

La capacidad del menor para otorgar capitulaciones

(Comentario del artículo 1.329 del Código Civil)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO: 1. *Regulación del Código después de la reforma de 1975.* 2. *Antecedentes inmediatos. Génesis del artículo.*—ITT. ELEMENTOS PERSONALES EN LAS CAPITULACIONES DEL MENOR: 1. *Significado del término menor.* 2. *Personas que intervienen:* 2.1. Enumeración de las mismas. 2.2. Calidad jurídica por la que intervienen. Interpretación de los términos «concurso» y «consentimiento».— IV. POSIBLE CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES EN ORDEN AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. SISTEMA DE ELECCIÓN. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es realizar una interpretación sistemática e integradora del artículo 1.329 del Código Civil. Sin lugar a dudas, las reformas de 13 de mayo de 1975 y la de 24 de julio de 1981 y la de 24 de octubre de 1983 han sido unas de las más importantes llevadas a cabo en nuestro primer cuerpo legislativo civil, pues no sólo afectaron directamente a numerosas instituciones, principalmente de Derecho de familia, sino que también han obligado a revisar muchos de los principios considerados tradicionales en nuestro ordenamiento. Así, de forma indirecta, extendieron su campo de acción. Todo ello, claro está, de acuerdo con los principios mantenidos en la Constitución española en materia de Derecho privado.

En esta situación se encuentra el artículo 1.329 del Código Civil, el cual regula las capitulaciones matrimoniales otorgadas por menor. El contenido del mismo se encuentra ligado al estado civil de la persona por razón de la edad, y especialmente a la capacidad de obrar del me-

ñor, al matrimonio, y específicamente al impedimento por razón de la edad, a las capitulaciones, como medio de pactar el régimen económico matrimonial, y también hay que relacionarlo con el ejercicio de la patria potestad y la tutela. Todas estas instituciones fueron modificadas por leyes distintas y, por lo tanto, en ocasiones, se nota la falta de una visión de conjunto. De ahí que el presente comentario pretenda una sistematización de los preceptos hoy vigentes, así como expresar los cambios, importantes y sustanciales, que se han producido en esta materia.

La doctrina ha mantenido opiniones contrarias y divergentes a la hora de dar una interpretación al precepto. Se afirma la existencia de lagunas y vacíos legales, o se considera un término incluido en el precepto como redundante y sin contenido. Todo ello me ha inducido a pensar en una interpretación que manteniendo el sentido propio de las palabras utilizadas por el legislador cobre un significado en el sentido general de toda la reforma del Código Civil, y muy especialmente insistir en los cambios que dicho precepto ha introducido,

II. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

1. REGULACIÓN DEL CÓDIGO DESPUÉS DE LA REFORMA DE 1975

El otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por menor de edad se regulaba en el artículo 1.318 del Código Civil. Dicho precepto, cuya redacción originaria se mantuvo hasta la reforma de 1981, seguía la regla tradicional de *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, principio que, debía ser matizado, tal como indicaban LACRUZ y SANCHO, ya que «no debe tomarse al pie de la letra, pues hay personas capaces de contraer matrimonio válido, y que no pueden capitular válidamente sin asentimiento de otras» (1). Hoy en día se puede decir que el nuevo artículo 1.329 se acerca por un lado a dicho principio, pues permite al menor contraer matrimonio válidamente y otorgar los capítulos sin necesidad de ningún tipo de asistencia, siempre que se mantenga dentro de las limitaciones establecidas; mientras que por otra parte se separa de dicha regla en cuanto que acentúa la diferente capacidad del menor para otorgar los capítulos y para contraer matrimonio.

El artículo 1.318 regulaba dos supuestos distintos. El primer párrafo decía la capacidad del menor para otorgar los capítulos, y al mismo

(1) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, fascículo 2º, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 320.

tiempo establecía que para la validez de éstos se requería la concurrencia de determinadas personas. Digamos que era el supuesto normal de capitulaciones válidas. El régimen económico que regiría el matrimonio sería entonces el pactado en dichas capitulaciones.

El segundo párrafo disponía que «en el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer del concurso y firma de las personas referidas, y de ser válido el matrimonio con arreglo a la Ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales». El supuesto atendía a una situación que podríamos calificar como patológica en las capitulaciones, las cuales fuesen nulas o anulables, no vamos a entrar ahora en esta debatida cuestión, suponían que el matrimonio se regía por un régimen económico distinto al pactado, que era el de gananciales.

Se determinaba también en este artículo la capacidad del menor para otorgar las capitulaciones, capacidad que no fue alterada tras la reforma del Código Civil de 1975, que sólo modificó el artículo 1.320 en su último párrafo, el cual se remitía al 1.318 para el caso de modificación del régimen económico conyugal en capítulos otorgados por el menor, con lo que la capacidad de éste no se vio alterada por la reforma.

Por otra parte, los requisitos para contraer matrimonio referidos al menor se regulaban en el artículo 45, 1, del Código Civil, que establecía la prohibición de contraerlo «al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias, que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponda otorgarla», que aparecían especificadas en los artículos siguientes.

La sanción en caso de contraer matrimonio sin la licencia debida estaba regulada en el artículo 50 del Código, que en su párrafo 1.º decía que el régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes, aunque el matrimonio contraído sería válido.

Se ve claramente el deficiente sistema de que adolece nuestro Código en materia de Derecho de familia, ya que regula asuntos conexos, como son la capacidad del menor para capitular y para contraer matrimonio, en Libros distintos, lo cual ha supuesto un problema para las últimas reformas, pues se han emprendido separadamente la modificación de los artículos correspondientes, lo que ha inducido a ciertas confusiones, como más adelante veremos.

Hay que destacar el que ha podido más la tradición que la sistematización a la hora de reformar nuestro Código. El legislador de 1981 ha mantenido en Libros del Código distintos la regulación del matrimonio y la del régimen económico matrimonial, a pesar de las continuas observaciones realizadas por la doctrina, con lo que se ha perdido una oportu-

tunidad única, da la extensión y profundidad de las últimas modificaciones.

El mantenimiento de los preceptos indicados tras la reforma del Código Civil de 1975 supuso una revisión de los mismos, dado que en algunos casos se podían plantear contradicciones en el texto legislativo, que había introducido una innovación tan importante como la posibilidad de otorgar capítulos después del matrimonio y consiguientemente la modificación del régimen económico matrimonial.

La primera cuestión que se suscitaba era si se podía o no modificar el régimen legal de separación de bienes, impuesto a los cónyuges que contraían matrimonio sin licencia, es decir, si los cónyuges, menores de edad, podrían pactar en capitulaciones un nuevo régimen económico después de contraído el matrimonio, o bien modificar el que tenían, que había sido impuesto por Ley.

Parte de la doctrina pensó que, al tratarse de una sanción, los cónyuges no podrían utilizar la posibilidad que les confería el artículo 1.320, ya que de pensarse lo contrario, se podría considerar que existía un verdadero fraude de ley (2).

Frente a esta posición se mantenía otra, a mi juicio más correcta, que consideraba como posible la modificación del régimen económico legal en base a una interpretación exegética del término «legal» del artículo 1320, dentro de la cual cabía incluir el régimen legal punitivo de absoluta separación de bienes del artículo 50 del Código, pero ahora bien, siempre que hubieran cesado las causas que originaron dicha situación.

Esta postura, mantenida por SILVIA DÍAZ, se fundaba, además de lo dicho, en la necesidad de mantener una interpretación restrictiva del citado precepto, y en que se trataba más que de una sanción de una medida precautoria (3)

(2) En este sentido, TORRES Y FRANCO en «Las capitulaciones matrimoniales», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Gabinete de Publicación y Documentaciones, *Boletín de Información*, año XXIX, núm. 105, Madrid, 1975, página 7. «Con las capitulaciones se está persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, ya que la separación absoluta de bienes se establece en el Código como una pena civil para quienes violan la prohibición del artículo 45.»

(3) DÍAZ ALABART, Silvia: «Modificabilidad del régimen de separación de bienes impuesto por la Ley a los esposos que se casaron contraviniendo las prohibiciones del artículo 45 del Código Civil», en *Homenaje al Profesor Batlle*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, págs. 223 y sigs. También, en igual sentido, puede citarse la opinión mantenida por F. DE CASTRO cuando, refiriéndose al citado artículo 50, decía: «Las desventajas que para los cónyuges contiene el artículo 50 del Código Civil», en *Derecho civil de España*, parte general, I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 594, en nota 2. También DE LOS MOZOS, al tratar de los efectos secundarios de los actos nulos, dice: «... otro carácter, en cambio, tienen los establecidos por la contravención de una Ley prohi-

De todas formas, aun admitiendo el carácter de penalidad civil, es claro que esta sanción no llevaría aparejada la idea de perpetuidad, la cual se imponía por la inmodificabilidad del régimen económico del matrimonio antes de la reforma de 1975, y no por el propio artículo 50. Por ello se puede considerar que el anterior artículo 1.320 podría tener eficacia y permitir la modificación del régimen de separación de bienes, una vez que hubiesen cesado las causas establecidas en el anterior artículo 45. Esta idea no contradecía la protección que se debía a los sujetos que incurriesen en la infracción, y tampoco se dañaba el bien jurídico protegido en cada caso.

En el supuesto de los artículos 45 y 50 del Código se estaba limitando la autonomía privada del menor y de aquellos que sin serlo contraían un matrimonio con él, de forma que éstos no podían utilizar su libertad jurídica para establecer el régimen matrimonial deseado, era la propia norma jurídica la que imponía su régimen, a través del mandato imperativo citado.

A. pesar de lo dicho y de la interpretación antes dada, la idea de que el régimen de separación era una sanción ha perdurado, y esta visión ha estado latente en la elaboración legislativa del actual artículo 1.329, e inclusive en la doctrina que interpreta dicho precepto.

El segundo tema debatido después de la reforma de 1975 era que el artículo 50 textualmente decía: «Si, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casasen las personas comprendidas en él su matrimonio *será válido*, pero... 1.^a Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes...». Mientras que el artículo 1.318, en la redacción antes citada, decía que el régimen legal supletorio era el de la sociedad de gananciales cuando las capitulaciones fuesen nulas y el matrimonio fuese válido.

