

Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española

SUMARIO: I. *Organización de la economía matrimonial: comunidad de gananciales.*—II. *Capitulaciones matrimoniales:* II.1 Definición y antecedentes. II.2 Contenido. II.3 Límites. II.4 Requisitos. II.5 Ineficacia.

I. ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA MATRIMONIAL: COMUNIDAD DE GANANCIALES

En el desarrollo de la legislación histórica castellana ¹ pueden observarse dos grandes vías en relación al régimen económico matrimonial. La primera, de influencia germanista, se desarrolla desde el *Fuero Juzgo* hasta el mismo siglo XIX y consagra un sistema de gananciales que incluye la existencia de una categoría patrimonial, los bienes propios, que pertenecen por separado a cada uno de los cónyuges y contribuyen con sus frutos al fondo común. La segunda vía que ha de tenerse en cuenta en nuestra evolución jurídica, a partir del movimiento general de recepción del Derecho común, es el romanismo, que se traduce en el sistema dotal romano consagrado en las *Partidas*. En el mismo aparece una dote *ad sustinenda onera matrimonii* y unos bienes para-

¹ Los derechos forales no han sido objeto de estudio en este trabajo.

fernales que reservaría la mujer para sí, teniendo respecto a ellos libertad de administración y disposición, de la misma forma que el marido respecto a su patrimonio. Pero las dificultades que sufrieron las *Partidas* como legislación directamente aplicable y la circunstancia de que el sistema de gananciales tuviera a su favor el arraigo en costumbres y usos determinó la consagración de los gananciales en la legislación castellana, especialmente a partir de las *Leyes de Toro*. Ello no evitó la penetración del romanismo de forma indirecta, a través de nuestra doctrina científica y, a través de ella, en la misma legislación. En el campo de los regímenes económicos matrimoniales, esta influencia se concretó en la introducción, dentro del sistema general de comunidad de ganancias, de la dote y los parafernales del sistema dotal romano como dos categorías patrimoniales más, dando lugar a un sistema mixto que provocaría la adulteración de aquellas aportaciones nacidas en un sistema totalmente opuesto.

Lo que caracteriza esencialmente a un régimen de comunidad es la existencia de una masa común en la que ambos cónyuges están llamados a participar². Con esta idea coincide sustancialmente Bonet, para quien el régimen de comunidad es aquel que comporta esencialmente la existencia de un patrimonio común a los dos esposos, afecto ante todo a las necesidades del hogar y destinado normalmente a ser dividido a su disolución entre el marido y la mujer o sus herederos³. Pero también es conveniente destacar la importancia de la que gozan dentro del régimen de gananciales los bienes propios de los cónyuges. Así lo manifiestaba Mucius Scaevola al señalar que a la sociedad legal de gananciales no se la caracteriza debidamente si nos fijamos sólo en la idea de asociación de ganancias; hay que tener en cuenta también la posibilidad y autorización legal de que cada uno de los cónyuges adquiera y conserve una propiedad individual, no comunicable a las necesidades del matrimonio, perfectamente concebible e independiente de la propiedad social, representada por la aportación de aquellos bienes que pasan al acervo común y a sufragar las cargas de la sociedad matrimonial⁴. Más recientemente afirma Lacruz

² La perspectiva histórica originaria de los gananciales, según Álvarez Caperochipi, es un sistema de partición de ganancias en el momento de disolución del matrimonio, que tiene su origen en la práctica de otorgarse recíprocamente los cónyuges derecho a la mitad de las ganancias como *pacta nuptialia*, donación *mortis causa* o legado. Los gananciales serían originariamente un sistema sucesorio (partición de las ganancias, con obligación de reservar a los hijos comunes) y consuetudinario (generalización de la práctica de pactos de lucro *mortis causa*). Los gananciales son, por otra parte –según el mismo autor–, en su origen, una excepción a la troncalidad y a la vinculación familiar de los bienes de abolengo, que se inicia en el derecho territorial de la alta Edad Media (se respetan los bienes propios, se reparten los adquiridos). La idea de una comunidad de bienes gananciales durante el matrimonio es propia de los humanistas, y seguramente se inicia en España con las *Leyes de Toro*, aunque no se generaliza hasta la codificación (Vid. J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho de familia*. Tomo I. «Matrimonio y régimen económico», 1.ª edic., Madrid, 1988, pp. 189-192).

