetos que es parte en todos los pactos capitulares (49).

(47) Apartado II, B).

(48) Recuérdese que no todos los negocios que se insertan en el contrato matrimonial son negocios solemnes. Un contrato de compraventa celebrado con ocasión de matrimonio no será nulo por incumplirse el requisito de la escritura pública que se exige para la validez de las capitulaciones, ni tampoco lo será una donación *propter nuptias* si concurren en ella los requisitos necesarios para su validez, dado que el art. 1.338 las permite fuera de las capitulaciones matrimoniales.

(49) Los requisitos de capacidad no son los mismos en todos los negocios con ocasión de matrimonio, pero puede ocurrir que uno de los sujetos carezca de la capacidad necesaria para todos ellos, ejercitando, para dejarlos sin efecto, la acción de nulidad.

Nos hemos referido hasta ahora a las relaciones existentes entre las convenciones matrimoniales celebradas por los cónyuges y las igualmente matrimoniales celebradas con un tercero y hemos concluido que sólo hay una conexión relevante para el Derecho en la hipótesis del artículo 1.331 y a los concretos efectos en él previstos. Queda por abordar una cuestión distinta: la de si existe o no algún tipo de conexión jurídicamente relevante entre las distintas convenciones matrimoniales celebradas entre los esposos.

Recuérdese que el contenido de estas convenciones es muy variado: establecimiento del régimen económico del matrimonio, donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, delegación de la facultad de mejorar y cualquier otro pacto con ocasión de matrimonio. También pueden, desde luego, incluirse en el contrato matrimonial, aunque para nosotros no sean propiamente convenciones matrimoniales, pactos de naturaleza extrapatrimonial entre los cónyuges. Pues bien, la pregunta es si las vicisitudes de cada uno de los pactos nupciales incide o no sobre la subsistencia y eficacia de los demás.

La respuesta es claramente negativa en base a lo preceptuado en el artículo 1.328, que consagra, según opinión unánime de la doctrina, un caso de nulidad parcial (50). La solución por él consagrada rige sin duda alguna siempre que las distintas convenciones matrimoniales tengan contenido económico, pero su aplicabilidad es más dudosa si, junto con las de naturaleza patrimonial, se incluyen acuerdos de otra índole, aunque estén igualmente celebrados en atención al matrimonio. La naturaleza compleja del acto nos lleva a preguntarnos si debe de mantenerse para él la solución del artículo 1.328 o si sería mejor entender que, siendo probable que las partes lo quisieran como un todo, la solución correcta sería la nulidad total.

Una escritura de capitulaciones en la que los cónyuges, además de establecer estipulaciones de naturaleza económica, adoptan convenciones de contenido extrapatrimonial, presenta una indudable analogía (aunque sus fines sean diversos) con el convenio regulador de las situaciones de separación y divorcio. Pero también respecto de este, autores como ROCA TRÍAS y LÓPEZ BURNIOL propugnan la nulidad parcial, aunque no hay ahora una norma expresa al respecto. Si esto es así, pese a reconocerse la incuestionable realidad de que en el convenio regulador de las crisis matrimoniales hay, en palabras del propio LÓPEZ BURNIOL, una cierta interdependencia, por cuanto que «el equilibrio de las recíprocas prestaciones se obtiene, las más de las veces, mediante mutuas concesiones», con mayor motivo habrá de ser la solución adecuada respecto de las convenciones matrimoniales en su sentido estricto, en las que ese aspecto de mutua concesión, aún siendo posible, es mucho más extraño.

(50) En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del TS de 31 de enero de 1985, comentada por ENRIQUE RUBIO en *CCJC* 1985.

Por otra parte, entender que la regla es que la ineficacia de uno de los pactos capitulares no conlleva la nulidad de todo lo pactado en las capitulaciones de las que forme parte, no significa que no haya excepciones. Es sabido que conforme a la doctrina de la nulidad parcial, cuando el negocio se quiso por las partes como un todo, no podrá entenderse subsistente la parte no afectada por la nulidad. Según señala AMORÓS GUARDIOLA, es un problema de interpretación del contenido capitular de acuerdo con el propósito práctico querido por las partes, debiéndose de admitir su eficacia parcial siempre que no se rompa la unidad de ese fin pretendido.

Cabe citar en esta línea el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1990. Dos cónyuges, en régimen de separación de bienes, recogen en un documento privado la serie de acuerdos a los que llegaron con carácter previo o preparatorio del convenio regulador de la situación de separación personal en que se encontraban. En el contrato se realizaban una serie de cesiones recíprocas de bienes y derechos y se asumían obligaciones como la de otorgamiento de escritura pública para efectuar las transmisiones acordadas. El Tribunal declaró que no cabía disociar la eficacia de ese conjunto de pactos, que «cada parte asume una serie de obligaciones o contenido propio prestacional en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra parte, de tal suerte que aún cuando puede ocurrir —como en el caso del litigio— que cada una, en la asignación respectiva al obligado, sea de distinta naturaleza, de dar cosa inmueble, acciones o participación económica, en su conjunto, como se dice, están incardinadas en el total exigible a cada contraparte, sin que, por ello, sea posible... desvincular alguna parte de ese total prestacional o prestación singular aplicándoles un tratamiento jurídico independiente a las del resto a que va incorporada».

En la Sentencia se refleja sin embargo cierta confusión, destacada por ANA LÓPEZ FRÍAS, en cuanto a la calificación del contrato, que el Tribunal considera como «una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coaligadas». A pesar de la equívoca terminología empleada, el fallo se dicta sobre la base de que hay un único contrato de carácter complejo. Esta es la clave del asunto: cuando los cónyuges hayan celebrado un sólo contrato, como es el caso de la sentencia, habrá que considerar que es inescindible y que las obligaciones que cada uno asumió son la contrapartida de las asumidas por el otro (51); por el contrario cuando hayan celebrado negocios distintos, cada uno de ellos será absolutamente independiente de los otros. Es lo que generalmente ocurrirá en el contrato matrimonial.

(51) A mi modo de ver, aunque no he estudiado a fondo la cuestión, esto la mayor parte de las veces en el convenio regulador. Los cónyuges prestan su consentimiento al conjunto de pactos y no a cada uno de manera aislada.

El problema es, por tanto, averiguar cuando estamos ante un único negocio y cuando ante varios. El criterio propuesto por ANA LÓPEZ FRÍAS, para quien hay un único contrato cuando hay una sola causa y varios conexos cuando hay dos o más causas distintas, no es trasladable al caso de las capitulaciones al no ser todas ellas genuinos contratos, aunque nazcan de un acuerdo de voluntades. Se piensa entonces en la posibilidad de proponer como criterio diferenciador el de la causa del negocio, pero esta es una categoría discutida que, aún admitiendo, no parece servir para resolver la cuestión (52). De modo que no hay más solución que indagar en cada caso la voluntad de las partes: sólo cuando pueda determinarse que los cónyuges consintieron en bloque lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales, estaremos fuera del campo de aplicación del artículo 1.328, sin perjuicio, claro está, de otras posibles excepciones que resulten de la doctrina de la nulidad parcial, como la de que la ineficacia de una estipulación determinada se propaga a aquéllas otras que pese a no ser ineficaces *per se*, queden privadas de sentido.

4. LA RELACIÓN ENTRE CAPITULACIONES Y MATRIMONIO

La nota más destacada y característica de las capitulaciones es, sin duda alguna, su naturaleza «matrimonial». En algunos momentos históricos ni siquiera era posible distinguir los pactos nupciales del matrimonio. Señala ALVAREZ CAPEROCHIPÍ que tanto en la tradición primitiva romana como en el derecho altomedieval, la esposa se distinguía de la concubina por recibir una dote y que por ello los capítulos, que se limitan a ser unos *instrumenta dotalia*, son inseparables del matrimonio mismo. Hasta que se establecieron medios de prueba específicos, tales pactos eran, incluso, el instrumento de prueba ordinario del matrimonio. Es la doctrina escolástica la que establece la separación de lo personal y de lo patrimonial en el matrimonio y, por tanto, la diferenciación entre capítulos y matrimonio.

La distinción es clara en los ordenamientos actuales. La sistemática adoptada por el Código de Napoleón, que siguieron otros muchos Códigos, es rotunda en este sentido: la normativa dedicada al contrato matrimonial se separa radicalmente de la del matrimonio y se ubica dentro del libro dedicado a los contratos, con lo que se destaca su carácter patrimonial y su sometimiento a la disciplina de éstos. El Código italiano, sin haber oscurecido con ello la distinción entre el matrimonio y las *convenzioni matri-*

(52) Habría que sostener que la causa de todas las convenciones matrimoniales es el matrimonio y en consecuencia que los cónyuges están celebrando un único contrato, de donde resultaría la indivisibilidad de sus cláusulas.

moniali, ha incluido la regulación de éstas últimas y de todo lo relativo al régimen patrimonial de la familia dentro del título que dedica al matrimonio, con un criterio del que se mostraba partidario una buena parte de la doctrina española, pero que no fue acogido en las recientes reformas de nuestro Derecho de Familia.