La interpretación literal de ambos preceptos llevaría al absurdo de atribuir efectos distintos a dos matrimonios válidos, en los que se hubiesen otorgado capitulaciones sin el concurso de las personas requeridas, y, a pesar de la validez de ambos matrimonios, uno se regiría por la sociedad de gananciales, mientras que otro lo haría por el régimen de separación de bienes. La solución a esta aparente contradicción era clara, el artículo 1.318 debería haber utilizado los términos «válido y lícito», con lo que de una forma expresa se hubiera concretado el supuesto a aquellas situaciones en las que se contrajera el matrimonio con la licen-

bitiva, que... pueden tener cierto aspecto de sanción; en otro destaca la especial protección de los intereses de los terceros, y aun de los propios interesados en contra de sus mismos actos (es el caso... de algunos de los efectos establecidos en el art. 50 del Código Civil)», en *Derecho civil español*, I, parte general, vol. 1, Introducción al Derecho civil, Salamanca, 1977, *pág.* 690,

cia de las personas que debieran darla —artículos 46 y siguientes—, pero que éstas no concurriesen al otorgamiento de las capitulaciones.

Conforme a lo dicho, podemos resumir los diversos supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de los mismos en la anterior regulación en los siguientes:

- 1.º Matrimonio válido y lícito con capitulaciones matrimoniales válidas, supuesto regulado en el artículo 1.318, 1, del Código Civil, en este caso el régimen económico matrimonial sería el pactado en los capítulos.
- 2.º Matrimonio válido y lícito con capitulaciones ineficaces por falta del concurso de las personas requeridas, supuesto regulado en el artículo 1.318, 2, el régimen económico matrimonial hubiera sido el de sociedad de gananciales.
- 3.º Matrimonio válido e ilícito con capitulaciones válidas, regulado en el artículo 45, 1, y 50 del Código Civil, el régimen económico matrimonial que se establecía era el de separación de bienes.
- 4.º Matrimonio válido e ilícito con capitulaciones ineficaces; este supuesto debería estar integrado en los artículos 45, 1, y 50 del Código Civil, y su régimen legal sería consiguientemente el de separación de bienes.

El tercer supuesto planteado reviste, a mi modo de ver, gran importancia, de ahí que se deba resaltar su posibilidad. Podría suceder, teóricamente al menos, que las personas designadas en los artículos 46 y siguientes para prestar la licencia debida concurriesen al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, previas al matrimonio, por lo que las capitulaciones fuesen válidas, y que, posteriormente y por cualquier circunstancia sobrevenida, se negasen a prestar la licencia matrimonial. En este caso también se aplica el artículo 50 del Código, ya que el artículo 1.318 exigía los requisitos de validez y licitud del matrimonio, y no siendo lícito el matrimonio al faltar la licencia el supuesto planteado no entraría en el del citado precepto, por lo que el régimen sería el de separación de bienes y no el de gananciales.

Como vemos, en el supuesto de plena validez del matrimonio, el régimen económico del mismo depende de la validez e ineficacia de las capitulaciones, mientras que, en los casos de ilicitud matrimonial el régimen económico ya no depende de las capitulaciones matrimoniales, sino que el legislador anuda las consecuencias jurídicas a la falta de los requisitos necesarios para la celebración de un matrimonio válido y lícito,

y se aplicaría un régimen legal, que era el del artículo 50³ el de separación de bienes.

La conclusión que se puede deducir de la regulación existente tras la modificación del Código Civil de 1975 es que lo principal era la licitud del matrimonio, que debería revestir los requisitos exigidos por el Código, y si éstos no se cumplían, aunque el matrimonio fuese válido y, por tanto, produjese sus efectos, las capitulaciones matrimoniales que se hubieran podido otorgar eran irrelevantes a los efectos del régimen económico matrimonial.

Es claro que, una vez contraído el matrimonio y unido siempre a él, debe existir un régimen económico matrimonial, el que sea, que regule las relaciones económicas existentes entre los cónyuges, pero la regulación legal establecía un sistema en el que se cercenaba la autonomía privada de los contrayentes y otorgantes de los capítulos matrimoniales, y si el legislador establecía el principio *javor matrimonii*, sin embargo, no observaba la misma regla para las capitulaciones, que se veían privadas de efectos por la realización de un matrimonio sin los requisitos exigidos.

Esta relación en grado de subordinación del régimen económico matrimonial, y de la eficacia de las capitulaciones a la válida y lícita celebración del matrimonio del menor se manifiesta también en la coincidencia de personas que deben prestar licencia para el matrimonio y concurrir al otorgamiento de los capítulos.

2. ANTECEDENTES INMEDIATOS. GÉNESIS DEL PRECEPTO

Son claramente ilustrativos los antecedentes inmediatos del artículo 1.329 del Código Civil. Su elaboración, aunque no especialmente discutida por las Cortes, sirve en gran medida para hacernos comprender el *iter* del precepto, su redacción y la interpretación que del mismo puede darse, y se evidencia la influencia que tuvieron los artículos 45 y 50, hoy derogados del Código.

Por ello distinguiremos las distintas fases de elaboración legislativa y las sucesivas modificaciones que va sufriendo el precepto en cada una de dichas etapas.

En el proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso se regulaba la materia en el artículo 1.327 (4). En el mismo se establecía la necesidad de concurrir las personas que debían dar licencia para el ma-

(4) En el proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso el 14 de agosto de 1979 decía textualmente: «Artículo 1.327. El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá también otorgar capitulaciones antes o después de la boda; pero si no concurren a ellas las personas llamadas a dar licencia para el

trrimonio para poder así pactar un régimen distinto al de participación o al de separación.

Se mantenían los artículos 45 y 50 del Código y, por lo tanto, la necesidad de licencia para contraer matrimonio, y consecuentemente persistían las diferentes consecuencias jurídicas, que antes apuntábamos, derivadas de la ausencia de tal licencia, es decir, los supuestos enumerados bajo los números 3 y 4. Así como también se mantenía el número 1. Pero no era el caso del supuesto establecido en segundo lugar, matrimonio válido y lícito y capitulaciones otorgadas sin el concurso de las personas requeridas, ya que se veía modal izado por el proyecto al distinguir dos supuestos distintos:

u) Si el menor otorgaba capitulaciones sin el concurso de las personas llamadas a otorgar la licencia, entonces debería limitarse a pactar en los capítulos el régimen de separación o participación. Si se hacían las capitulaciones dentro de estos límites, entonces serían válidas y el matrimonio contraído se regiría por el régimen económico pactado. Ya se verá posteriormente si deberá incluir o no el régimen de gananciales dentro de los regímenes a elegir por el menor.

b) Si el menor no se limitaba a pactar cualquiera de dichos regímenes, sino que los modificaba o establecía un régimen distinto, entonces las capitulaciones no eran eficaces, y el régimen que regiría el matrimonio no se regulaba en dicho precepto, sino en el proyectado artículo 1.316, que decía: «A falta de capitulaciones matrimoniales el régimen económico será el de gananciales».

El artículo 1.327 no establecía un régimen legal supletorio para el caso del matrimonio del menor contraído con licencia y con capitulaciones matrimoniales sin el concurso de las personas que deberían prestarla, y que se extralimitase en el ejercicio de su autonomía privada pactando un régimen distinto al establecido por el legislador. Las consecuencias jurídicas que se derivaban de esta situación eran las generales a cualquier supuesto de ausencia de capítulos o de ineficacia de los mismos, regulados, a su vez, por un mismo precepto, el citado artículo 1.316, el cual incurría en deficiencias al incluir bajo el término «a falta» supuestos que eran de ineficacia.

Es importante resaltar cuatro consideraciones en torno a las modificaciones producidas por el proyecto de Ley respecto del régimen del Código: a) Se aumenta la capacidad de obrar del menor al permitirle

matrimonio, sólo podrá pactar el régimen de separación o el de participación y aceptar liberalidades que no sean onerosas», en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, núm. 71-1, de 14 de agosto de 1979, pág. 327.

otorgar capitulaciones sin necesidad de que le complementen dicha capacidad, b) Que en el supuesto de ineficacia el menor de edad era tratado como sí fuera mayor de edad que otorgase capitulaciones ineficaces, ya que se producía una equiparación de consecuencias jurídicas, c) Que se mantenía el mismo régimen económico establecido en el artículo 1.318, es decir, el de la sociedad de gananciales, d) Se mantenía la relación de subordinación entre la capacidad del menor de otorgar capitulaciones y su capacidad para contraer matrimonio, ya que se requería el complemento de capacidad e intervención de las personas que deberían otorgar la licencia. Los artículos 45 y 50 del Código Civil no eran objeto de reforma en ese proyecto de Ley, por lo que se consideraban vigentes, y a ello atendía la redacción del precepto. La exigencia del complemento de capacidad aparecía expresada en el término «concurren».

La siguiente etapa es el informe de la ponencia, que añade al proyectado artículo 1.327 un párrafo, que decía lo siguiente: «A falta de capitulaciones se aplicará el régimen de separación». Con lo que se aceptaba de forma parcial una enmienda, la 395, del grupo vasco. En el mismo informe se manifestaba que «el tema de la licencia hace relación a otro proyecto de Ley distinto. Provisionalmente el precepto quedaría redactado así...» (5).

La ponencia también admitía de Forma parcial una enmienda del grupo socialista que dejaba redactado el artículo 1.316 tal como se recoge en su redacción final y actualmente vigente, es decir: «a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales». La precisión terminológica era mayor, y la interpretación del precepto más ordenada a cubrir un posible vacío legal.

El informe de la ponencia tenía una característica de provisionalidad, debido a que los artículos reguladores del matrimonio eran objeto de modificación en proyecto de Ley distinto, que luego fue la Ley modificadora del Código Civil de 7 de julio de 1981. Tal como hemos dicho anteriormente, la falta de sistema en nuestro Código en materia de Derecho de familia influyó muy especialmente en esta cuestión, ya que se desconocía la reforma definitiva acerca de la licencia matrimonial, y

(5) En el informe de la ponencia relativo al proyecto de Ley de 22 de mayo de 1980 se decía: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá también otorgar capitulaciones antes o después de la boda; pero si no concurren a ellas las personas llamadas a dar licencia para el matrimonio, sólo podrán pactar el régimen de separación o el de participación y aceptar liberalidades que no sean onerosas. A falta de capitulaciones, se aplicará el régimen de separación», en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, de 22 de mayo de 1980, núm. 71-1, pág. 348.

si ésta se iba a mantener o, por el contrario, desaparecer, como al fin sucedió.