³ F. BONET RAMÓN, «Los poderes dispositivos de la mujer casada en el Derecho común», en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. II, Madrid, 1962, p. 20.

⁴ Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, t. XXI, Madrid, 1904, p. 204.

que en los regímenes de comunidad, la colaboración entre los cónyuges se traduce en una masa de bienes propios de ambos como símbolo de la unión de las vidas que el matrimonio representa⁵. La idea de colaboración o complemento entre consortes había sido destacada por Sánchez Román, al explicar las dos bases que servían de descanso a la organización de la economía matrimonial castellana: «las iniciativas, más de administración que de disposición de la generalidad de los bienes de la sociedad conyugal –la excepción legal está en los parafernales– las otorgan y reconocen las leyes al marido; las defensas, protección y arbitrios de seguridad para sus derechos económicos presentes y ulteriores, las establecen y dispensan las leyes en favor de la mujer»⁶.

El mismo autor repara en la distinción entre sociedad conyugal, personalidad jurídica que engendra el matrimonio, y sociedad legal de gananciales, que es una sociedad de bienes. En el derecho anterior al Código civil –y también con posterioridad a él– la segunda no era de carácter necesario, es decir, podía haber sociedad conyugal sin existir sociedad legal de gananciales, puesto que el calificativo «legal» con que se designa esta última no indica que la ley la imponga como obligatoria, sino que se presume; esto es, se supone que nace en virtud de un consentimiento tácito de los cónyuges, conforme con la presunción de la ley y, por consiguiente, no se producirá el resultado de la aparición de tal sociedad legal de gananciales cuando la presunción de consentimiento tácito de los cónyuges se destruye por la expresa y contraria voluntad de los mismos⁷.

Estas afirmaciones de Sánchez Román son válidas doctrinalmente a partir del Proyecto de Código civil de 1836⁸; con anterioridad al mismo, según manifiestan los autores de dicho proyecto en su Exposición de Motivos, se hacía necesario revisar esta cuestión, pues la legislación vigente aparecía ante

⁵ J. L. LACRUZ-M. ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, p. 237.

⁶ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil e Historia general de la legislación española*, Tomo V, vol. 1.º, 2.ª edic., Madrid, 1912, p. 549.

⁷ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Op. cit.*, p. 814.

⁸ Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, jurista de finales del siglo pasado, es especialista en Derecho civil y en todo el proceso de su codificación, como demuestra su obra *La Codificación civil en España, en sus dos períodos de preparación y consumación* (Madrid, 1890). En su centuria, el tema de la codificación española es estudiado, en su conjunto –dejando aparte la codificación particular de cada una de las ramas del derecho–, por muchos autores, entre los que hay que destacar a José M.ª DE ANTEQUERA (*La Codificación moderna en España*, Madrid, 1886), Pedro GÓMEZ DE LA SERNA («Estado de la Codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* –en adelante, *RGLJ*–, t. XXXIX, Madrid, 1871, pp. 284-300), Lorenzo ARRAZOLA («De la codificación en las principales naciones modernas», en *RGLJ*, t. XII, 1858, pp. 39-50 y 116-131), Alberto AGUILERA (*Colección de Códigos europeos traducidos, concordados, anotados y precedidos de introducción, etc.*..., 3 tomos, Madrid, 1877) o V. ROMERO GIRÓN y A. GARCÍA MORENO (*Colección de instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*, 2.ª edic., Madrid, 1885-1901, 22 volúmenes).

sus ojos excesivamente rígida y formalista, ya que se obligaba a los contrayentes, una vez celebrado el matrimonio, a organizar su economía necesariamente por el régimen de gananciales ⁹. El mismo término con que se conoce este régimen económico matrimonial («sociedad conyugal») es indicativo, según los mismos autores, de que es el único sistema previsto legalmente, el cual no podía ser alterado en ninguno de sus puntos por la voluntad de los contrayentes. Se trataría, en definitiva, como se dice en la Exposición de Motivos, de una sociedad «legal y forzosa», y debido a ello parecía conveniente permitir a los contrayentes, con anterioridad a la celebración de la boda, la posibilidad de que establecieran acuerdos particulares que regularan la economía de su matrimonio. Con ello se estaría consiguiendo, por una parte, respetar una práctica común durante siglos en la península (los gananciales), y por otra, se dejaría libertad para sustraerse del sistema legal ¹⁰.