En cualquier caso, tanto en los códigos que regulan el contrato matrimonial en sede de matrimonio como los que lo hacen en el libro dedicado a los contratos, es nítida y rotunda la distinción entre el matrimonio, negocio jurídico de derecho de familia, y el negocio regulador de los aspectos económicos del mismo, en el que rige el principio de autonomía de la voluntad con una amplitud y alcance similares a los de los restantes negocios patrimoniales. Pero no es menos cierto que éste último no se concibe sin el matrimonio y que éste se entiende en su sentido formal. En base a ello se ha dicho que el matrimonio actúa respecto de las capitulaciones como una condición, idea que prácticamente se ha abandonado desde que se puso de relieve que no se trataba de una condición en sentido técnico porque ni el matrimonio implica retroacción de efectos ni es algo que los particulares pueden o no añadir al negocio. Hoy se prefieren otras opiniones, como la de *que el matrimonio es una conditio iuris*, causa de los capítulos, presupuesto o base de éstos o, sencillamente, un contrato accesorio del matrimonio. El inconveniente de las distintas explicaciones que se han dado a la relación entre capítulos y matrimonio es, como advierte LACRUZ, que no distinguen el diferente contenido de los capítulos, siendo lo cierto que el papel que desempeña el matrimonio es distinto según el negocio de que se trate.

Que existe una vinculación entre capitulaciones y matrimonio es algo obvio. Lo que no está tan claro es el alcance de esa conexión. Para determinarla no basta con ver si es cierto, como suele afirmarse, que las capitulaciones no son eficaces hasta que se contrae matrimonio, sino que es preciso estudiar también en que medida les afectan las vicisitudes ulteriores a su celebración. Vamos por tanto a ir viendo la repercusión en las capitulaciones de la no celebración del matrimonio proyectado, su nulidad, el divorcio y la separación de los cónyuges.

A) *La no celebración del matrimonio*

Es sabido *que* nuestro Derecho admite tanto las capitulaciones antenupciales como las postnupciales. El otorgamiento de estas últimas está sometido a las particulares reglas de los artículos 1.331 y 1.332, y en cuanto a las antenupciales, aparte de tener que otorgarse en consideración a un matrimonio determinado, están sometidas al artículo 1.334, que ordena que *«Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro*

matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año».

Esta regla de caducidad tiene su precedente en el anterior artículo 1.326, que si bien declaraba nulas y sin efecto alguno las capitulaciones en el caso de no contraerse el matrimonio, no señalaba plazo, lo que suscitaba algunos problemas interpretativos, hoy resueltos. La gran utilidad de la norma es, precisamente, el señalamiento de un término, pues en rigor no resulta necesario declarar la ineficacia de lo pactado en atención a un matrimonio futuro para el caso de que éste no llegue a existir. Es generalizada la opinión de que la caducidad que se establece es automática, de manera que transcurrido un año, que se cuenta desde el día siguiente al de la fecha de conclusión del acto, las capitulaciones quedan ineficaces. El plazo no es, según CASTÁN, susceptible de interrupción, y se piensa que la norma no podrá impedir que la ineficacia sobrevenga antes: por ejemplo, si hay absoluta certeza de que el matrimonio no tendrá lugar. Caso de acaecer la hipótesis prevista por la norma se produce la caducidad definitiva del estatuto conyugal, con independencia de las razones que determinaron la no celebración del matrimonio proyectado. No hay inconveniente, sin embargo, si la boda se celebra posteriormente, en admitir que los cónyuges otorguen unas capitulaciones *per relationem*, *SL* las que, según LACRUZ, pueden incluso atribuir efectos retroactivos, salvando los derechos de terceros.

Lo previsto en el artículo 1.334 es aplicable a todas las convenciones matrimoniales y no sólo a las previsiones sobre régimen económico del matrimonio. Basta con que se hagan en consideración al matrimonio para que queden ineficaces si éste no llega a contraerse. Es suficientemente expresiva al respecto la letra del artículo (*«Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio...»*), aparte de que el Código reitera la regla para las donaciones *propter nuptias* en el artículo 1.342. Quedan sin embargo excluidos aquellos negocios que, aún formando parte del contrato matrimonial, no se celebraron *contemplatio matrimonii*, pero debe de resultar indubitada la voluntad de las partes en ese sentido pues, según se dijo, por el mero hecho de acordarse en el mismo acto y constar en el mismo *instrumentum* que las convenciones matrimoniales, se les supone este mismo carácter.

Sostienen algunos autores, en base al artículo que comentamos y al 1.342, que las capitulaciones no despliegan sus efectos hasta la celebración del matrimonio (53), pero ello no es del todo exacto. La norma dice que

(53) Concretamente DE LOS MOZOS cree que en las donaciones *propter nuptias*, más aún que en las estipulaciones capitulares, la celebración del matrimonio aparece como requisito de eficacia y que, por ello, aunque tenga lugar la entrega, la transmisión de la propiedad no se produce hasta que se celebra el matrimonio.

«quedarán sin efecto», pero no que su eficacia se *suspenda* hasta la celebración del matrimonio. Lo que sí ocurre es que algunos pactos capitulares, y en concreto los concernientes al régimen de bienes, no tienen sentido desde la perspectiva del Código más que una vez que ha nacido la relación conyugal, cuyo origen es el matrimonio. Sin éste no hay régimen económico matrimonial. Pero no hay inconveniente alguno para que otros negocios capitulares, como las liberalidades en favor de los contrayentes, produzcan sus efectos desde antes de la boda. Todo depende de la voluntad de las partes, que en definitiva son las que deciden, como en general ocurre, si suspenden o no, y hasta cuándo, el momento en el que el negocio ha de desplegar su eficacia.

No creo, pues, que haya que entender en suspenso la eficacia de todos los pactos capitulares hasta la celebración del matrimonio. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés (54) o en el italiano (55), no hay una norma expresa en que así se establezca. Tampoco cabe deducir tal cosa de una interpretación literal del artículo 1.334, que al decir que «quedará sin efecto» todo lo pactado en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio en el caso de no contraerse en el plazo de un año, parece más bien estar pensando en un tipo de ineficacia sobrevenida de carácter resolutorio, que es lo que opinan un buen número de autores (56). De otro lado, ya no se habla, como hacía el antiguo artículo 1.326, de «nulidad» de lo pactado en capitulaciones, con lo que parece que no se está pensando en una ineficacia *ex tunc*. Confirma esta idea el artículo 1.342 que cuando dice que las donaciones antenupciales quedarán sin efecto en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año (lo mismo, por tanto, que para los pactos capitulares en general ordena el precepto que comentamos), se interpreta que recoge una causa de revocación de las mismas, pues es esto lo que hacía el anterior artículo 1.333.

(54) Art. 1.395: «*Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage et ne peuvent prendre effet qu'au jour de cette célébration.*»

(55) Art. 785: «*La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nati da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio.*»

(56) COBACHO GÓMEZ, CLEMENTE MEORO, LACRUZ... En concreto, DÍEZ-PICAZO cree que el Código no aclara cuál es la naturaleza de la ineficacia que la aplicación del art. 1.342 determina, pudiendo esbozarse varias hipótesis. La primera es la del negocio jurídico inacabado, puesto que la celebración del matrimonio proyectado opera como elemento del tipo negocial o como condición en el sentido técnico o *conditio iuris*. La segunda tesis posible es la de la nulidad por falta de causa, si se considera que las nupcias en razón de las cuales la donación se iba a hacer, operan como causas de negocio. Y, por último, cabe pensar en una hipótesis de frustración del fin del negocio, que se aproxima a la desaparición de la base del negocio.

En suma, en lo que se refiere al momento en que las capitulaciones matrimoniales empiezan a desplegar su eficacia, el Derecho español se separa del francés y del italiano, en los que por imperativo legal se suspenden los efectos de las estipulaciones que integran el contrato matrimonial hasta que se celebre el matrimonio. A falta de una norma semejante en nuestro Código, hay que entender que los negocios capitulares no están sometidos en este punto a especialidad alguna y que, por tanto, si no consta claramente la voluntad de las partes de diferir sus efectos, éstos se producirán conforme a las normas generales: el nacimiento de obligaciones desde el acuerdo de voluntades y la transmisión de bienes y derechos desde que tenga lugar la *traditio*. Ahora bien, el estatuto patrimonial del matrimonio, tanto si es producto de un acuerdo privado como si es el legal supletorio, no se aplica sino a partir de la celebración del matrimonio.

Si el sentido del artículo 1.334 no es, según he dicho, suspender la eficacia de los pactos capitulares hasta la celebración del matrimonio, ¿cuál es el significado que hay que atribuirle a la consecuencia jurídica en él prevista? Entiendo que se está estableciendo una ineficacia sobrevenida que operará o no de manera automática según la naturaleza del negocio y en función de cuál haya sido la voluntad de las partes: ya se ha dicho que las estipulaciones sobre régimen económico carecen de sentido a falta de una relación conyugal a la que aplicarse, debiendo entenderse caducadas automáticamente. En cuanto a las liberalidades ya realizadas en favor de los futuros contrayentes, la solución del derecho anterior (57) y el artículo 1.343, que declara revocables las *propter nuptias* en los casos de nulidad del matrimonio, nos proporcionan los argumentos en favor de que la no celebración del matrimonio es sólo una causa de revocación, pero que no implica una ineficacia automática, lo que traería como consecuencia, como advierte COBACHO GÓMEZ, que los beneficiarios habrían de restituir los bienes donados aunque no lo exigiese el donante y que éste, para evitar la disolución, tendría que ratificar la donación antenupcial que pasaría así a ser una donación ordinaria. Más dudosa es la solución cuando se trate de una donación promisorio, pero en cualquier caso el promitente siempre podrá oponer la caducidad del artículo 1.331 frente a la acción de cumplimiento ejercitada por el donatario si no ha llegado a celebrarse el matrimonio. Lo mismo cabe decir respecto de otros contratos celebrados en consideración al matrimonio. En cuanto a la promesa de mejorar, no es discutible que queda ineficaz automáticamente, pues sin matrimonio no existe la razón que justifica su excepcional admisión. La mejora hecha en capitulaciones deviene revocable lo mismo que las donaciones *propter nuptias*, pero no

(57) El antiguo art. 1.333 declaraba *revocable* la donación hecha por razón de matrimonio «*Sí el matrimonio no llegara a celebrarse*».

se extingue automáticamente, a diferencia del pacto permitido por el artículo 831, el cual transcurrido un año sin haberse contraído el matrimonio, es como si nunca hubiese existido.