La capacidad del menor para contraer matrimonio y para otorgar capitulaciones matrimoniales se regulaba no sólo en dos preceptos distintos, sino que estaba en trámite de modificación en dos proyectos de Ley diferentes, de ahí que la ponencia anunciara la provisionalidad del precepto, idea que afortunadamente fue modificada a lo largo de la tramitación y elaboración de la Ley, ya que consideró que el simple enunciado de provisionalidad en un precepto es muestra de desconcierto y de evidente falta de previsión. El principio de seguridad jurídica, central en un Estado de Derecho, se resiente con la derogación o modificación de la norma en un transcurso breve de tiempo, como iba a ser el presente caso, en que medió una diferencia de poco más de dos meses (6).

La ponencia realizó unas innovaciones que se podrían considerar de dudosas en su interpretación. Por un lado, nos encontramos con el mantenimiento, aunque provisional, de los artículos 45 y 50 del Código, por lo que los supuestos enumerados bajo los números 3 y 4 permanecían exactamente igual. Pero por otra parte la inclusión del párrafo correspondiente en el artículo 1.327, diciendo que «a falta de capitulaciones...», plantea una serie de dudas, y especialmente la de si debe considerarse integrado en dichos términos los supuestos sólo de ausencia de capítulos o, por el contrario, deberían incluirse también aquellos casos en que las capitulaciones se hubiesen otorgado pero que fuesen ineficaces, o bien sólo incluir los supuestos de ineficacia de las capitulaciones, y no los de ausencia de las mismas.

Si el supuesto que recogía el informe de la ponencia sobre el artículo 1.327 era sólo el de ausencia de capítulos, nos encontraríamos con que se establecía una regulación especial para el caso de matrimonio contraído por menor, ya que la regla general sería como régimen legal supletorio el de la sociedad de gananciales, excepto el contraído por menor que sería el de separación de bienes. En esta hipótesis la ineficacia de las capitulaciones no se encontraría recogida en el precepto, por lo que de darse el supuesto sería aplicable lo establecido en el contenido del artículo 50 y del 1.327 era el mismo, el régimen legal

(6) Me gustaría resaltar, en este aspecto, la importante opinión de LÓPEZ ONATE en su libro *La certezza del Diritto*, en el que decía: «La mutazione continua elide la certezza, perché elide la fiducia nella volontà dello Stato, quale volontà permanente e costante... La frenesia moderna che si estrinseca nella continua legiferazione non tiene conto del fondamento o della natura della legislazione, che stá appunto in questa stabilità della volontà... sia almeno rordinamento giuridico composto di leggi stabili, di legge longeve». LÓPEZ ONATE, Flavio, en la obra antes citada, nueva edición, riveduta a cura di Guido Astuti, Ed. Giuffré, Milano, 1968, pág. 71.

capitulaciones) fuesen ineficaces...», por lo que el menor de edad, con capitulaciones en las que no hubieran concurrido las personas señaladas, tendría el régimen económico legal, que sería el general, es decir, el de gananciales.

Esta interpretación nos conduciría al siguiente resultado: se produciría una equiparación entre matrimonio válido del menor sin capítulos —que estaría regulado por el proyectado artículo 1.327— y el supuesto de matrimonio válido e ilícito —supuesto regulado por el artículo 50—, ya que en ambos casos el régimen legal supletorio sería el de separación de bienes.

La otra hipótesis sería la interpretación del término «a falta» como comprensiva tan sólo de los supuestos de ineficacia de las capitulaciones. En este caso se «sancionaba» de igual forma el supuesto de falta de licencia matrimonial y el de ineficacia de las capitulaciones, ya que el contenido de los artículos 50 y del 1.327 era el mismo, el régimen legal de separación. Esta interpretación tendría importancia al reflejar que el régimen matrimonial deja de depender de los requisitos para la celebración del matrimonio, y se subordina a un régimen general de validez o no de las capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo, la hipótesis reseñada es un contrasentido, ya que supone una visión extraordinariamente forzada respecto de la misma *ratio* del precepto y del fin perseguido por la norma.

Considero que el proyectado artículo 1.327 pretendía crear un régimen legal supletorio, el de separación de bienes, tanto en los supuestos de ausencia como de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales en los casos de matrimonio del menor, por ello el menor, para regir su matrimonio por un régimen distinto del de separación, tendría que contraer un matrimonio válido y lícito y otorgar los capítulos con la concurrencia de las personas requeridas, o bien, a falta de éstas, limitarse a pactar los distintos regímenes opcionales establecidos.

Me he detenido en el examen del proyecto remitido por la ponencia del Congreso, dado que los profesores GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ entienden que «en defecto de pacto (capitulaciones del menor) el régimen legal subsidiario tampoco podrá ser de gananciales», afirman que del artículo 1.329 del Código Civil se deduce la existencia de un sistema legal excepcional, y que el régimen legal subsidiario es el de separación de bienes, que regirá el matrimonio del menor, excepto «cuando éste capitula con el consentimiento de sus padres o tutor» o cuando se limite a pactar un régimen de separación o participación (7).

(7) GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, en *Derecho civil español común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, José, tomo IV, vol. 1.^o, ed. 10.^a, revisada y puesta al día, Ed. Reus, Madrid, 1983, pág. 295. En la misma, además de lo

Esta interpretación del actual artículo 1.329 y del régimen legal supletorio en el caso de matrimonio de menor tiene, a mi juicio, evidentes problemas, ya que la redacción proyectada por la ponencia no fue respetada posteriormente, suprimiéndose el inciso que dicho organismo había añadido, y que considero afortunada dicha modificación y supresión del citado apartado en base a lo siguiente:

1. No existe ninguna laguna o vacío legal en la actual regulación, ya que el régimen legal supletorio para el matrimonio del menor viene establecido por el artículo 1.31.6, y ni en el mismo, ni en ningún otro se afirma la existencia de un régimen excepcional; y allí donde la Ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete. No hay un régimen legal supleTMtorio distinto para los matrimonios contraídos por mayores de edad y otro para los contraídos por los menores o menor que no ha otorgado capitulaciones, o que éstas sean ineficaces.
2. Si se admitiera la existencia de un régimen distinto se reproduciría la idea de sanción al menor por conducta ilícita (8). Esta idea punitiva que interpretaban los artículos 45 y 50, y sobre la cual ya expresé mi opinión, aparece hoy superada con la actual redacción del Código Civil. Además, sería ilógico hablar de sanción en el supuesto de inexistencia de capitulaciones en un matrimonio de menor contraído con la debida dispensa del impedimento por razón de la edad, ya que en este caso, no existiendo conducta ilícita, sin embargo, se le debería aplicar el régimen de separación de bienes. La sombra del artículo 50 del Código Civil sigue proyectándose, a mi juicio, erróneamente, sobre la nueva regulación.
3. No se pueden extender las consecuencias jurídicas establecidas en los artículos 45 y 50, 1, a supuestos de hecho distintos, pues en el momento de emitirse el citado informe ambos preceptos estaban vigentes y se especulaba con la posibilidad de su permanencia, pero aun con esta visión el

anteriormente citado, se afirma: «En el dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso se decía que 'a falta de capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen de separación', en la hipótesis contemplada; solución que parece ser la aceptable, aunque tal inciso haya desaparecido del precepto definitivamente aprobado por el Parlamento».

(8) En este fundamento se sustentan los citados autores, GARCÍA CANTERO y GASTAN VÁZQUEZ, cuando dicen que el artículo 1.329 aparece emparentado «lejanamente con el derogado artículo 50, 1...», y ha perdido, en parte, el carácter sanción ad or de su precedente», *op. cit.*, pág. 295.

proyectado artículo 1.327 se extendía a hechos no previstos por los mismos, como era el matrimonio válido y lícito.

Como conclusión podemos afirmar la inexistencia de un régimen legal subsidiario distinto para los menores de edad que vayan a contraer matrimonio. Existe un sistema distinto para el menor, y éste es que se trata de un sistema opcional o de elección, por lo que, sin perjuicio de insistir en ello posteriormente, podemos adelantar que el artículo 1.329 es una limitación al actual artículo 1.315, «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código»; entre estas limitaciones y referidas a los menores de edad se encuentra el artículo objeto del presente comentario.

La siguiente etapa en el proceso de elaboración de la Ley es el texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado, que mantuvo el inciso establecido por la ponencia, pero introdujo tres importantes innovaciones en el *iter* formativo del precepto de cara a su redacción final (9).

La primera modificación del ya artículo 1.329 se refería a la supresión de la referencia que se hacía a las personas llamadas a dar licencia, para pasar a concretar éstas en «los padres o tutor».

La segunda innovación se produce al utilizar el texto los términos «concurso y consentimiento», que hasta entonces no se había hecho, pues tan sólo se decía si «no concurren».

Ambas innovaciones van a tener una gran importancia a la hora de interpretar ambos términos, y buscar su significado sin tener necesidad de dejar sin sentido uno de ellos.

La última cuestión es la sustitución *del* término «sólo» por «salvo que se limiten a pactar».

El nuevo texto manifiesta un radical cambio operado en la trayectoria legislativa, puesto que se supera la provisionalidad existente en la ponencia, y de una forma clara se legisla sobre las capitulaciones, sin tener en cuenta los requisitos para contraer el matrimonio por parte del menor, y la necesidad o no de licencia.

El proyecto de Ley sobre el matrimonio estaba ya en un avanzado grado de elaboración, que permitía avizorar la supresión de los artículos 45 y 50 del Código Civil, y la nueva configuración de los requisitos

(9) El texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado de 2 de febrero de 1981 decía lo siguiente: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse, podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda; pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación. A falta de capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen de separación», *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, de 2 de febrero de 1981, núm. 154-1, pág. 11.

para contraerlo. Por eso el legislador establece por primera vez una independencia de ambos institutos jurídicos, con lo que se modifica esa relación de subordinación a la que nos referíamos antes.