⁹ He abordado el estudio de estas cuestiones en el proyecto de Código civil de 1821 en un artículo («La economía del matrimonio en el Proyecto de Código civil de 1836») que se incluye en el *Libro Homenaje al Prof. Carlos Díaz Rementería* (Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 1998), siéndome de gran ayuda en su realización el trabajo de M. Peset Reig sobre dicho proyecto («Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil* —en adelante, ADC—, t. XXVIII, pp. 29-100). Del mismo autor es un trabajo monográfico centrado en los prolegómenos de nuestra codificación («La primera codificación liberal en España (1802-1823)», en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 488, 1972, pp. 125-157), así como el artículo «una propuesta de código romano-canónico, inspirada en Ludovico Antonio Muratori» (en *Estudios en homenaje a Santa Cruz Tejeiro*, II, Valencia, 1974, pp. 217-260).

¹⁰ Exposición de Motivos del Proyecto de Código civil de 1836 (V. J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4-Codificación civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, pp. 112-114).

El Ministerio de Justicia, impulsado por la labor de Juan Francisco LASSO GAITE, ha publicado parte de los materiales inéditos del archivo de la comisión General de codificación bajo el título genérico *Crónica de la Codificación española*. Son siete volúmenes, en cinco tomos, de los cuales el cuarto se dedica a la codificación civil (*4-Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, 1978 y vol. II, Madrid, 1979). En él realiza un estudio monográfico sobre la codificación civil en nuestro país, que proporciona una visión de todo el proceso de redacción de los distintos códigos y proyectos, por lo que ha sido un instrumento indispensable en la realización del presente estudio.

Junto al meritorio trabajo de LASSO GAITE, otros muchos autores de este siglo han dedicado su estudio al tema monográfico de la Codificación civil, como R. GIBERT («La codificación civil en España», en *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del Terzo Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, vol. II, Firenze, Leo S. OLSCHKI Editore, MCMLXXVII, pp. 907-933) y más recientemente J. BARÓ PAZOS, cuyo trabajo (*La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1993) resulta de obligada consulta y manejo en esta cuestión. En relación no ya a la codificación del derecho civil, sino en general a la codificación en España, han aparecido en los últimos veinte años aportaciones muy meritorias para un más amplio conocimiento de la misma. Entre ellos pueden citarse los *Temas de Historia del Derecho: El Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación. II* (Sevilla, 1979), del Prof. E. GACTO FERNÁNDEZ; *Códigos y Constituciones. 1808-1978* (Madrid, 1989), de F. TOMÁS Y VALIENTE; diversos trabajos del Prof. CLAVERO SALVADOR, como «La idea de código en la Ilustración jurídica» (en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88), *El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea* (Madrid, 1982), «La gran dificultad. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX» (en *Ius Commune*, XII, 1984, pp. 91-115), «La disputa del método en las