B) *Nulidad del matrimonio*

Estudiada la incidencia de la no celebración del matrimonio sobre las capitulaciones, nos corresponde ahora ver de qué manera repercute en ellos la declaración de nulidad del matrimonio. Nuevamente se hace preciso distinguir entre los distintos pactos capitulares.

Estipulaciones sobre régimen económico

La nulidad del matrimonio se suele equiparar, en cuanto a la repercusión que tiene sobre el régimen de bienes, a su no celebración. La razón de ello es que tanto en uno como en otro caso nunca hubo matrimonio, al contrario de lo que ocurre en la hipótesis del divorcio. Hay, no obstante, una diferencia importante: si el matrimonio no llega a celebrarse, las estipulaciones sobre régimen económico que se hubieran previsto no tuvieron oportunidad de aplicarse, pero sí que la tienen cuando hay una apariencia objetiva de la celebración del matrimonio, aunque éste sea nulo. En principio son tales disposiciones las que hasta la declaración de nulidad rigieron las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceros. Estos últimos, si son de buena fe, no pueden quedar perjudicados por las consecuencias de la anulación, tal y como expresamente preceptúa el inciso final del artículo 1.335. Tampoco quedará perjudicado el cónyuge de buena fe por aplicación de la doctrina del matrimonio putativo, de la que se encuentra una aplicación concreta en el párrafo segundo del artículo 95. Lo que no resuelve ni éste ni ningún otro precepto, al menos de modo expreso, es si la declaración de nulidad del matrimonio destruye retroactivamente el régimen económico o si tan sólo lo declara extinguido para el futuro. No es decisiva en este sentido la letra del artículo 95, pese a disponer que «*La sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*», con lo que parece aludirse a la extinción de un régimen existente; y no es decisivo porque el precepto es común para las sentencias de nulidad, separación y divorcio y en estos dos últimos casos es obvio que se parte de un régimen previo y válido. Tampoco el párrafo 2.º del artículo 95 arroja ninguna luz sobre la cuestión planteada, pues si bien es cierto, como dice ROCA TRIAS, que la opción por el régimen de participación es una consecuencia del matrimonio putativo y

de la no retroactividad de la liquidación del régimen matrimonial, no lo es menos que la irretroactividad se aplica en este caso precisamente para favorecer al cónyuge de buena fe y que lo que aquí nos estamos preguntando es si, fuera del campo de aplicación de la doctrina del matrimonio putativo, se aplican o no a las relaciones patrimoniales existentes hasta la sentencia las normas previstas, bien por los particulares, bien por la ley, para el matrimonio. Es claro, por lo que respecta al párrafo 2.º del artículo 95, que su fin es que se pueda excluir al cónyuge de mala fe de participar en los beneficios obtenidos por el otro, pero esos beneficios no tienen que ser precisamente los de la sociedad de gananciales, pudiendo igualmente existir pese a entenderse, de conformidad con el efecto retroactivo de la nulidad, que no hubo durante la apariencia de matrimonio ni régimen de gananciales ni ningún otro régimen «matrimonial». No cabe duda que también en este caso habría que liquidar de alguna manera la situación patrimonial existente entre los contrayentes, y si se parte de la idea de que no habiendo matrimonio no puede haber régimen *matrimonial*, ni convencional ni legal, habrá que acudir a las normas sobre la comunidad de bienes o de la sociedad irregular, siempre que resulte evidente la voluntad de hacer comunes los bienes durante la situación de convivencia conyugal, aún sin matrimonio. Es lo que para las llamadas «uniones libres» está entendiendo la jurisprudencia (58). Es decir, el artículo 95 concede al cónyuge de buena

(58) En el caso resuelto por el TS en Sentencia de 18 de mayo de 1992, la Audiencia había entendido que entre los convivientes *more uxorio* había existido una comunidad de bienes *sui generis*, que quedó disuelta al romperse la convivencia conyugal y que debía de ser liquidada con arreglo a un criterio de cuotas iguales. El Tribunal declaró: «Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlo en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal. De esta manera, a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho, pues se da la concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes, que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculancia para los interesados», añadiendo más adelante que así como «no resulta de fácil encaje analógico para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto al de separación de bienes, cuando no media convenio o pacto alguno al respecto, al operarse en estos estados sobre las situaciones de hecho creadas en cada caso particular, que incluso puede ser coexistente, pues la proyección patrimonial cabe se presente en dos aspectos, como de cotitularidad respecto a los bienes adquiridos conjuntamente por ambos, y como de separación respecto a aquellos en los que no consta acreditada la concurrencia de voluntad común adquisitiva, que operarían como propios o exclusivamente privativos.»

En la Sentencia de 21 de octubre de 1992 afirmaba el Tribunal Supremo que «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial *more uxorio* por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático

fe una opción que bien puede ser entre el régimen que se pactó para el matrimonio como el legal supletorio, por un lado, y la aplicación en la liquidación de las disposiciones relativas al régimen de participación (excluyendo al otro de las ganancias por él obtenidas), por otro, bien entre esto último y las normas de la comunidad de bienes o de una sociedad irregular, si se dan sus requisitos.

No resulta fácil ante el silencio legislativo pronunciarse sobre la cuestión de si en los casos de nulidad del matrimonio el estatuto patrimonial se extingue o no con efecto retroactivo. Por una parte, la estricta aplicación de la doctrina de la nulidad del negocio jurídico supone actuar y resolver todas las cuestiones como si el negocio nunca hubiera existido, pero, aparte de que no siempre es así (59), no estamos aquí hablando de la nulidad de las capitulaciones sino de la del matrimonio, que es el negocio base. No hay inconveniente en consagrar una ineficacia sobrevenida para el negocio accesorio en el caso de destruirse, aún retroactivamente, el principal, y, de hecho, esto era lo que hacía el antiguo artículo 72, conforme al cual la sentencia firme de nulidad producía, respecto de los bienes del matrimonio,

de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la separación de hecho». El recurso se desestimó porque no aparecía probado que, ni por pacto expreso, ni por acuerdo tácito (que pueda inferirse de sus actos concluyentes), la voluntad de los convivientes fuera la de hacer comunes los bienes o ganancias adquiridos durante la pervivencia de su unión de hecho.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1992 se entendió, en un caso de unión extramatrimonial, que no había sociedad universal de ganancias porque faltaba el consentimiento claro e inequívoco de los contratantes. Nuevamente advirtió el Tribunal que la existencia de ese consentimiento no es inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio*, prefieran, quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial.

En el caso resuelto por la Sentencia de 22 de julio de 1993 la demandante, alegando una unión de hecho con el causante del demandado, pretendía que se le reconociese su derecho a la mitad de los bienes adquiridos durante el período de convivencia con quien fue su compañero. Se fundaba en la aplicación analógica de las normas referentes a la sociedad de gananciales o, en su defecto, a las que disciplinan la sociedad irregular, que llevarían al mismo resultado de dividir por mitad dichos bienes, aportando, como último argumento, el principio que veda el enriquecimiento injusto. VALPUESTA FERNÁNDEZ se lamenta, en su comentario a esta sentencia de que aunque se reproducen los argumentos de las anteriores, no se profundiza excesivamente en las mismos.

(59) Como dice DE CASTRO, la condición de nulo y el alcance de su respectiva ineficacia resulta y depende, en primer lugar, de la naturaleza de cada negocio y de las normas específicas que le sean aplicables.

los mismos efectos de la disolución por muerte, aunque excluía al cónyuge de mala fe de los gananciales.

Pese a no existir hoy una norma paralela (60), soy de la opinión de que hasta la declaración de nulidad del matrimonio las relaciones patrimoniales entre los «cónyuges» deben de considerarse reguladas por los pactos que al respecto establecieron, incluso aunque no proceda la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. Esta es la opinión que hace ya bastantes años sostuvo LACRUZ, argumentando que, si bien es cierto que en rigor la liquidación de las relaciones económicas entre los que sólo estuvieron unidos por una apariencia de matrimonio, debía de hacerse prescindiendo de toda norma matrimonial, tal solución se podía explicar, en el caso de ser ambos contrayentes de mala fe, interpretando que los capítulos eran un contrato obligatorio para los dos, pero sin la naturaleza de la capitulación matrimonial por faltarle precisamente el casamiento.