Consecuencia de lo dicho es que se diferencian e incluyen tanto el concurso como el consentimiento de los padres o tutor, lo que ha provocado en la doctrina comentarios muy variados, pero que quiero resaltar, es que la ruptura entre la relación capacidad para contraer matrimonio y capacidad para otorgar los capítulos ha influido indudablemente sobre el tema, de forma que se ha variado y roto la teoría tradicional, y se ha aplicado el régimen general de la emancipación o de la minoría de edad, como más adelante veremos.

La desaparición del adverbio «sólo» tiene también un significado, la utilización de dicha palabra evidenciaba una norma de carácter imperativo prohibitivo, su sustitución evidencia que el artículo 1.329 entra dentro de las limitaciones del artículo 1.315 («salvo que se limite», dice), y no posee el tono imperativo taxativo que antes tenía, sino más bien un carácter de excepción a la regla que le precede.

Por último, fue en el informe la ponencia del Senado en donde, a pesar de no haberse formulado enmiendas, la propia ponencia suprime el inciso final, desde «A falta de capitulaciones», con lo que queda redactado de forma definitiva el artículo 1.329, tal como fue publicado por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Los antecedentes inmediatos tienen una gran importancia para la interpretación del precepto, ya que en los mismos se demuestra la ruptura con la regulación anterior, y aunque se ha querido conservar formalmente la fórmula antes utilizada, sin embargo, el propio precepto y el sistema general del Código han hecho que la interpretación del mismo no pueda ser la misma.

III. ELEMENTOS PERSONALES EN LAS CAPITULACIONES DEL MENOR

1. SIGNIFICADO DEL TÉRMINO MENOR

El enunciado del artículo 1.329 dice: «El menor que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones antes o después de la boda...». Esta dicción induce a pensar que se trata de una norma de remisión, es decir, que sólo puede el menor otorgar los capítulos en tanto que pueda contraer matrimonio, de esta forma el otorgamiento

de los mismos estaría subordinado a la capacidad para contraer matrimonio.

Esta visión, por otra parte generalizada en la doctrina, obedece al principio de *habilis ad nuptias*..., que evidentemente se aplicaba en nuestro ordenamiento antes de la reforma del Código Civil, aunque ya existiesen excepciones al principio. Ahora bien, la cuestión que nos planteamos es en qué sentido se ha producido la reforma, y si se continúa con el mismo significado que antes.

Siguiendo la doctrina tradicional se debe realizar el examen de los menores que pueden capitular estudiando a aquellos menores que pueden contraer matrimonio, por lo que de acuerdo con la actual legislación nos encontramos que los mismos se encuentran especificados en el artículo 46, 1, del Código Civil, que dice: «No pueden contraer matrimonio: 1. Los menores de edad no emancipados». Esta regla en principio clara se oscurece posteriormente, pues el legislador se desvía de su idea originaria y propicia una serie de supuestos difícilmente reconciliables.

El mandato constitucional, contenido en el artículo 32, 1 y 2, de la Constitución, al decir que «el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» y que «la Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo...», determinaba la desaparición del requisito de la edad, considerada como edad nubil, es decir, como una actitud para la procreación, instaurando el criterio de la madurez necesaria para crear una comunidad de vida como es el matrimonio.

A partir de las citadas normas constitucionales el legislador ha desarrollado la materia en el Código Civil, y ha elevado, al menos aparentemente, la edad para contraer matrimonio, pero el artículo 48 (dispensa de la edad) y el 75 del Código (acción de nulidad y convalidación) se prestan a numerosas interpretaciones, que oscurecen el principio constitucional, así como diluyen la regla contenida en el artículo 46, 1. Se ha procurado atender al caso concreto, y se ha realizado a través de una ampliación de los supuestos posibles, que ha finalizado por dejar indeterminado el requisito de la edad necesaria (10).

(10) Es interesante relatar la opinión sustentada por PABLO SALVADOR cuando dice: «Se propugna el establecimiento de una regulación legal que atienda al caso concreto, a permitir *in genere* el matrimonio entre hombre y mujer, adaptando la exigencia de madurez de juicio a las circunstancias específicas de cada caso. A esto se adecúa... la propia institución de la dispensa de edad (art. 48, 1, del Código Civil), que permite la adecuación de la regla general (art. 46, 1, del Código Civil) a las circunstancias de cada caso. Mas en este último supuesto, lo problemático sería la ficción concreta de la edad mínima para contraer matrimonio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Ed. Taunus, Madrid, 1984, páj. 123.

En este punto se ha girado alrededor de dos principios: 1.º El principio *favor matrimonii*, la protección del mantenimiento del vínculo conyugal, en cuanto que se posibilita en gran medida la convalidación del matrimonio contraído por menor sin los requisitos exigidos por la Ley, lo que supone una continuidad respecto de la regulación anterior, manifestada en el artículo 50; de esta forma se respeta la voluntad de los contrayentes, independientemente de que la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad puede juzgarse excesivamente amplia, lo que es también un residuo del régimen anterior. 2.º El segundo principio del que se parte es que el menor *no* es un incapaz de obrar, ya que sus actos pueden tener una eficacia jurídica, si bien subordinada al cumplimiento de determinadas circunstancias, como puede ser el transcurso del tiempo, la convivencia y el no ejercicio de la acción de nulidad.

De todas formas, y a pesar de lo dicho, la edad para contraer matrimonio no se corresponde con una capacidad igual para otorgar las capitulaciones, produciéndose algunas divergencias importantes, que suponen una innovación respecto de la normativa anterior.

De acuerdo con ello se puede señalar quiénes son los que pueden contraer matrimonio en relación a su edad. Siguiendo a PABLO SALVADOR se puede decir que están capacitados para contraer matrimonio: 1.º Los mayores de edad. 2.º Los menores de edad emancipados. Por lo tanto, mayores de dieciséis años, cuando sea emancipación por concesión, y la posibilidad de mayores de catorce años cuando la emancipación sea por matrimonio anterior realizado con la dispensa judicial. 3.º Los menores de edad no emancipados, mayores de catorce años con la correspondiente dispensa judicial para contraer matrimonio. 4.º Menor de catorce años que posteriormente convalida su matrimonio con los requisitos establecidos en el artículo 75 del Código Civil (11).

Dejando a un lado el primer supuesto, que no interesa en el presente estudio, vamos a centrarnos en los otros tres, y relacionarlos con la posibilidad de otorgar capitulaciones.

De acuerdo con el artículo 1.329 debemos distinguir entre capitulaciones de menor otorgadas con el concurso y consentimiento de los padres o tutor, de aquellas otras que no necesitan de dicho consentimiento o concurrencia.

En el primer caso será necesaria la asistencia de los padres o tutor, cuando el menor pacte en las capitulaciones un contenido diverso de los regímenes establecidos en el Código Civil, siendo indiferente el que dicho menor esté o no emancipado, y que ésta sea por concesión o por matri-

(1.1) SALVADOR, Pablo, *op. cit.*, 158.

monio. La doctrina de forma generalizada así lo ha afirmado (12). La emancipación, si bien permite la posibilidad de contraer matrimonio sin necesidad de dispensa, sin embargo, no posibilita a otorgar las capitulaciones al menor emancipado con el contenido que quiera sin el concurso de sus padres o tutor.

Se trata, pues, de una disparidad entre la capacidad para capitular y para contraer matrimonio. Se produce la primera desviación del principio *habilis ad nuptias...*, y con el enunciado del propio precepto «el menor que con arreglo a la Ley pueda casarse...».

Esta divergencia es más evidente en el caso del menor emancipado por anteriores nupcias, ya que la misma difiere enteramente con la regulación de nuestro Código antes de la reforma de 1981, ya que en aquella dicho menor podía contraer nuevo matrimonio sin necesidad de licencia, mientras que después de la Ley de 1981 el menor puede contraer matrimonio, pero no puede otorgar por sí solo las capitulaciones con un contenido ilimitado.

Esta interpretación del artículo 1.329 lo haría inconsecuente, si la realizamos en base a una relación de subordinación de la capacidad para otorgar los capítulos y la capacidad del menor para contraer matrimonio, por ello es necesario romper dicha relación y examinar la capacidad del menor en sí misma considerada, independientemente de su otro campo de actuación en terreno matrimonial.

Ejemplo posible de la incongruencia que apuntábamos es el supuesto en que el menor emancipado por anteriores nupcias, y que haya otorgado capitulaciones válidas con el concurso de las personas requeridas, deba posteriormente, en unas segundas capitulaciones, requerir el concurso de las mismas personas. En el mismo caso se encontraría el supuesto de emancipación por concesión paterna, cuando ésta se realiza con el fin de sustituir a la dispensa judicial de edad, y que estas mismas personas deban posteriormente concurrir al otorgamiento de las capitulaciones, ya que dicha emancipación presume un reconocimiento paterno de la madurez del hijo para contraer el matrimonio.

(12) En este sentido, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 320 y sigs., en que se llega a la solución apuntada, tanto para los casos de emancipación por concesión como por matrimonio. DE LOS MOZOS, J. L., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Manuel, tomo XVI, volumen 2.º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pág. 218, en base fundamentalmente a la necesidad del concurso de los padres o tutores en las capitulaciones otorgadas después de la boda. AMORÓS GUARDIOLA, en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, vol. II, anteriormente citada, pág. 1548, que tras calificar la cuestión como dudosa, llega a la misma conclusión que los autores citados. Ahora bien, hay que destacar que aunque se llega a dicha conclusión, todos los autores reflejan de forma indirecta la inconsecuencia que la misma supone respecto del régimen anterior y en consonancia con la regulación actual.

Todos estos supuestos, enumerados sin carácter exhaustivo, manifiestan, no una serie de excepciones a una regla general, sino que dicha regla debe ser examinada de nuevo, ya que ha habido una modificación sustancial que exige una revisión de toda esta problemática (13).