Siguiendo estos objetivos, en los que puede detectarse la influencia de los principios liberales de la economía política —última novedad doctrinal del momento— entre los que se encontraba la libertad individual, considerada como un derecho sagrado, el Libro X, Título III, Capítulo VI del Proyecto de Código civil de 1836 («De las capitulaciones matrimoniales por medio de las cuales podrá modificarse la sociedad conyugal») prevé la posibilidad de que con anterioridad al matrimonio (para evitar fraudes), los futuros cónyuges pacten variaciones a la sociedad legal de gananciales. En concreto, las posibilidades que permite el texto son: 1.ª, acordar una «sociedad universal» de bienes presentes y/o futuros, en las que se comuniquen todos los bienes, así como todas las cargas y deudas, es decir, que se reputen comunes la totalidad de bienes, ganancias y pérdidas (arts. 1511 y 1512); 2.ª, acordar la aportación al matrimonio de una cantidad determinada de bienes muebles —de los que habría que hacer inventario— o de dinero, que no entrarían en la sociedad conyugal y que serían sacados por los consortes en el momento de su disolución (arts. 1513-1515); 3.ª, establecer variaciones en el régimen de gananciales en relación a la división por partes iguales de ganancias y pérdidas —que uno de los consortes se llevara todas las ganancias, siendo en este caso responsable de todas las deudas, o que se llevara una parte inferior a la mitad, respondiendo entonces en la misma proporción por las deudas o, por último, que obtuviera una cantidad fija por todos los derechos que pudieran corresponderle en los bienes gananciales, con independencia de que finalmente los hubiera o no— (arts. 1516-1519). En definitiva, lo que se pretende en el Proyecto de 1836 es permitir a los futuros cónyuges que realicen cualquier tipo de modificación en el régimen legal de gananciales, ya se refiera a la sociedad, las ganancias, pérdidas o al pago de las deudas, siempre con el límite de que no sean contrarias «a las buenas costumbres ni a lo dispuesto en este Código acerca de la patria potestad, tutelas, sucesión de los hijos y demás derechos correspondientes a éstos y a sus descendientes» (art. 1510).

La introducción de la posibilidad de realizar acuerdos particulares que modifiquen el régimen legal de gananciales representa, en opinión de los miembros de la comisión redactora del Proyecto de 1836, la «innovación más notable» que se ha hecho en la materia. Ciertamente, en las recopilaciones castellanas —derecho vigente cuando se redacta el citado proyecto— se pone de manifiesto que la organización de la economía matrimonial adopta los caracteres de una comunidad de ganancias, régimen consustancial a la organización de la familia castellana. Sin embargo, no parece adecuado afirmar con la rotundidad que lo hacen los autores del proyecto en su Exposición de Motivos, que «esta sociedad legal no podía alterarse por estipulaciones particulares al tiempo de la celebración del matrimonio». De hecho, no era extraño que los contrayentes y sus respectivos padres, con ocasión de la celebración del matrimonio, realizaran unas escrituras

postrimerías de una sociedad» (en *Anuario de Historia del Derecho español* —en adelante AHDE, 48, Madrid, 1978, pp. 307-344), o «Codificación y constitución: paradigmas de un binomio» (en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145).

conocidas como «capitulaciones matrimoniales», cuyo principal fin era acreditar los bienes propios que cada uno llevaba al matrimonio, para que no se confundieran en ningún momento con los gananciales; no se trata, específicamente, de pactos que tuvieran como finalidad modificar las reglas de la sociedad legal de gananciales, pero esta posibilidad no quedaba en absoluto excluida. Por ello, nos inclinamos a pensar que, al menos en la práctica, la voluntad de los contrayentes, manifestada a través de acuerdos particulares, de los que a veces quedaba constancia escrita, primaba en la regulación de la economía del matrimonio. O dicho de otro modo, la sociedad legal de gananciales entraría en juego a falta de pacto en contrario (aunque éste fuera poco frecuente) de los que iban a celebrar el matrimonio. Precisamente los redactores del Proyecto de 1836, a la hora de introducir expresamente en la ley la posibilidad de realizar pactos que modificaran o excluyeran el régimen de gananciales, atribuyen a estos acuerdos la denominación de capitulaciones matrimoniales, que ya venía utilizándose en la práctica castellana. Puede traerse aquí el testimonio de uno de los comentaristas de la *Nueva Recopilación*, Juan Matienzo, que alude a la frecuencia con la que se excluía el sistema castellano de organización económica del matrimonio cuando el marido era un mercader rico e importante y la mujer, en cambio, era pobre ¹¹. Ya en el siglo XIX señala Sánchez Román que en la época en que estuvo vigente la *Nueva Recopilación* no se consiguió la uniformidad del derecho en todo el territorio castellano en el tema de los gananciales; así ocurrió, por ejemplo, en el caso de los pueblos fundados a *Fuero de León*, en aquellos otros donde regía el *Fuero del Baylío* o donde estaban vigentes las costumbres holgazanas o cordobesas ¹².