Tal solución encuentra hoy su apoyo, aparte de en una consideración de carácter práctico destacada por ROCA TRÍAS (quien advierte de los problemas que existirían para reconstruir la realidad patrimonial anterior), en algunos preceptos del Código: el artículo 1.395, en cuanto que entiende que hasta la disolución del matrimonio hubo sociedad de gananciales y el 1.415, que se remite a aquél (61) y, en última instancia, en las mismas razones que han determinado en alguna ocasión a los Tribunales a considerar válidos los contratos por los que las parejas de hecho autoregulan sus relaciones patrimoniales, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986. Si no hay ningún inconveniente para considerar lícitos y eficaces los pactos mediante los que las parejas no casadas reglamentan los aspectos patrimoniales de su relación, tampoco la debe de haber para el reconocimiento y aplicación de estipulaciones de la misma índole acordadas por los que celebraron, *con conocimiento de ello*, un matrimonio nulo, que, además, habiendo sido objeto de la publicidad propia de las capitulaciones, también producirá efectos frente a terceros.

El matrimonio nulo conlleva, pues, la ineficacia para el futuro de los pactos sobre régimen económico del matrimonio, aún cuando ellos no sean *per se* nulos. En cuanto a los demás negocios capitulares, la nulidad del matrimonio no incide sobre todos ellos de manera idéntica, según análisis que sigue.

(60) Mejor dicho, la norma paralela es el art. 95 que tiene su antecedente precisamente en el antiguo art. 72, pero ya he dicho que al referirse también al divorcio y a la separación no me parece decisivo para resolver la cuestión planteada.

(61) También se menciona al respecto el art. 1.392, pero a mi juicio carece de valor en ese sentido, lo mismo que el 95, porque no sólo se refiere a la nulidad, sino también a la separación y al divorcio.

Donaciones *propter nuptias*

Por expresa disposición del artículo 1.343, las donaciones *propter nuptias* realizadas por terceros pueden ser revocadas, con independencia de la causa de la nulidad, con arreglo a las normas de la revocación por incumplimiento de cargas y si han tenido lugar entre cónyuges sólo pueden revocarse si el donatario obró de mala fe. Los autores se preguntan por la razón en base a la cual cuando las donaciones proceden de terceros es motivo de revocación la anulación del matrimonio «*por cualquier causa*», y en cambio en las otorgadas por los contrayentes es necesario para dejar sin efecto la liberalidad que el donatario hubiere obrado de mala fe. También suscita bastante extrañeza que la nulidad se considere como «*incumplimiento de cargas*». En cuanto a esto último, como dice LACRUZ, la subsistencia del matrimonio no es, en términos jurídicos, una *carga* impuesta por el donante, aún cuando se hace valer como tal: la ley le da ese valor. Es perfectamente coherente que anulado el matrimonio puedan los terceros revocar las donaciones, pues, a diferencia de la separación y divorcio, en que hubo —e incluso todavía hay— matrimonio, en el caso de la nulidad sólo existió, en realidad, una apariencia de matrimonio. Lo que se está teniendo en cuenta en definitiva es la voluntad del donante, quien realizó la atribución patrimonial en consideración al matrimonio; no existiendo éste (sea cual sea la causa y aunque los contrayentes lo fueran de buena fe) se le debe de permitir dejarla sin efecto. El donante consintió la liberalidad en base a un matrimonio que no llegó a existir jurídicamente y ello basta para deshacer el negocio. Consideraciones tales como la buena fe de los donatarios son irrelevantes, lo mismo que lo son las razones por las cuales no se llegó a celebrar el matrimonio a los efectos de la caducidad establecida por el artículo 1.342. Es la desaparición de la base del negocio la que fundamenta la facultad de revocar. Por el contrario, la mala fe sí que es relevante tratándose de donaciones entre cónyuges. Conforme al párrafo 3.º del artículo 1.343, sólo si el donatario es de mala fe puede revocarse la donación por incumplimiento de cargas. Esta norma no es sino una aplicación de la doctrina del matrimonio putativo. En rigor, siendo el matrimonio nulo, la suerte de las donaciones debería de ser la misma que prevé el párrafo 2.º: posibilidad de revocarlas cualquiera que fuese la causa de la nulidad; pero al tratarse de donaciones entre contrayentes, el que lo sea de buena fe no puede verse privado de los bienes gratuitamente entregados por el otro en consideración al matrimonio, pues como dispone el artículo 79 «*La declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe*».

Promesa de mejorar

No hay previsión expresa respecto de la promesa de mejorar ni de la mejora hecha en capitulaciones. Por lo que respecta a la primera, la duda está entre aplicarle la misma solución que en los casos de no celebración del matrimonio, esto es la ineficacia automática, o el mismo régimen que el Código establece para las provenientes de extraños, es decir, el reconocimiento en favor del promitente de la facultad de revocarla por incumplimiento de cargas. En favor de esto último se puede alegar la analogía de la promesa de mejorar con las donaciones nupciales y el hecho de que el artículo 1.343, al no distinguir, es aplicable tanto a las donaciones promisorias como a las transmisivas. Me parece no obstante preferible la solución de la ineficacia automática, pues no debe olvidarse que la ley reconoce validez a la promesa de mejorar precisamente por hacerse en contemplación al matrimonio y que la declaración de nulidad implica proclamar que éste nunca tuvo existencia jurídica. No estamos aquí discutiendo si un negocio perfecto puede extinguirse por decisión unilateral de una de sus partes, sino si un negocio (la promesa de mejorar) que el ordenamiento sólo admite en base a determinado presupuesto (el matrimonio) puede subsistir y desplegar su eficacia jurídica pese a faltar éste. La respuesta negativa se impone, máxime si tenemos en cuenta el carácter absolutamente excepcional de la admisión de la promesa de mejorar, que nuestro Derecho sólo consiente, aparte de en el caso de las capitulaciones, en el del contrato oneroso celebrado con tercero (62). De manera que, a diferencia de lo aconsejable en otras ocasiones, no se puede en ésta dejar a la voluntad del autor de la liberalidad la decisión de mantener o no la promesa de mejorar celebrada en base a un matrimonio nulo, porque tal promesa sólo era válida por esa razón. Sin el matrimonio queda incluida dentro del campo de aplicación de la prohibición de los pactos sucesorios.

Mejora

Distinto es el caso de la mejora hecha en capitulaciones, pues de lo que ahora se trata es de si debe de mantenerse el régimen jurídico de la mejora hecha en el contrato matrimonial o el de la mejora ordinaria. Se llega en este tema a la misma conclusión establecida para los casos en que el matrimonio no llegó a celebrarse: hay que entender que la mejora pierde su condición de irrevocable al devenir ineficaces los otros negocios capitula-

(62) Véase, *supra*, mi interpretación sobre el art. 826.

res. La solución coincide, además, con la establecida por el artículo 1.343 para las donaciones *propter nuptias* realizadas por terceros.

La mejora era irrevocable por entenderse base y presupuesto de otros negocios capitulares, los cuales o devienen ineficaces a partir de la sentencia (como es el caso de las disposiciones sobre régimen económico) o pierden su naturaleza *propter nuptias* (si los particulares deciden mantenerlos ya no es, obviamente, en contemplación al matrimonio). Cuando esto ocurre, desaparece la *ratio* por la que la mejora era irrevocable. Esta no forma ya parte de un contrato matrimonial eficaz y, en consecuencia, queda sometida al principio general de revocabilidad.

Delegación de la facultad de mejorar a los hijos comunes

En cuanto a la delegación del artículo 831, la doctrina se ha ocupado algo más detenidamente que respecto de los demás negocios capitulares de la incidencia que sobre tal pacto tiene la anulación del matrimonio. Siguiendo a VALLET y a ROCA SASTRE puede resumirse el estado de la cuestión de la siguiente manera: no es dudoso, según resulta del propio artículo, que uno de los requisitos para que proceda la delegación de la facultad de mejorar es la existencia de un matrimonio válido entre delegante y delegado. Algunos autores habían estimado que el pacto quedaba invalidado tanto en el caso de nulidad como en el de divorcio o separación, pero siguiendo la opinión de MANRESA predominó el criterio de que en los casos de nulidad el cónyuge de buena fe no perdía la facultad. Frente a ella se alzó la voz de DÍAZ FUENTES, quien advirtió que la ficción del matrimonio putativo sólo tiene por fin proteger los resultados producidos durante la etapa de apariencia del vínculo nupcial y que por eso lo razonable era entender que los efectos de la sentencia de nulidad del matrimonio, si bien no invalidan los efectos de la facultad ya ejercitada por el cónyuge superstite de buena fe, excluyen la posibilidad de su posterior ejercicio.

No creo, por mi parte, que la subsistencia de la facultad de mejorar conferida en capitulaciones, una vez declarado nulo el matrimonio, dependa de la buena o mala fe del cónyuge delegado, pues tal facultad no se concede en su exclusivo interés, sino también en el del propio delegante e incluso en el de los hijos, por lo que, en todo caso, la aplicación de la doctrina del matrimonio putativo conduciría a entenderla subsistente, si ya se ha ejercitado, por ser un efecto del matrimonio «*ya producido respecto de los hijos*» (art. 79), pero tanto si el superstite había contraído el matrimonio de buena fe como si no.

Tampoco la solución hay que basarla en una interpretación literal del artículo. Si nos atenemos estrictamente a sus términos, resultaría que la

suerte de la delegación sería una para los casos de nulidad y divorcio (habría que entenderla inexistente por faltar la condición de «cónyuge») y otra para los de separación (situación ésta en la que hay matrimonio), lo que carece de sentido porque en todas esas situaciones se presume igualmente desaparecida la relación de confianza entre delegante y delegado.