La capacidad del menor ha sido regulada independientemente de su capacidad para contraer matrimonio. Las capitulaciones y la relación jurídica matrimonial se encuentran unidas, pero no en cuanto a la capacidad para realizar dichos actos, sino en la propia naturaleza de las capitulaciones. Se ha roto la ligazón que antes existía entre la validez y licitud del matrimonio y el régimen económico conyugal, y este último dependerá exclusivamente, habiendo matrimonio, del otorgamiento o no de capitulaciones, y de la eficacia o ineficacia de éstas, por lo que la capacidad del menor para uno u otro acto debe ser calificada independientemente.

Bajo esta interpretación el artículo 1.329 no debe considerarse que remite al artículo 46 y siguientes, sino que establece unos requisitos distintos e independientes, y ello por:

1. El ámbito subjetivo es distinto el del matrimonio y el de las capitulaciones.
2. La propia redacción del artículo 1.329 reafirma esta idea, pues bajo otra interpretación sería incongruente el decir «antes o *después de la boda*», si ésta ya se ha realizado, la capacidad del menor para otorgar las capitulaciones no depende de su capacidad para contraer matrimonio. Indudablemente el precepto está regulando las capitulaciones del menor, independientemente del momento de su otorgamiento en relación a la celebración del matrimonio. La reforma de 1975, que introdujo la posibilidad de otorgar capitulaciones o modificarlas durante el matrimonio, afectó considerablemente el supuesto que ahora contemplamos.
3. El propio precepto constitucional, el artículo 32, 2, diferencia entre edad y capacidad para contraer matrimonio, y esta diferencia encuentra su desarrollo en el Código Civil, en el que el artículo 44 establece esa capacidad jurídica que todo hombre y mujer tiene de contraer matrimonio, mientras que los artículos 46 y siguientes establecen la edad y capacidad matrimonial, y el artículo 1.329 fija la capacidad de obrar

(13) AMORÓS GUARDIOLA se inclina por seguir considerando la citada regla como la norma general, pero afirma: «La regla *habilis ad nuptias*... no debe ser tomada en forma automática como un dogma, sino que permite algunas excepciones», *op. cit.*, pág. 1550.

del menor para otorgar las capitulaciones. Separación que se manifestó inclusive en leyes modificadoras distintas.

En consecuencia, la capacidad del menor para otorgar las capitulaciones se rige por unos principios distintos a su capacidad para contraer matrimonio. Dichos principios son, a mi modo de ver, y sobre lo que más tarde insistiremos, los generales de capacidad de obrar de un menor de edad o de un emancipado.

El siguiente supuesto, el de menor, mayor de catorce años, que puede contraer matrimonio con dispensa judicial, necesitará el consentimiento de sus padres o tutor para el otorgamiento de capitulaciones válidas. Se debe significar el diferente papel que se realiza en cada uno de los dos casos por las personas intervinientes, pues para contraer matrimonio tan sólo bastará que dichas personas sean oídas, mientras que para las capitulaciones se requiere el consentimiento de las mismas. Existe, pues, una disparidad de funciones, lo que contribuye a demostrar la teoría mantenida anteriormente. La actual regulación, en cierta medida, está más preocupada de que el control paterno se realice sobre el patrimonio que sobre el matrimonio.

Cuestión más problemática la presenta el supuesto de menor, mayor de catorce años, que contrae matrimonio sin la debida **dispensa**. En este caso el menor puede obtenerla posteriormente, en cuyo caso convalida su matrimonio, y, en caso contrario, entraría en uno de los supuestos del artículo 75 del Código Civil.

Si el menor ha otorgado capitulaciones con el consentimiento de sus padres o tutor, y es mayor de catorce años, estas capitulaciones serán eficaces, desde el momento de su otorgamiento, siempre que la fecha de la celebración del matrimonio esté dentro del año siguiente al otorgamiento de las capitulaciones. Así se desprende **del artículo 48, 3**, ^{cuando} dice: «La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes, y el artículo 1.334, que establece la caducidad de las capitulaciones matrimoniales en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año.

Este supuesto supone una innovación respecto de la legislación anterior, en la que en caso de matrimonio válido pero ilícito se aplicaba el régimen legal supletorio establecido en el artículo 50 del Código Civil, mientras que la nueva regulación no lo hace así; las capitulaciones válidamente otorgadas despliegan sus efectos independientemente del matrimonio.

Es interesante recordar que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales debe realizarse mediante escritura pública (art. 1.327 CC),

por lo tanto, ante fedatario público autorizante, quien será el que examine la capacidad de los otorgantes. Mientras que la edad y la capacidad para contraer matrimonio será examinada por el encargado del Registro Civil (art. 56 CC), por lo que el examen y calificación son independientes, y en cierta medida ello amplía y posibilita el otorgamiento de los capítulos, pues el Notario autorizante no debe entrar en la apreciación de la capacidad de contraer matrimonio del menor, sino que deberá limitarse a lo establecido en el artículo 1.329 del Código.

Pongamos un ejemplo que, aunque límite, considero suficientemente expresivo: un menor de edad de trece años, que con consentimiento de sus padres o tutor desea otorgar capitulaciones matrimoniales que rijan el régimen de su futuro matrimonio, que quiere contraerlo dentro del año siguiente, una vez cumpla los catorce años de edad, obteniendo la debida dispensa judicial.

En el caso planteado el Notario autorizante no tendrá ningún motivo para no extender la correspondiente capitulación, ya que éstas pueden otorgarse antes de la boda, por lo que el menor o sus representantes pueden exigir su otorgamiento, tampoco sería necesaria una advertencia del Notario autorizante en el sentido de que se deban contraer el matrimonio y la correspondiente dispensa, ya que los efectos jurídicos del artículo 1.334 son bastantes por sí mismos.

Este sería otro caso en el que la capacidad para capitular y contraer matrimonio no coinciden.

En el caso de menor de catorce años, que posteriormente convalida su matrimonio en virtud de lo establecido en el artículo 75 del Código y la relación de éste con las posibles capitulaciones matrimoniales, estando las capitulaciones otorgadas con el consentimiento de las personas requeridas al efecto por el artículo 1.329, entonces dichas capitulaciones producirían sus efectos, entendiéndose que una vez convalidado el matrimonio, éste, si se ha realizado dentro del año del otorgamiento, debe regirse por lo pactado por las partes.

Consecuentemente se puede decir que el régimen pactado en las capitulaciones será el que rija como régimen económico matrimonial las relaciones de dichos cónyuges, con lo que el citado régimen no depende de la validez *a priori* del matrimonio o su convalidación *a posteriori*, sino de la existencia o no de unas capitulaciones válidas, éstas sólo dependerán evidentemente de la existencia o no del matrimonio, lo cual es una *conditio iuris* de la propia institución de las capitulaciones.

Hasta aquí hemos tratado de los casos en que deben concurrir o consentir determinadas personas para el otorgamiento de los capítulos matrimoniales, cuando el contenido de éstos así lo exige, según el artícu-

lo 1.329, vamos a estudiar a continuación los supuestos en que dicho concurso o consentimiento no es necesario por limitarse los futuros contrayentes o los cónyuges, si se otorgan las capitulaciones después de la boda, a pactar los regímenes legales establecidos en el Código Civil.

En estos supuestos se produce una disparidad todavía mayor entre la capacidad para contraer matrimonio y capacidad para otorgar las capitulaciones. Esto se hace evidente si pensamos en el menor mayor de catorce años que necesitando dispensa para contraer matrimonio, sin embargo, podrá otorgar capitulaciones por sí solo dentro de los límites establecidos.

El legislador ha tomado sobre sí la protección del menor, tipificando los regímenes entre los que el menor puede optar, pero, al mismo tiempo, ha roto los esquemas hasta la reforma vigentes, en cuanto que permite al menor que, sin ningún tipo de asistencia o consentimiento, pueda otorgar capitulaciones con plena validez jurídica.

Todo ello ha supuesto una innovación importante, pues ha ampliado la capacidad de obrar del menor en orden al otorgamiento de las capitulaciones, pues ha permitido, en primer lugar, la posibilidad de otorgarlo por sí solos, y en segundo lugar ha rebajado y dejado indefinida la edad mínima requerida para otorgar las capitulaciones. Esto último viene motivado por la absurda regulación de la edad mínima necesaria para contraer matrimonio, pero esta indeterminación ha afectado a otras instituciones conexas, como es la de las capitulaciones.

Así, el menor emancipado, el mayor de catorce años, con dispensa o sin ella, e inclusive el menor de dicha edad, en espera de una futura convalidación podrán otorgar las capitulaciones, las cuales no serán ineficaces más que por un supuesto de nulidad del matrimonio si no llega a convalidarse el mismo, ya que entonces, al declararse la nulidad, entrarían a tener eficacia las normas correspondientes del Código Civil.

La falta de un régimen precautorio para estos casos, a semejanza del que existía en la regulación anterior, lleva a esta consideración, de forma que el único requisito de capacidad para otorgar los capítulos viene dado no sólo en razón de la edad, sino también por el contenido del propio régimen matrimonial que se pacte, ya que si se establece un régimen distinto de los regulados en el Código Civil o se modifican éstos, entonces sí que será necesario requerir la concurrencia o el consentimiento de los padres o tutores.

Como conclusión se puede decir que el ámbito subjetivo en cuanto a los menores que pueden válidamente casarse y que pueden otorgar válidamente capitulaciones matrimoniales no es coincidente. La relación se encuentra en el mismo menor, que quiere contraer matrimonio, o lo ha contraído ya, y quiere establecer un régimen económico matrimonial,

de forma que se pueden otorgar capitulaciones válidas y, sin embargo, el matrimonio contraído estar sujeto a la acción de nulidad y necesitado de una convalidación posterior.

A una misma edad le corresponde una distinta capacidad de obrar, la edad necesaria para contraer matrimonio válido no es la misma que la requerida para otorgar capitulaciones, por lo que cabe concluir que han cambiado los principios que regían nuestro ordenamiento en esta materia.

2. PERSONAS QUE INTERVIENEN

Además del menor, cuyo estudio lo hemos realizado en el apartado anterior, el artículo 1.329 establece que en aquellos casos en que el contenido de los capítulos exceda de la simple elección de uno de los regímenes legales, deberán concurrir y prestar consentimiento los padres o el tutor. Vamos a estudiar en primer lugar la enumeración de las personas que pueden intervenir, es decir, si sólo son las expresadas en el artículo o bien pueden ser otras, y en segundo lugar buscar una interpretación a los términos «concurso y consentimiento», ya que de los mismos se puede inferir la calidad o función que dichas personas realizan en el otorgamiento de las capitulaciones del menor.

2.1. Enumeración de las mismas

Constituye el otro elemento subjetivo contenido en el precepto la persona o personas que deben completar el consentimiento otorgado por el menor o prestarlo a su vez.

La doctrina —podríamos llamarla— tradicional señala que el legislador ha querido referirse a estos dos grupos de personas, los padres y el tutor, ya que son las mismas que las que deben ser oídas en el caso de expediente judicial por dispensa de edad, artículo 48, 2, del Código, en el que textualmente se dice: «Deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores» (14). Se relaciona de esta forma y de algún modo los requisitos para contraer matrimonio y los requisitos exigidos para el otorgamiento de los capítulos.

La tesis hasta aquí defendida desvincula las capitulaciones del matrimonio que se va a contraer, y ello se produce también en el presente caso, en base a los argumentos siguientes:

(14) En este sentido, la opinión de DE LOS MOZOS: «El menor requiere el concurso de la persona que deba ser oída para que se le conceda la dispensa, conforme al artículo 48, 2, del Código Civil, para contraer matrimonio, es decir, sus padres o guardadores», *op. cit.*, pág. 217.

1.º Según se ha dicho, la reforma del artículo 1.329 es previa a la de 7 de julio del mismo año, y ello produce como resultado el que el citado precepto enumere solamente a los padres o tutor, mientras que el artículo 48, 2, se refiere también a los guardadores. Pero, además, la reforma del Código Civil de 24 de octubre de 1983 modificó íntegramente todo el Título X del Código, por lo que se varían todas las instituciones tutelares. El artículo 1.329 debe ser interpretado de forma sistemática, atendiendo al conjunto de normas establecidas en el Código Civil, de ahí que se exija una revisión de lo preceptuado en el mismo.

2.º El legislador, al redactar el artículo 1.329, está refiriéndose a aquellas personas que ejercen la patria potestad sobre el menor, o que tienen a su cargo la tutela del mismo. Esta idea, que es la motriz del precepto, se fundamenta en una capacidad restringida del menor, sujeto interviniente en las capitulaciones, y que es necesario completar o representar, y consecuentemente se remite a aquellas personas que en el momento de la publicación del precepto tenían esta representatividad.

3.º La reforma de la tutela de 1983 introduce una nueva figura en nuestro Código Civil, como es la curatela, que también puede afectar a los supuestos contemplados. El artículo 286 del Código Civil nos dice: «Están sujetos a curatela: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedasen impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. Dichos emancipados o habilitados necesitarán del concurso, no de sus padres, que oo viven, o que no pueden ejercer la patria potestad, no del tutor, pues son menores emancipados, sino del curador, el cual ejercitará sus funciones en la forma prevenida en el artículo 288, 'en los actos que los menores... no puedan realizar por sí solos'»,

4.º El ámbito del artículo 48, 2, del Código Civil resulta distinto que el del artículo 1.329 y su eficacia también lo es. Es más amplio, en cuanto que el término guardadores parece venir referido a toda aquella persona que tengan con el menor no sólo una relación jurídica, sea ésta de filiación o de tutela, sino también una convivencia, aunque sea de hecho, es decir, que el artículo 48, 2, incluye, sin lugar a dudas, a los padres y al tutor; sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1.329, excluye al curador e incluye al guardador de hecho del artículo 303 del Código Civil.

La exclusión del curador se debe a que la dispensa judicial actúa como única posibilidad del menor mayor de catorce años y menor de dieciséis para contraer matrimonio, ya que a partir de esta última edad y como alternativa existe la emancipación del menor, en ambas edades

o situaciones jurídicas la figura del curador es imposible, ya que éste necesita la emancipación del menor.

Pero es que, además, tampoco considero que entre las funciones que puede realizar el curador se encuentre la de ser oído en el expediente de dispensa de edad, ya que su configuración por el Código muestra más bien una idea de servir de complemento a una capacidad restringida de un menor, al cual ya se le permite un determinado ámbito de actuación eficaz, que el ser oído en un procedimiento que va a ser el que en definitiva permita al menor por sí solo prestar su consentimiento matrimonial no es función propia de la curatela.

El guardador de hecho existe cuando «en la vida real el cuidado de un menor... lo asume de hecho una persona, que formalmente no está investida del cargo de tutor» (15). Esta figura, anunciada, como hemos visto, antes de su regulación por la Ley de 7 de julio de 1981, presume una relación personal con el menor, que hace aconsejable que sea oída ante el órgano judicial, pero que no tiene la representación legal, ni tampoco puede comparecer para completar la capacidad del menor.

La eficacia de la intervención de los artículos 48, 2, y 1.329 preceptos es distinta, pues el primero tan sólo exige imperativamente que las personas citadas sean oídas, y en caso de que ello no fuera posible bastaría la citación de las mismas, para considerarse cumplidos los requisitos exigidos, ya que, en definitiva, la última palabra la tiene el Juez, y, aun en el caso de que manifestasen su disconformidad al matrimonio proyectado, ello no evitaría en principio la posibilidad de que el Juez resolviese en sentido contrario. Mientras que el otorgamiento de las capitulaciones con un contenido diverso al régimen legal regulado en el Código Civil exige para su eficacia la intervención de dichas personas, ya que en caso contrario las capitulaciones serían anulables.

Es más, nada impide que las personas citadas para ser oídas en el expediente matrimonial declaren su voluntad contraria, y que, sin embargo, posteriormente presten el consentimiento a las futuras capitulaciones.

Abundando en la idea de que no se puede admitir una equiparación entre ambos grupos de personas, nos encontramos de nuevo la posibilidad de otorgar los capítulos después de la boda, y en esta situación se sigue exigiendo su intervención, cuando en nada afecta ya al matrimonio contraído.

(15) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Ed. Reus, Madrid, 1985, pág. 448.

2.2. *Calidad jurídica por la que intervienen. Interpretación de los términos «concurso» y «consentimiento»*

El artículo 1.329 utiliza expresamente las palabras «concurso» y «consentimiento», hay que buscar, pues, el significado de dichos términos. La doctrina no se muestra conforme en su interpretación, pudiendo establecer dos direcciones distintas:

a) La de aquellos autores que interpretan el precepto en el sentido de que sólo se requiere el concurso de las personas intervinientes, fuera del menor. Así, por ejemplo, el profesor DE LOS MOZOS, que se basa en los siguientes argumentos: 1. Históricos inmediatos del precepto, pues en la redacción originaria del precepto en el proyecto de 1979 (anteriormente citado) no se hablaba para nada de consentimiento, y sí del concurso de dichas personas, al igual que lo hacía el derogado artículo 1.318, 1, del Código Civil. 2. El carácter personalísimo de las capitulaciones, «en cuanto que son los contrayentes o cónyuges menores los verdaderos otorgantes..., no produciéndose, por tanto, el juego de la representación legal, como si se tratara de un negocio ordinario». 3. Que el término «consentimiento» venía referido a la celebración del matrimonio de los hijos menores, pero no al otorgamiento de las capitulaciones (16).

b) Por otro lado, la opinión de aquellos autores que es contraria a la interpretación anterior en el sentido de que lo exigido por el artículo 1.329 es el consentimiento y no el concurso de las personas establecidas en dicho artículo. En esta dirección, A MORÓS GUARDIOLA, que se funda en que después de la reforma de 1981 el consentimiento exigido no puede ya referirse a la celebración del matrimonio, y además en el antecedente jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1955, que exigía el consentimiento concreto para el acto de que se trate, por lo que el citado autor concluye afirmando: «De manera que ahora será necesaria la intervención o concurrencia de los padres y, además, su consentimiento o asentimiento específico a las capitulaciones que otorgue el menor» (17),

Cualquiera de las dos posiciones sugeridas terminan negando sentido o bien al concurso o bien al consentimiento expresado en el artículo 1.329. Considero, no obstante, que se debe hacer una interpretación armónica del precepto, y no acabar por realizar una interpretación derogatoria de lo, al menos, redactado y publicado por el legislador.

(16) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 217. También, en este sentido, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 321.

(17) A MORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, pág. 155J.

La validez y significado de los términos concurso y consentimiento no debe buscarse en la eficacia del acto realizado, ni tampoco como un mero requisito del otorgamiento de los capítulos, en ambos campos tiene importancia y significación, pero no aportan ningún criterio de distinción que sirva para interpretarlos, ni siquiera se puede buscar en las personas intervinientes por su relación jurídica con el menor. A mi modo de ver, se tratará de prestar concurso o de prestar consentimiento, según que se trate de un menor emancipado o un menor no emancipado el que va a otorgar los capítulos. Si se trata de un menor no emancipado se mantiene la representación legal de los padres o del tutor, por lo tanto, éstos deben prestar su consentimiento, mientras que si el menor se halla emancipado será suficiente la asistencia o concurso de los padres o del curador en su caso.

De esta forma el legislador de 1981 mantiene el régimen general de emancipación y el de representación legal de los hijos en orden a su capacidad, inclusive para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

El campo de autonomía privada del menor se ha visto aumentado tras la reforma, en cuanto que éste por sí solo puede elegir uno de los regímenes legales regulados por el Código, lo que supone un mayor reconocimiento de la capacidad de obrar del menor, que ejercita dicha autonomía con capacidad constituyente de una relación jurídica, pero sin fijar el contenido de la misma, puesto que esto lo realiza la propia Ley de forma imperativa. Fuera de este supuesto, el legislador ha preferido seguir aplicando el régimen de la emancipación, tratándose de un menor emancipado, por lo que, según su *status* civil para realizar determinados actos necesita del complemento de capacidad, o tratándose de un menor no emancipado aplicarle el régimen general del menor de edad, el cual se encuentra sujeto a la representación legal, ejercida por las personas que deben prestar su consentimiento para los actos realizados en beneficio del menor.