Esa es, justamente, la *ratio* de la disposición del número 2.º del artículo 102, que señala, como uno de los efectos que por ministerio de la ley se derivan de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. En base a este artículo hay que entender revocada la delegación de la facultad de mejorar entre cónyuges de manera automática desde la admisión de la demanda, revocación que adquirirá el carácter de definitiva, según el artículo 106, con la sentencia.

C) *Separación y divorcio*

El hecho de tratar conjuntamente de estas dos situaciones jurídicas para ver el efecto que producen sobre los distintos pactos capitulares no significa desconocer ni prescindir de sus diferencias, sino que lo que se pretende es, puesto que las conclusiones muchas veces van a ser idénticas para una y otra, evitar reiteraciones innecesarias.

Disolución del régimen económico matrimonial e imposibilidad de capitular

El efecto principal y característico de las sentencias de separación y divorcio en el ámbito patrimonial es el enunciado por el párrafo 1.º del artículo 95: la disolución del régimen económico matrimonial. Pero si en el caso del divorcio es claro que se extingue *todo* régimen matrimonial, no lo es tanto en el caso de la separación, en la que el vínculo matrimonial subsiste. Nuestra doctrina se ha ocupado ampliamente de esta cuestión, pudiendo reconducirse a dos posiciones, tal y como hace CLEMENTE MEORO, las opiniones emitidas respecto de la relación entre sentencia de separación y régimen económico-matrimonial: la de los que creen que la sentencia de separación personal determina la disolución del régimen matrimonial, sin que nazca otro nuevo en su lugar, y la de los que piensan por el contrario que tal sentencia lo único que produce es la disolución de los regímenes de comunidad, pero que nace un régimen de separación de bienes. Sin poner en duda la relevancia de la cuestión, en la que en definitiva va implícita la de si se siguen o no aplicando las normas del régimen matrimonial primario,

lo que desde nuestra perspectiva interesa destacar es que tanto la sentencia de separación como la de divorcio suponen el fin de la eficacia de todos, los pactos capitulares sobre régimen de bienes del matrimonio, cualquiera que sea su contenido e incluso si se habían adoptado para regular una situación de crisis matrimonial. Se exceptúan las normas pactadas para la liquidación del régimen, que es precisamente ahora cuando manifiestan su utilidad. Las relaciones patrimoniales que a partir de la sentencia existan entre los cónyuges o ex-cónyuges, incluso en su condición de tales, no se regulan ya en capitulaciones matrimoniales, sino por los propios cónyuges en el convenio regulador judicialmente homologado y en su defecto, por las medidas que adopte el juez. En los casos de separación judicial no se disuelve el matrimonio, con lo que podría pensarse que subsiste la facultad de capitular, pero no es así. Las medidas que los cónyuges quieran modificar a partir de la sentencia para regular los aspectos patrimoniales de su situación de no convivencia habrán de adoptarse *«judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»* (art. 90), lo cual no impide que puedan llegar a acuerdos privados para ejecutar los judicialmente homologados o las medidas adoptadas por el juez. Tales contratos, no por el hecho de celebrarse entre los que todavía son jurídicamente «esposos» y referirse a aspectos patrimoniales nacidos del matrimonio, pueden ser calificados de capitulaciones. En realidad no lo son porque ni se hacen *contemplatio matrimonii*, ni habiendo recaído sentencia de separación pueden suscribirse los particulares a los mecanismos judiciales previstos para alterar el régimen económico (se considere o no «matrimonial») que entre ellos estableció la resolución judicial.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de diciembre de 1985, calificó de contrato de transacción y no de capitulaciones al convenio en el que dos cónyuges judicialmente separados acordaban extremos concernientes a la liquidación de la sociedad de gananciales, previamente extinguida. A propósito del caso resuelto por esa Sentencia, se ha planteado ROCA TRÍAS la cuestión de si es posible, en general, capitular después de obtenida la separación. Creo que pueden aceptarse sin reserva las siguientes conclusiones a las que al respecto llega la autora: Aunque el ordenamiento español no prohíbe que se celebren capítulos después de la separación e incluso podría entenderse que les abre una puerta el inciso final del artículo 1.325, hay razones técnicas que abogan por la imposibilidad de que existan capitulaciones otorgadas en situación de separación cuando los cónyuges ya han pactado las soluciones a través del correspondiente convenio. Este no puede ser modificado por unas capitulaciones posteriores, pues es un convenio judicialmente homologado que por esta razón tiene una característica de fijeza, pudiendo sólo modificarse acudiendo nuevamente al juez.

De manera que la separación y el divorcio no sólo determinan el momento en que cesa la eficacia de las estipulaciones capitulares sobre el régimen económico del matrimonio, sino que además marcan el comienzo de una nueva etapa entre los esposos o ex-esposos en la que no pueden ya otorgar capitulaciones matrimoniales. Ello no quiere decir que el principio de autonomía de la voluntad deje de ser operante para regular sus intereses patrimoniales, sino que su libertad de contratar queda sometida, con una finalidad tuitiva, al control judicial. Innecesario es decir que subsiste entre ellos la posibilidad de concertar otro tipo de contratos, con pleno sometimiento a las normas generales.

Según acabo de decir, decretada la separación de los esposos, desaparece para ellos, pese a la subsistencia del vínculo, la posibilidad de capitular en el futuro (salvo reconciliación), pero conviene detenerse algo más en este punto. Es claro, por las razones ya expuestas, que previsiones sobre régimen económico en capitulaciones no son ya posibles, pero no tanto porque no se hagan *contemplatio matrimonii*, lo que sería discutible, sino porque el cauce para ello es otro: el convenio regulador. Tampoco lo son, sin ningún género de duda, las liberalidades *propter nuptias*, habida cuenta de su imperativa antenupcialidad, ni la mejora realizada por un ascendiente tendrá la consideración de irrevocable (aunque por supuesto es válida) al no hacerse en un contrato matrimonial. Pero, ¿y la facultad del artículo 831 y los pactos capitulares atípicos? Lo primero que se piensa es que no pueden admitirse porque no se hacen en consideración al matrimonio, pero tampoco los pactos que regulan las separaciones de hecho en su aspecto patrimonial son en rigor *contemplatio matrimonii* y, sin embargo, tienen la consideración de capitulaciones y están sometidos a su normativa siempre que mediante ellos se modifique el régimen económico, de donde resulta que lo decisivo no es siempre o no es sólo que se hagan en contemplación al matrimonio (63). Por lo que se refiere a la regulación de las separaciones amistosas, lo que ocurre es que las únicas vías que la ley autoriza para modificar convencionalmente el régimen económico son o las capitulaciones matrimoniales, otorgadas con la forma y requisitos de los artículos 1.325 a 1.335, o el convenio regulador previsto para los casos de separación y divorcio, de manera que si se quiere eludir la vía judicial (como pasa en las separaciones de hecho) la única opción posible para adaptar el régimen patrimonial a la situación de no convivencia es el otorgamiento de unas capitulaciones.

En cuanto a la facultad reconocida por el artículo 831, no se encuentra en él, tal y como está formulado, ningún motivo para negar a los cónyuges

(63) Ni en el sentido tradicional de concertarse en consideración a un futuro matrimonio, ni tampoco en el sentido, más acorde con la normativa actual, de pactarse en base a una convivencia matrimonial o para regular ésta.

separados la posibilidad de otorgarla. Pero la situación sería distinta entre divorciados, pues, careciendo ya del estado de casados, no se ve cómo (salvo nuevo matrimonio, claro está) pueden tener la condición de «viudo» o «viuda» que se exige para el ejercicio del poder de distribuir y mejorar a los hijos comunes. Lo mismo cabe decir de los que celebraron un matrimonio nulo.

Esta solución no es convincente, no sólo porque discrimina a separados y divorciados, sino porque el fundamento de la fiducia bien pudiera ser —como ha dicho DÍEZ GÓMEZ—, no la «*afectio maritalis*», sino la confianza que deriva de que el comisario sea padre o madre de los llamados a heredar. Si así fuera habría que extender la posibilidad de delegar en el otro progenitor de los propios hijos, al margen de una relación matrimonial presente o pasada. Sin embargo, no parece ser eso lo que está en la mente de nuestro legislador que, aparte de seguir empleando los términos «viudo» y «viuda», ha mantenido, como requisito para el ejercicio de la fiducia que el viudo o viuda no haya contraído nuevas nupcias.

Desde luego que no cabe ya pensar que el fundamento de esta causa de extinción de la delegación sea el que apuntaba GARCÍA GOYENA de repulsa general de las segundas nupcias y tampoco cabe pensar que por este motivo vaya el cónyuge delegado a prescindir del interés de sus hijos. Es obvio, además, como apunta ROCA-SASTRE, que no se aprecia peligro alguno para éstos, pues el bínubo sólo puede distribuir la herencia del cónyuge premuerto y exclusivamente entre los hijos que lo sean de éste.

Probablemente este requisito sólo encuentre explicación en los fines que habitualmente se persiguen con la autorización del artículo 831, tenidos en cuenta por el legislador al introducir un instituto propio de los derechos forales y del concepto de familia que en ellos se considera y protege. Según DÍAZ FUENTES las figuras forales correlativas a la de nuestro artículo 831 tienen una inspiración común en propósitos de permanencia familiar, de conservación y atribución unitaria del patrimonio y de asignación de la jefatura doméstica, fruto del concepto de familia como entidad permanente y continuada. En la misma línea afirma REY PORTÓLES que, de acuerdo con sus antecedentes, la finalidad principal que el artículo en cuestión persigue para los patrimonios dinámicos o de producción es mantenerlos indivisos y poner a su frente al descendiente más capacitado o idóneo.

Desde esta perspectiva se comprende algo mejor que se mantenga en la reforma del 81 el requisito negativo de no contraer ulteriores nupcias para el ejercicio de la delegación, lo que no creo que se deba ni a un descuido ni a la inercia del legislador. Si el delegado ha contraído nuevas nupcias es mucho más difícil evitar los efectos disgregantes del patrimonio, no ya del causante, sino del supérstite, que también parece ser tenido en cuenta por el legislador, quien en el fondo piensa que el delegado no se va a limitar

a hacer una disposición aislada de los bienes de aquél, sino que tomará en consideración y organizará conjuntamente el destino de sus propios bienes. Según DOMÍNGUEZ RODRIGO, quien ha estudiado exhaustivamente la *ratio decidendi* del artículo 831, éste atiende a un interés estrictamente «familiar». Particularmente prefiero hablar de un interés del causante, al que se suma el interés no divergente de su viudo. Cualquier interferencia en ese interés común supone la desaparición de la base del negocio. Tal interferencia se produce en el caso de ulteriores nupcias, pues el interés del delegado en lo que respecta al destino futuro de sus bienes ya no es común con el del fallecido y presumiblemente tampoco lo será en los casos de nulidad, separación conyugal o divorcio. Junto con la pérdida de confianza característica de estas situaciones, ello justifica que se extinga por ministerio de la ley la delegación otorgada en el contexto de una relación conyugal que no esté en crisis, cuando ésta surge, pero no justifica—creo— que la autorización no pueda hacerse, si se desea, en favor del progenitor del que el delegante está divorciado, separado o, sencillamente con el que nunca estuvo casado.

Tras este paréntesis, abierto para referirnos a los negocios capitulares que no pueden celebrarse declarada la separación, vamos a continuar con el asunto que nos ocupaba, que era el de la incidencia de la sentencia de separación y divorcio sobre los distintos negocios capitulares.

Ya hemos visto que las estipulaciones sobre régimen patrimonial devienen ineficaces, salvo las previstas precisamente para tal evento, siempre que sean válidas. Veamos ahora lo que ocurre con las demás:

Donaciones *propter nuptias*

De la suerte de las donaciones *propter nuptias* se ocupa el artículo 1.343, que tras declarar que serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos, distingue las otorgadas por terceros y las otorgadas por los contrayentes. En las primeras se reputará incumplimiento de cargas «la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron». Y en las segundas se estimará ingratitud el que al donatario «le sea imputable, según la sentencia, la causa de la separación o divorcio».

La doctrina destaca la defectuosa técnica empleada por el legislador en este artículo, lo que resulta muy evidente si se consideran además las previsiones que para el caso de nulidad del matrimonio se establecen también en él. Concretamente Díez-PICAZO se muestra bastante perplejo ante el precepto. Cree que el legislador se sirve de una ficción y equipara las situaciones de nulidad, separación y divorcio con el incumplimiento de

cargas, pero advierte que la construcción es incoherente si se tiene en cuenta que la separación y el divorcio se consideran incumplimiento de cargas en las donaciones realizadas por terceros, mientras que en las donaciones entre los esposos se consideran formas de ingratitud. Y añade que es prueba de esa falta de coherencia jurídica «el que en algunos casos se exija la imputabilidad o mala fe en el hecho, lo que podría justificarse por la aplicación de la idea de incumplimiento, mientras que en otros casos se hace abstracción de la actitud del cónyuge hacia él...».

No es fácil, en efecto, explicar la sistemática empleada para introducir las particulares causas de revocación de las donaciones antenupciales en base a la disolución del matrimonio por divorcio o a la separación judicial, y mucho menos a la vista de lo que se establece para los casos de nulidad, en que igualmente se distingue según que las donaciones tuvieran lugar entre cónyuges o procediesen de terceros. Pero quizá indagando la *ratio* de cada una de las causas de revocación, pueda aclararse algo este confuso panorama.

De lo dispuesto para las hipótesis de divorcio y separación se deduce que para el Código las donaciones *propter nuptias* se realizan en contemplación a la *celebración* del matrimonio y no en atención a la permanencia de la relación conyugal que con ella se inicia, lo que resulta perfectamente coherente con un sistema de matrimonio disoluble. De lo contrario, se habría autorizado la revocación de este tipo de donaciones en todos los casos de separación y divorcio, y no se ha hecho. La disolución del matrimonio o la cesación de la situación de convivencia que le es propia no se han estimado causas que justifiquen la revocación de las donaciones nupciales (con lo que se habrían llevado a sus últimas consecuencias las relaciones entre matrimonio y capitulaciones) *salvo en un caso*: que le sean imputables al cónyuge donatario los hechos que los causaron.

Inmediatamente se piensa entonces que estamos en presencia de una disposición de carácter punitivo, cuya *ratio* sería privar al donatario de los bienes recibidos antes de su boda por haber incurrido en una causa de separación o divorcio. Sin embargo, no tiene por que ser así. Es sabido que en opinión de un sector doctrinal el fundamento de la revocación de las donaciones por ingratitud no es imponer una sanción al donatario, sino, en palabras de LACRUZ «conferir relevancia jurídica al arrepentimiento que la ingratitud provoca en el ánimo del donante, y que la conciencia colectiva considera del todo justificado». Esto es lo que, a mi modo de ver, pretende el artículo 1.343 cuando permite al cónyuge donante dejar sin efecto la donación si su destinatario incurrió en causa de separación o divorcio: surgida una nueva circunstancia que previsiblemente hubiera determinado al donante a no realizar la liberalidad, se le da la oportunidad de reconsiderar su donación. No es, en definitiva, sino una consecuencia del carácter gratuito del

acto. No hay necesariamente que pensar —creo— que se está castigando al donatario, del mismo modo que no hay que entrever esa finalidad sancionatoria cuando incurre en alguna de las causas del artículo 648.

La lectura de éste nos permite comprender que se estime ingratitud, en las donaciones entre cónyuges, el hecho de serle imputable al donatario la causa de separación o divorcio, pues existe una destacada similitud entre la realización por el cónyuge donatario de una de las conductas tipificadas por el Código como causa de separación (art. 82) o divorcio (art. 86) y las enumeradas por el artículo 648.

Si las donaciones proceden de extraños, el fundamento de la causa de revocación es otro, lo que explica que una misma circunstancia (la imputabilidad al donatario de los hechos causantes de la separación o divorcio), que entre cónyuges es considerada como una causa de ingratitud, se conceptúa ahora como incumplimiento de cargas. Todas las causas de ingratitud consagradas por el Código tienen en común el hecho de tratarse de comportamientos del donatario respecto del donante y esto no ocurre en el caso contemplado: no es razonable pensar que el cónyuge en el que se da una de las causas de separación o divorcio incurra en una causa de ingratitud respecto de un tercero que realizó una liberalidad en su favor con ocasión del matrimonio. La ingratitud como tal sólo parece posible entre donante y donatario (cfr. art. 648). Por eso, en vez de considerar la imputabilidad de la causa de separación o divorcio causa de ingratitud, se la conceptúa respecto de extraños al matrimonio como incumplimiento de cargas.

Eso no quiere decir, como advierte DÍEZ-PICAZO, que constituya carga de la donación el no ejercicio de las acciones de nulidad, de separación o de divorcio, lo cual es impensable, más aún si no se olvida que tales acciones pueden ser ejercitadas por el consorte no donatario que no incumple nada. El donatario *propter nuptias* no tiene la carga de continuar casado. Si así fuera también se autorizaría al donante a revocar en los casos de divorcio o separación de mutuo acuerdo. El donante sólo puede revocar «si al cónyuge donatario le son imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron». Como muy bien indica VÁZQUEZ IRUZUBIETA, estas especiales causas de revocación del artículo que comentamos sólo son posibles en los casos de separación o divorcio contenciosos, pues únicamente en ellos tiene relevancia jurídica la causa que los motivó y aunque tal causa puede igualmente existir en los obtenidos de mutuo acuerdo, se prescinde de ella. No se debe, sin embargo, descartar que el legislador esté razonando de este otro modo: el donatario *propter nuptias* tiene la carga de no incurrir en alguna de las causas de los artículos 82 y 86.

Así entendida, la norma es menos criticable, pero sigue sin parecer oportuna. No quiere por supuesto decir que el cónyuge donatario tenga la

carga de no iniciar las acciones de separación o divorcio, lo que además sería claramente limitativo de su libertad personal. De lo que se trata es de poner en manos del donante, cuando éste es un tercero, un instrumento jurídico que le permita replantearse la donación, no simplemente porque el matrimonio se haya extinguido ni porque haya recaído una sentencia de separación, sino cuando esto ha ocurrido, con independencia de quien ejerce la acción precisamente por incurrir el donatario en causa de separación o divorcio.