Se pueden aportar a favor de esta interpretación los argumentos siguientes:

1. De alguna forma cobran sentido aquellas posibles inconsecuencias que apuntábamos anteriormente. El artículo 1.329 se refiere al menor, sin hacer distinción entre si está emancipado o no, cosa que no ocurría antes de la reforma de 1981, pero con esta interpretación se mantiene el estado civil de cada uno de ellos, independientemente de su capacidad para contraer matrimonio. La regulación actual, con un mejor criterio, ha ligado la capacidad de otorgar las capitulaciones matrimoniales con la capacidad general de que disfruta el menor, bien si

ha conseguido el beneficio de la emancipación como si no, y consecuentemente con el estado civil de las personas en razón de su edad.

Otra interpretación nos llevaría a contrasentidos como el de que siguiendo la doctrina del consentimiento un menor emancipado que fuera a otorgar capitulaciones matrimoniales necesitaría del consentimiento de sus padres o curador, cuando le basta para otros actos la simple asistencia o concurso de estas personas, conforme a lo regulado en el artículo 323 del Código, su capacidad de obrar sería restringida y equiparada a las de un menor de edad.

Pensemos en otro supuesto que también distorsionaría el sistema general, el caso del menor no emancipado, que siguiendo la posición doctrinal favorable al concurso de los intervinientes eleve su capacidad de obrar para el otorgamiento de las capitulaciones, pues estando necesitado de la representación legal, sin embargo, se excepciona en el supuesto de otorgamiento de capítulos. Sin lugar a dudas este segundo ejemplo extraña menos, pues viene avalado por un régimen anterior en este sentido, pero objetivamente es igual uno que otro.

2, Que de los antecedentes inmediatos del precepto ya concluimos que se producía una ruptura entre relación matrimonial capitulaciones matrimoniales en orden a la capacidad del menor, y posteriormente lo hemos vuelto a afirmar al tratar de dicho menor. Partiendo de esta posición, y en cuanto que la capacidad del menor para capitular no descansa en su capacidad para contraer matrimonio, es lógico pensar que la regulación de la misma debe regirse por las normas generales sobre emancipación y sobre minoría de edad, con exclusión del supuesto establecido en el propio artículo 1.329 del pacto realizado por sí solo por el menor.

Aunque parezca que el precepto no expresa esta diferenciación entre menores emancipados y menores no emancipados, considero que la misma se encuentra en los propios términos de «concurso y consentimiento», los cuales manifiestan dos regímenes generales de capacidad distintos. La palabra concurso refleja el régimen general de la emancipación en el que el menor tiene una capacidad de obrar intermedia entre el mayor y el menor de edad, requiriendo del concurso o asistencia de determinadas personas para la eficacia de sus actos. El término consentimiento, a su vez, manifiesta los supuestos de representación legal y califica al menor interviniente como menor no emancipado.

Se debe recordar lo expuesto en este estudio al tratar de los antecedentes inmediatos en los que se remarcaba que fue precisamente en el texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado en donde se produce al mismo tiempo la supresión de la referencia a la licencia

matrimonial, y a todo el régimen que la misma presuponía, y la introducción del término consentimiento (18).

3. La afirmación de que las capitulaciones son un acto personalísimo de los otorgantes se continúa manteniendo en orden a lo siguiente: a) Aunque para el menor no emancipado se requiera el consentimiento de los padres o tutor, dicho menor debe prestar su voluntad acorde con lo pactado, y no solamente ser oído, tal como establece el artículo 154, párrafo quinto, sino que debe intervenir en la propia escritura de capitulaciones, en orden a lo establecido en el artículo 1.329. b) El carácter personalísimo del negocio jurídico capitular se manifiesta plenamente en el supuesto de capitulaciones por el propio menor, así como en el caso del menor emancipado.

4. Ya se ha dicho en el presente estudio que el legislador se ha preocupado más de proteger el patrimonio del menor que de su matrimonio. De acuerdo con esta idea, no es de extrañar que el menor no emancipado se le haya disminuido en este aspecto su capacidad de obrar en relación con el régimen jurídico anterior.

5. En el supuesto de una emancipación del menor realizada por quienes ejercen la patria potestad, o en el caso de habilitación con el fin de obviar el expediente de dispensa de edad, y que el menor pueda contraer matrimonio, no tendría sentido que después de consentir la emancipación se deba reiterar dicho consentimiento para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, es decir, después de conferir un *status* jurídico al menor, de reconocerle su buena idoneidad y capacidad por parte de las personas que ejercen su representación, posteriormente se deba reiterar el consentimiento por esas mismas personas, bastará simplemente su concurso o asistencia.

6. En las capitulaciones otorgadas después de la boda es un menor emancipado quien las otorga, luego para el otorgamiento de las mismas bastará el concurso de sus padres o tutor.

Consecuentemente, la aplicación de la normativa general de la emancipación y de la minoría de edad se debe aplicar en cuanto a la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales y también en la negativa de las personas requeridas para prestar su concurso o consentimiento.

(18) Como dice DIEZ PICAZO: «En la representación legal, el representante sustituye completamente en la actuación al representado, mientras que en la función de complemento, el autor del acto o del negocio es la propia persona titular de los intereses, y el que la complementa se limita a concurrir con ella emitiendo una declaración adicional, que salva el defecto o la limitación de la capacidad», en *La representación en el Derecho privado*, Ed. **Civitas**, Madrid, 1979, pág. 286.

IV. POSIBLE CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES EN ORDEN AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

SISTEMA OB ELECCIÓN

También la doctrina en este punto mantiene dos posiciones diferentes en orden a la interpretación del artículo 1.329 cuando se refiere a las capitulaciones otorgadas sólo por el menor y a qué regímenes puede limitarse su elección.

La primera posición doctrinal la sustentan GARCÍA CANTERO y CAS» TÁN VÁZQUEZ (19), DE LOS MOZOS (20) y LACRUZ y SANCHO REBULLIDA (21). Los citados autores han realizado una interpretación restringida y literal de los términos «salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación», entendiendo que el menor de edad podrá por sí solo otorgar capitulaciones cuando se limite a pactar alguno de estos dos regímenes, sin que ni siquiera pueda modificar la normativa existente sobre ellos, y negando la posibilidad de cualquier régimen

(19) GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, en *op. cit.*, tomo V, vol. 2.º, dicen: «Los primeros comentaristas propenden a una interpretación restrictiva de la capacidad de actuación del menor, de suerte que la remisión legal habría que entenderla hecha al tipo de separación y participación, tal como lo regula el Código, sin posibilidad de introducir variaciones... Dicho suplemento de capacidad (referido a los padres) se requiere para pactar un régimen comunitario, aunque sólo sea el de gananciales», pág. 306.

(20) DE LOS MOZOS, J. L., en *op. cit.*, pág. 215, dice: «... a falta del concurso de sus representantes legales, las capitulaciones no son nulas..., sino que se les permite pactar el régimen de separación y el de participación; por tanto, sólo serán nulas en otro caso, cuando pacten el régimen de la sociedad de gananciales u otro régimen convencional. Es evidente, por lo demás, que sin el concurso de sus representantes legales tampoco podrán pactar ninguna modificación de los regímenes que les están permitidos, y si las capitulaciones tienen por objeto modificar el régimen económico, deberán moverse dentro de estos dos regímenes permitidos».

(21) LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, en *op. cit.*, pág. 322, nos dicen: «La posibilidad de pactar el menor, sin que le sea preciso el asentimiento en cuestión, dichos regímenes de separación absoluta de bienes o participación en ganancias, procede de la reforma de 1981, y representa una razonable facilidad al menor...; podrá elegir entre tres tipos de estatuto económico del matrimonio, que representan un amplio espectro de soluciones para sus posibles problemas. Del sentido del artículo 1.329 se deduce que los regímenes electivos habrán de pactarse tal y como vienen regulados por el Código sin modificación alguna...; tal es el propósito de la Ley al salvar de la necesidad de licencia el supuesto del contrayente que se limita a pactar uno de los dos regímenes codificados, cuya limitación debe entenderse en el sentido de hacer el capitulante menor mera referencia a la plantilla legal, sin establecer normas propias». Aunque en el texto citado se utiliza el término tres y dos regímenes legales, del contexto general se debe estimar que la opinión de los dos citados autores se inclina por la consideración de que sólo pueden ser dos los regímenes pactados.

económico de comunidad de bienes, incluyendo dentro de éstos al régimen de gananciales. Los argumentos en que se basa esta posición serán:

- 1.º La interpretación literal del artículo 1.329, que se refiere exclusivamente a los dos regímenes, el de separación o el de participación.
- 2.º La consideración de los antecedentes del precepto, en los que se requería el concurso de determinadas personas para que el menor otorgase capitulaciones. La nueva regulación, que concede un más amplio campo a la autonomía privada del menor, debe ser interpretada restrictivamente, limitando el número de posibilidades que el menor tiene en su actuación.
- 3.º La protección jurídica del menor es el fundamento de sus restricciones a la capacidad de obrar, luego la prohibición de pactar un régimen de comunidad debe centrarse en esta idea, ya que dichos regímenes preservan peor el patrimonio privativo del menor al hacerse comunes los frutos que pudieran originarse, lo que podría dañar el patrimonio futuro del menor y dar lugar a matrimonios interesados que le fuesen perjudiciales.
- 4.º Estas consideraciones e interpretación restrictiva tienen como consecuencia la de que existe un vacío legal en la actual normativa, pues si el menor o los menores no pactan capitulaciones matrimoniales, o pactan un régimen de comunidad, dichas capitulaciones serían nulas y faltaría una regla como la del derogado artículo 1.318, 2, ya comentado, que estableciese un régimen supletorio. Como dicho régimen supletorio no puede ser el de gananciales, ya que se destruiría por su base esta posición, la doctrina acude a un sistema legal excepcional en el que el régimen subsidiario es el de separación de bienes, resucitando el inciso final añadido por el informe de la ponencia del Congreso, y posteriormente suprimido, cuestión que comentamos en el apartado correspondiente.