En definitiva, sólo cuando el donatario origina el evento sobrevenido (la separación o el divorcio) puede verse privado de los bienes. Cuando a la misma situación se llega por otra vía (como por mutuo acuerdo) no se ve expuesto a verse privado de lo donado. La revocación no se permite por la separación o el divorcio en sí, sino por incurrir el donatario en las causas de los artículos 82 y 86. Insisto en que ello no quiere decir que la norma tenga naturaleza sancionadora. En la medida de lo posible se debe evitar interpretarla en el sentido de que se está poniendo en manos del donante un medio para castigar una conducta que el donatario ni siquiera realiza contra él, sino, en todo caso, contra su cónyuge. Es preferible la idea de que el donante, a la vista de ella, puede replantearse la liberalidad que realizó en su día, cosa que no puede hacer cuando la separación o el divorcio no son imputables al donatario.

Promesa de mejorar y mejora

En cuanto a la promesa de mejorar, cabe pensar que, recaída la sentencia de separación o divorcio, procede aplicar el régimen del artículo 1.343, entendiéndola revocable si éstos son imputables al cónyuge mejorado. Pero se pregunta uno si esta solución no es acaso incoherente con la defendida para ese mismo pacto capitular en los casos de anulación del matrimonio, la de la ineficacia automática de la promesa. No es así porque el problema es distinto: la razón de aquella solución era, en última instancia, que sin matrimonio faltaba la *ratio* de la validez de la promesa; la situación de la que parte la sentencia de separación o divorcio es la radicalmente contraria: un matrimonio previo y válido.

Otro posible inconveniente para aplicar a la promesa de mejorar el régimen que el artículo 1.343 establece para las donaciones con ocasión de matrimonio cuando se declara la separación o el divorcio es la naturaleza de la norma. Se trata, en opinión de algunos autores (64), de una norma

(64) Por citar alguno, ALBÁCAR y TORRES LANA.

sancionadora, no susceptible, por tanto, de aplicación analógica. Pero, aparte de que ello es discutible (65), según eso tampoco podrían aplicarse a la mejora irrevocable las causas legales de revocación de las donaciones, lo que, aparte de haber hecho en ocasiones la jurisprudencia (66), cuenta con el apoyo de la doctrina (67). No se olvide que, al fin y al cabo, la promesa de mejorar no es otra cosa que una donación promisorio y que ésta queda comprendida dentro del campo de aplicación del artículo 1.343, según resulta de su puesta en relación con el 1.340.

No terminan aquí los inconvenientes para decidirse por la aplicación del régimen consagrado para el mismo caso por el artículo 1.343, pues se llegaría por esta vía a una solución no coherente con la de la mejora hecha en capitulaciones. Si ésta pierde, tras la separación y el divorcio, la condición de irrevocable por las razones ya expuestas al tratar de la nulidad del matrimonio, no puede sostenerse que la promesa de mejorar quede expuesta a su revocación en un número mucho más reducido de casos (cuando le fueren imputables al donatario la separación o el divorcio). Es claro, según resulta de los artículos 826 y 827, que el régimen jurídico de la promesa de mejorar y de la mejora hecha en capitulaciones es idéntico, como también lo es el de la donación transmisiva y la promisorio. Pienso, en consecuencia, que la respuesta a la cuestión planteada no hay que buscarla en el artículo 1.343, aún cuando no se compartan los obstáculos anteriormente indicados para su aplicación analógica. A mi entender las causas de revocación de las donaciones, que tienen carácter excepcional, pues la donación es por principio irrevocable, no se aplican ya ni a la promesa de mejorar ni a la mejora, las cuales, fuera del contexto de un contrato matrimonial, son, por regla, todo lo contrario: revocables.

Lo anterior no rige, por supuesto, respecto de la promesa recíproca de mejorar a un hijo común pactada en capitulaciones matrimoniales, la cual no se puede ver afectada por las vicisitudes del matrimonio porque la razón de su validez e irrevocabilidad no es ni el matrimonio ni el contrato matrimonial, sino el hecho de pactarse en un contrato oneroso celebrado con un tercero.

(65) Ya he indicado antes que también se puede entender que, simplemente, se permite al donante deshacer el negocio gratuito en base a una circunstancia sobrevenida que de haber conocido habría, presumiblemente, modificado su ánimo de liberalidad.

(66) Sentencias de 11 de enero de 1915 y 6 de febrero de 1954.

(67) Sobre este tema, ampliamente BLASCO GASCO en su libro *La mejora irrevocable*.

Delegación de la facultad de mejorar

En cuanto a los efectos de las sentencias de separación o divorcio sobre la delegación del artículo 831, me remito a lo que ya dije sobre este punto al tratar de la nulidad del matrimonio, y respecto de la posibilidad de concederla en esas situaciones a lo expuesto en el apartado dedicado a tratar de la imposibilidad de capitular tras la sentencia de separación y divorcio.

D) *Pactos capitulares atípleos y matrimonio*

Para terminar, queda por hacer una alusión a la incidencia de las distintas vicisitudes del matrimonio en los negocios capitulares que, bien celebrados entre cónyuges, bien con terceros, tienen también la consideración de matrimoniales por haberse celebrado, igual que los pactos típicos, *contemplatio matrimonii*. Estos no devienen ineficaces automáticamente porque el matrimonio o la convivencia conyugal no actúan como condición. Son, por el contrario, la base del negocio. Desaparecida ésta, las partes pueden instar la resolución, siempre con eficacia *ex nunc*.

No hay tampoco que olvidar la posible existencia en la escritura de capitulaciones de negocios que no sean en rigor «matrimoniales», los cuales no pueden nunca verse afectados por las vicisitudes del matrimonio como tampoco por su no celebración.

M.^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA
Profesora Titular de Derecho Civil

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., «La reforma del Derecho de Familia», en *Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982.
- (coordinados por LACRUZ BERDEJO), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982.
- *El nuevo régimen de la familia*, tomos I y II. Ed. Civitas, Madrid, 1981 y 1982.
- *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio*, 2.^a ed., Pamplona 1989.
- *Derecho de Familia*, dirigido por V. L. MONTES. Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1991.
- ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ L., y TORRES LANA, JOSÉ A.: en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR, Madrid, 1991, t. IV, pág. 845.

- ALBADALEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil*: t. IV, 5.^a ed., Zaragoza, 1991; t. V, 4.^a ed., Barcelona, 1991.
- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ A., *Curso de Derecho de Familia*, t. I, Madrid, 1987.
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pág. 1515.
- AVILA ALVAREZ, PEDRO, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *RCDI*, 1981, pág. 1373.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit Civil*, tome troisieme, Douzieme édition, París, 1922.
- BELTRÁN FUSTER, LUIS, «LOS convenios contra el matrimonio o sus bienes fundamentales», en *RDN*, 1959, pág. 61.
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO, *Derecho de Familia*, dirigido por V. L. MONTES, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1991.
- *La mejora irrevocable*, Valencia, 1990.
- BONET RAMÓN, FRANCISCO, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Madrid, 1960.
- BORRELL Y SOLER, ANTONIO, *Derecho Civil Español*, t. IV, Barcelona, 1954.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, pág. 603.
- «La contratación entre cónyuges», en *ADC*, 1985, pág. 505.
- CABRERA HERNÁNDEZ, JOSÉ M., «Algunas notas sobre los nuevos artículos 1315 a 1324 del Código Civil», en *RGLJ*, t. 252, año 1982, pág. 133.
- CANO TELLO, CELESTINO, «Algunas reflexiones sobre la revocación de la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales», en *RCDI*, 1976, pág. 1107.
- CARCABA FERNÁNDEZ, MARÍA, *Las capitulaciones matrimoniales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1992.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*: t. V, vol. 1.^o, 9.^a ed. (revisada por G. GARCÍA, CANTERO y J. CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1976, y 11.^a ed., Madrid, 1987; t. VI, vol. 3.^o, 8.^a e., Madrid, 1979; t. VI, vol. 3.^o, 8.^a ed. (revisada por J. L. DE LOS MOZOS), Madrid, 1978.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M., «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español», en *ADC*, 1964, pág. 367.
- «Las capitulaciones matrimoniales en las novelas de Balzac», en *RDN*, abril-junio 1972, pág. 324.
- CERDA GIMENO, JOSÉ, «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación Jurídica*, núms. 33 a 36, enero-diciembre 1982, pág. 231.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE, *Instituciones de Derecho Civil Español*, t. II, Madrid, 1959.
- COBACHO GÓMEZ, JOSÉ A., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, pág. 615.
- COLÍN, AMBROSIO, y CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*, edición española con notas de DE BUEN; t. VI, 2.^a ed. (puesta al día por CASTÁN VÁZQUEZ), Madrid, 1949, y t. VII, Madrid, 1927.
- COLOMER, ANDRÉ, *Droit Civil. Régimes matrimoniaux*, París, 1982.
- CORNU, GÉRARD, *Les régimes matrimoniaux*, 2ème édition, París, 1977.
- CORSI, FRANCESCO, «Il regime patrimoniale della famiglia», en *Trattato di Diritto Civile e commerciale*, diretto da CICU-MESSINEO, vol. VI, t. I, Milano 1979.

- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *El negocio jurídico*, Madrid 1967.
- DE CASTRO GARCÍA, JAIME, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR, Madrid, 1991 t. III.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL, «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», en *ADC*, 1969, pág. 3.
- «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho Español sobre la familia», en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata, mayo 1986.
- DE LACOSTE, JORGE, *La mejora*, traducida por L. GARCÍA GUDARRO, Madrid, 1913.
- DELNOY, PAUL, *Les libéralités et les successions*, Liège, 1991.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBADALEJO, t. XVIII, vol. 1, Madrid, 1982.
- DÍAZ FUENTES, ANTONIO, «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», en *ADC*, 1957, pág. 788.
- DÍEZ GÓMEZ, AURELIO, «El nuevo artículo 831 del Código Civil», en *RDN*, 1982, pág. 405.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Ed. Tecnos, Madrid 1984, vol. II, pág. 1492.
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, 2.^a edición, Madrid, 1986.
- «El negocio jurídico del Derecho de Familia», en *RGLJ*, 1962, pág. 771.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1978, y también 4.^a edición, Madrid, 1988.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, LUIS M., «El artículo 831 Código Civil ante la doctrina de la *ratio decidendi*», en *RGD*, 1982, págs. 1813 y 1983, pág. 3.
- DORAL JOSÉ, A., «Pactos en materia de alimentos», en *ADC*, 1971, pág. 313.
- DORAL, JOSÉ A., y DEL ARCO, MIGUEL A., *El negocio jurídico*, Madrid, 1982.
- DUPONT DELESTRAINT, PIERRE, *Contrat de mariage et régimes matrimoniaux. Successions, libéralités*, huitième édition, París, 1985.
- ELFGEN, ANNO, «La mejora en el vigente Derecho Español», en *RDN*, 1969, pág. 7.
- ENNECERUS-KIPP-WOLFF, *Derecho de Sucesiones*, vol. 1.^o y 2.^o, traducción de la 8.^a ed. alemana con notas de Ramón M.^a Roca-Sastre, Barcelona, 1951.
- FAUS ESTEVE, RAMÓN, «La separación de hecho en el matrimonio», en *AAMN*, 1946, t. II, pág. 289.
- FERNÁNDEZ ELÍAS, CLEMENTE, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho Civil Español*, t. I, Madrid, 1880.
- FALCÓN, MODESTO, *Código Civil Español*, t. IV, Madrid, 1889.
- FONT Borx, VICENTE, «La mejora del tercio por acto intervivos», en *RDN*, 1961, pág. 351.
- GANGI, CALOGERO, *Derecho matrimonial*, traducción de MIGUEL MORENO HERNÁNDEZ, Madrid, 1960.
- GARDANI CONTURSI-LISI, LYCIA: «Delle donazioni», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Roma, 1976.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Nulidad de matrimonio», en *AC*, 93-3, XXI.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975», en *RDN*, 1976, julio-diciembre, pág. 7.

- GÓMEZ, YOLANDA, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL, «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil», en *RCDI*, 1978 (núm. 526), pág. 493.
- GIMÉNEZ-ARNÁU, ENRIQUE, «Escrituras de divorcio», en *RDN*, 1961, pág. 429.
- GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, «Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975», en *RGLJ* 1977, pág. 81.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO, *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, tomo 3.º, 4.ª ed., Madrid, 1875.
- HERRERO GARCÍA, M.ª JOSÉ, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976.
- *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. II, pág. 571.
- KIPP, THEODOR, y WOLFF, MARTIN, *Derecho de Familia*, vol. 1.º, traducción de la 20.ª ed. alemana, con notas de PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TOBEÑAS, Barcelona, 1941.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ L., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- «Capítulos matrimoniales y estipulación capitular», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1962, vol. II, pág. 119.
- «El régimen económico del matrimonio», en *Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 97.
- *Elementos de Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1977.
- LACRUZ BERDEJO y OTROS, *Elementos de Derecho Civil*, IV, 3.ª ed., Barcelona, 1989.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS, «La publicidad del régimen económico del matrimonio», en *Jornadas hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 137.
- LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, tome XIII, 2eme édition, y tome XXI, Bruxelles, 1876.
- LEHMANN, HEINRICH, *Derecho de Familia*, vol. IV, traducción de la 2.ª ed. alemana por J. M. NAVAS, Madrid, 1953.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ M., «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», en *ADC*, 1983, I, pág. 397.
- LETE DEL RÍO, JOSÉ M., y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ A.: «Notas sobre mutabilidad del régimen económico matrimonial en el Derecho Común», en *RDP*, 1977, pág. 165.
- LÓPEZ FRÍAS, ANA M.ª, «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho Español», en *ADC*, 1990, pág. 851.
- *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.
- LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO, «La evolución del Derecho de Familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges», en *RDN*, 1975, pág. 185.
- LLOPIS GINER, JUAN M., «La capacidad del menor para otorgar capitulaciones», en *RCDI*, 1988, I, pág. 49.
- MAGARIÑOS BLANCO, VICTORIO, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», en *Joma-*

- das hispalenses sobre la reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pág. 155, y también en *RCDI*, 1982, pág. 47.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS, *El nuevo Derecho de Familia*, Madrid, 1981.
- MARTY, GABRIEL, y RAYNAUD, PIERRE, *Les régimes matrimoniaux*, 2^a édition, Paris 1986.
- MAZEAUD, JEAN, *Lecciones de Derecho Civil*, t. IV, vol. 1, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1965.
- MIQUEL, JOSÉ M., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, vol. II, pág. 1311.
- MOUTON Y OCAMPO, Luis, «Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio», en *RGLJ*, t. 114, año 1909, pág. 421.
- *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. III, Barcelona, 1978, voz «capitulaciones matrimoniales».
- Mucius SCAEVOLA, QUINTUS, *Código Civil*, t. XIV, revisado por FRANCISCO ORTEGA LORCA, Madrid, 1944; t. XXI, revisado por JOSÉ M. REYES MONTERREAL, 2.^a ed., Madrid, 1967.
- MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ M., *Comentarios al Código Civil Español*: t. VI, vol. I, 8.^a ed., revisada por FRANCISCO DE CÁRDENAS, Madrid, 1973; t. IX, 6.^a ed., revisada por MIGUEL MORENO MOCHOLÍ, Madrid, 1969.
- NAGORE YARNOZ, JAVIER, «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derecho Común y Foral», en *Estudios Castán*, vol. IV, Pamplona, 1969, pág. 506.
- OLIVARES JAMES, JOSÉ M.^a, «Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1324 del Código Civil», en *AAMN*, XXV, pág. 281.
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, «La autorregulación de la unión libre», en *Poder Judicial*, 2.^a época, núm. 4, pág. 119.
- PELAYO HORE, SANTIAGO, «LOS pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», en *ADC*, 1967, pág. 819.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989.
- «El concurso de las personas designadas en el art. 1318 en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955)», en *ADC*, 1956, pág. 299.
- PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, JOSÉ M.^a: «La evolución del Derecho de familia en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges», en *RDN*, 1975, pág. 227.
- PUNTE MUÑOZ, TERESA, *Matrimonio y Divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Código Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 726.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*: Tomo II, vol. 1.^o, 2.^a ed., Barcelona, 1978; t. IV, vol. 1.^o, Barcelona, 1967, y 2.^a ed., Barcelona, 1985; t. V, vol. 3.^o, 3.^a ed., Barcelona, 1984.
- *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XVI, voz «mejora».
- Puig Ferriol-Roca Trías, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, t. II y t. III, 1.^o, Barcelona, 1979.
- PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho Civil Español*, t V, 2.^a ed., Pamplona, 1972.
- «La donación matrimonial de bienes futuros», en *Estudios Castán*, t. IV, Pamplona, 1969, pág. 573.

- REY PORTÓLES, JUAN M.^a, «Comentario a vuelapluma de los artículos de Derecho sucesorio (por ahora los siete primeros) reformados por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio», en *RCDI*, 1982, pág. 569.
- RICA, FRANCESCO, *Derecho Civil teórico y práctico*, tomo X, traducción española, Barcelona 1985, y t. XV, Barcelona, 1974.
- RIPERT, GEORGES, y BOULANGER, JEAN, *Traite de Droit Civil*, t. IV, París, 1959.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, t. II, Barcelona 1991.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, pág. 396.
- Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1985 en *CCJC* 1985, pág. 3253.
- «Derecho de obligaciones», coordinado por M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 591.
- ROJAS MONTES, LUIS, «Efectos frente a terceros de la modificación de las capitulaciones», en *AAMN*, núm. XXVI, pág. 299.
- RUBIO, ENRIQUE, «Comentario a la Sentencia del T.S. de 31 de enero de 1985», en *CCJC*, 1985, pág. 2357.
- SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE, *Estudios de Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, Madrid, 1912; t. VI, vol. 2.º, Madrid, 1910.
- SANS URANGA, FRANCISCO, «La nueva importancia del art. 831 del Código Civil», en *RDN*, 1976, pág. 379.
- SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1958, t. II.
- SANTOS BRIZ, JAIME, *Derecho Civil*, t. V, Madrid, 1982.
- SANTOSUOSSO, «Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da WALTER BIGIAMI, Torino, 1965.
- SBISA, GIUSEPPE, *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice, 1980, voz «riforma del diritto di famiglia».
- SECO CARO, ENRIQUE, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960.
- TEDESCHI, GUIDO, *El régimen patrimonial de la familia*, traducción de S. SENTÍS MELENDO, Buenos Aires, 1954.
- *Novissimo Digesto Italiano*, terza edizione, tomo X, voz «matrimonio (contratto di)».
- TORRES ESCÁMEZ, SALVADOR, «Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales», en *RCDI*, 1978, pág. 963.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, «Las capitulaciones matrimoniales como estatuto patrimonial de la familia», en *Estudios varios*, Madrid, 1980, pág. 253.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XI, 2.ª ed., Madrid, 1982.
- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I.