La segunda posición doctrinal [DÍEZ PICAZO-GULLÓN (22) y AMORÓS

(22) DÍEZ PICAZO y GULLÓN nos dicen: «Aunque la fórmula legal es estricta, hay que entender que puede pactarse en las mismas condiciones el régimen de gananciales, introduciendo en la normativa legal alguna modificación que no la desnaturalice». La opinión sustentada se funda en la consideración de que la sociedad de gananciales es el régimen legal supletorio, luego con más razón puede existir por pacto expreso; se feasa también en que la sociedad de gananciales tiene

GUARDIOLA (23)] entiende que la interpretación del artículo 1.329 debe ser extensiva, no limitándose el menor a pactar los dos regímenes explicitados en el precepto, sino que cabe la posibilidad de que el menor de edad pueda en sus capitulaciones matrimoniales establecer como régimen económico de su matrimonio el de la sociedad de gananciales, bien por la vía directa de pactarlo en las capitulaciones como de forma indirecta a falta de capitulaciones y como régimen supletorio.

Pienso que esta última interpretación se ajusta mejor a la regulación actual del sistema matrimonial y el capitular. La importancia del tema no se encuentra tanto en que el menor pueda pactar en capitulaciones el régimen de gananciales, ya que se ha de ajustar a la normativa legal, sino en que dicho régimen pueda ser el que regule las relaciones patrimoniales por vía supletoria, y llego a esta conclusión en base a lo siguiente:

1. Que si bien la interpretación literal del precepto sólo alude a dos tipos de regímenes económicos, sin embargo, no se expresa ninguna prohibición de pactar el régimen de gananciales. La imposibilidad de este régimen se deduciría de forma indirecta, al no ser mencionado en el artículo; lo que considero insuficiente para entenderlo como un límite a la autonomía privada del menor, limitación que es prohibitiva, y que, por lo tanto, debería haberse hecho de forma expresa.
2. En los propios antecedentes legislativos del artículo se subrayó el cambio del término «sólo» por el de «salvo que se limite»; el primero concretaba más la limitación, mientras que el segundo es más amplio y genérico. Además, la palabra 'sólo* venía referida al régimen económico matrimonial, mientras que la nueva configuración definitiva del artículo se refiere más bien a la imposibilidad de que el menor, que capitula, pueda modificar el régimen establecido por la Ley, debiéndose sujetar el menor a la regulación que el Código Civil realiza de los regímenes correspondientes, sea el de separación, participación o el de gananciales.

su causa en la Ley, por lo que no puede ocasionar perjuicio. Se rechaza el pacto estableciendo otro régimen de comunidad por considerarlo que, de ser admitido así, «contiene en algún sentido una disposición desorbitante», en *Sistema de Derecho civil*, vol. TV, Derecho de familia y sucesiones, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, página 200.

(23) AMORÓS GUARDIOLA especifica, en este punto, lo siguiente: «No será necesario el consentimiento de los padres cuando los menores elijan uno de los regímenes matrimoniales legalmente típicos fuera del de gananciales, que, como es sabido, no necesita ser pactado para entrar en juego. Es decir, cuando se pacte el régimen de separación o participación», en *op. cit.*, pág. 1551.

3. Que el régimen de gananciales es un régimen establecido y regulado por la Ley como régimen legal supletorio, por lo cual y *a priori* no puede concebirse como dañoso para el menor, cuya protección jurídica está o pueda estar suficientemente garantizada por otras posibles vías legales.
4. Esta interpretación no violenta la sistemática y la labor integradora de las normas, en cuanto que no se produce ningún vacío legal. El menor de edad, que no otorgue capitulaciones matrimoniales, o cuando éstas fuesen ineficaces, tendrá como régimen económico matrimonial el de la sociedad de gananciales, conforme lo establece el artículo 1.316 del Código Civil. El régimen legal subsidiario será el mismo que el de los matrimonios contraído por mayores de edad, ya que, a mi juicio, no existe causa alguna para esta discriminación por razón de la edad.

El derogado artículo 1.318, 2, establecía también este régimen legal para aquellos casos en que se produjera la nulidad de las capitulaciones. Tan sólo se establecía el régimen de separación cuando el matrimonio era ilícito. Tras la reforma de 1981 considero que no sería adecuado aplicar un régimen que en la regulación anterior se estableció para supuestos distintos, y que además no llegó a la redacción definitiva de la Ley modificadora del Código Civil.

De acuerdo con este planteamiento nos encontramos con que el menor de edad que quiera otorgar capitulaciones por sí solo, sin la concurrencia o consentimiento de otras personas, puede establecer el régimen económico de separación, el de participación y el de gananciales, todos ellos en la forma y términos establecidos por la Ley, y que a falta o por ineficacia de las capitulaciones el régimen legal subsidiario será el legal de gananciales.

Esta regulación del régimen económico matrimonial del menor constituye, como ya se dijo, una limitación al artículo 1.315 del Código Civil, lo que supone que en su régimen económico existe un sistema legal excepcional respecto del sistema legal general, y este es, por primera vez en nuestro ordenamiento, un sistema de elección o de codificación.

Frente al sistema de libertad absoluta para pactar el régimen económico, en el que se puede elegir la forma y contenido más conveniente a los intereses particulares, estableciendo el contenido por el que se ha de regir las relaciones patrimoniales, se encuentra el sistema de elección, que limita la autonomía privada, en cuanto que sólo concede a los contrayentes menores la posibilidad de elegir alguno de los regímenes que regula extensamente el Código Civil.

En el ordenamiento jurídico español se sigue en general el sistema de absoluta libertad, y excepcionalmente el sistema de elección para el matrimonio contraído por menor, que capitule sin la asistencia o el consentimiento de sus padres o tutor.

Este sistema es una limitación a la autonomía privada del menor, que ve constreñida su libertad de capitular a la elección de uno de los regímenes legales. Lo cual en cierta medida entronca con la regulación anterior, en cuanto que se toma una medida precautoria en beneficio del menor, a la vez que se limita la autonomía privada de éste. Pero al mismo tiempo se amplía frente al antiguo régimen su capacidad, ya que es plenamente capaz por sí solo de otorgar capitulaciones válidas. Su autonomía le permite constituir el negocio jurídico sin ningún tipo de asistencia; sólo en el caso de que quisiera excederse en dichos límites necesitará el complemento o consentimiento de otras personas.

Se ha introducido también con la reforma de 1981 una importante novedad, ya que para determinar la capacidad del menor en el momento del otorgamiento de las capitulaciones habrá que atender al contenido de las mismas, ya que de éste puede depender la eficacia o no de aquéllas.

V. CONCLUSIÓN

Tal como se ha dicho en el presente estudio, y como conclusiones al mismo podemos indicar las siguientes:

1.^a Las derogaciones de los artículos 45 y 50 del Código Civil en materia de necesidad de licencia para el matrimonio del menor y el consiguiente régimen legal de separación en caso de contravención, así como de lo indicado en el artículo 1.318 del Código Civil, unido a la posibilidad de otorgar capítulos o modificar los hechos después de contraído matrimonio, han introducido unos nuevos criterios para la interpretación del actual artículo 1.329 del Código Civil. El régimen económico matrimonial del menor dependía de la validez y licitud del matrimonio, independientemente de la eficacia de las capitulaciones. La regulación actual lo ha modificado, de forma que el régimen económico matrimonial dependerá del contenido de las capitulaciones, independientemente de si el matrimonio ha sido celebrado con los requisitos exigidos por la Ley. Al mismo tiempo el menor que puede capitular válidamente en muchos casos no tiene la misma capacidad para contraer matrimonio. Una misma edad no concede la misma capacidad para realizar estos dos actos

con igual validez y requisitos. Así se demuestra también en los antecedentes inmediatos del precepto.

2.^a El menor que puede capitular no es el menor que puede contraer matrimonio válido. Por lo que ya no puede hablarse de excepciones a la *YQglaiihabilis üd nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, sino que existen normas distintas, que regulan instituciones diversas, que están unidas por la propia naturaleza del negocio jurídico de las capitulaciones.

3.^a También en las personas intervinientes para completar la capacidad o consentir no puede hacerse referencia a las personas que deben ser oídas en el expediente judicial de dispensa de edad, ya que éstas son los padres, el tutor y el guardador de hecho; mientras que las que concurren a las capitulaciones pueden ser los padres, el tutor o el curador, según se trate de un menor o de un menor emancipado el que va a otorgar los capítulos.

4.^a Los términos concurso y consentimiento se refieren en el caso del concurso al menor emancipado que va a otorgar las capitulaciones, y que conforme su *status* jurídico tan sólo necesita el complemento o asistencia a su capacidad de obrar, conforme el régimen general de la emancipación, que es aplicable en materia de capitulaciones. El menor no emancipado necesita de la representación legal de sus padres o tutor, por lo que éstos deberán prestar su consentimiento al otorgamiento de las capitulaciones. Siendo aplicable el régimen general de la minoría de edad. La desvinculación del régimen relativo a la capacidad para contraer matrimonio ha hecho que sean las normas generales que regulan la capacidad del menor, emancipado o no, las que sean aplicables a los requisitos y eficacia de las capitulaciones matrimoniales, cuando éstas excedan en su contenido a lo permitido por el artículo 1.329.

5.^a El legislador de 1981 ha concedido al menor de edad una mayor capacidad al permitirle otorgar capitulaciones matrimoniales por sí sólo. Siempre que se limite a pactar el régimen de separación, participación o el de gananciales. El menor puede ejercer su autonomía privada para constituir el negocio jurídico, pero no la puede ejercitar en cuanto a regular su contenido, que lo establece imperativamente la Ley. El régimen de gananciales puede regir las relaciones patrimoniales en el matrimonio del menor, ya que no sólo puede ser expresamente pactado en las Capitulaciones, sino que, además, será el régimen legal supletorio a falta o por ineficacia de los capítulos, tal como se establece en el artículo 1.316 del Código Civil.

6.^a El sistema general de nuestro ordenamiento jurídico es el de absoluta libertad para establecer el régimen económico matrimonial, tal como lo afirma el artículo 1.315 del Código Civil, con la excepción de lo

dispuesto en el artículo 1.329, que contiene un sistema excepcional de elección para el menor de edad que otorgue por sí solo las capitulaciones.

JUAN MANUEL LLOPIS GINER

Registrador de la Propiedad

Doctor en Derecho