Si nos fijamos ahora en el Proyecto de Código civil de 1851 ¹³, vemos que, en la misma línea que el anterior, establece que «los bienes del matrimonio se gobiernan por las reglas de la sociedad legal, a falta de pacto expreso en contrario» (art. 1235 parr. 1.º) ¹⁴. Más adelante añade que los esposos podrán

¹¹ J. MATIENZO, *Commentaria in librum quintum recollectiones legum Hispaniae*, Mantuae Carpetanae, 1580, ley 5,9,2, Gloss. I, núm. 58, p. 253 v.

¹² F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil... cit.*, t. V, vol. 1.º, p. 342, n. 2.

¹³ Uno de sus autores principales, Florencio García Goyena, formó un libro comprensivo de los antecedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrecía concordadas todas sus disposiciones con el derecho anterior y el derecho comparado, comentando cada uno de sus preceptos y resolviendo algunas cuestiones que pudieran suscitarse en su aplicación práctica, debiendo tenerse esta interpretación como auténtica por haber sido discutida y aprobada en el seno de la Comisión que elaboró el proyecto de Código. Se trata de sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1852, 4 tomos; se reimprime en Barcelona, Editorial Base, 1973 —a ella nos referiremos en diversas ocasiones—, y se hará otra edición en Zaragoza, 1974, con una nota preliminar del Profesor LACRUZ BERDEJO). También comenta el Proyecto de 1851 José ESCOBAR, con un resultado mucho más modesto, en su trabajo «Algunas reflexiones sobre el Proyecto del Código civil español» (publicado en números correlativos de la *RGLJ*: t. IV, 1853, p. 129 ss.; t. V, 1854, p. 5 ss.; t. VI, 1855, p. 5 ss. y p. 261 ss.; t. VII, 1856, p. 136 ss. y 245 ss.). Se ocupa, igualmente, del Proyecto de 1851 Ramón ORTÍZ DE ZÁRATE, en sus *Observaciones al proyecto de código civil* (Burgos, 1852).

¹⁴ F. GARCÍA GOYENA comparte la postura que se adopta en el proyecto de establecer como derecho común, a falta de capitulaciones matrimoniales, el sistema de gananciales, alegando un

pactar que no habrá entre ellos sociedad legal; solamente cuando se casen sin expresar las reglas por las que han de gobernarse sus bienes, se observarán las que el texto legal preceptúa (art. 1308).

Benito Gutiérrez no se muestra muy partidario de esta novedad –que guarda analogía con el artículo 1387 del Código civil francés–, pues en su opinión «abriendo paso a la liberalidad individual, autorizar una cosa es mandarla»; por ello aconseja que la reforma sea madurada ¹⁵.

También muestra su disconformidad con la posibilidad que ofrece el Proyecto de 1851 de excluir o modificar la sociedad legal de gananciales Ortíz de Zárate. En su opinión, dicha sociedad debe existir siempre entre los cónyuges, conforme a las exigencias de la indisolubilidad del matrimonio, que confunde en uno a los dos contrayentes. La familia –añade–, es el reflejo de la sociedad y debe marchar paralelamente a su regulación. La ley debe ordenar los derechos y deberes de los casados y no dejar a su voluntad el establecimiento del régimen económico como si fuera una sociedad mercantil. En definitiva, defiende la obligatoriedad del sistema legal, excluyendo la posibilidad de introducir pactos contrarios que le den aspecto de sociedad mercantil ¹⁶.

El problema fundamental que late en la base de esta cuestión es el choque que puede producirse con los derechos forales, en concreto con el derecho foral catalán, en donde rige el sistema dotal romano. Si el legislador opta por

motivo muy curioso: «el régimen dotal es en verdad más sencillo, pero da compañeras más frías e indiferentes; el otro es más justo, y da compañeras más afectuosas que por su propio interés trabajarán con mayor actividad para el buen éxito de los negocios del matrimonio» (*Op. cit.* t. III, comentario al art. 1235, p. 254). Razones de la misma naturaleza justificaron, en su opinión, la derogación de las costumbres «holgazanas» o cordobesas, que negaban a las mujeres parte alguna en los gananciales adquiridos durante el matrimonio: «De todos modos sería (la costumbre), y es injusta y perjudicial al matrimonio: injusta porque deja sin premio el mérito de las mujeres virtuosas que han cumplido con la obligación de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y perjudicial, porque funda y fomenta la inacción y el aborrecimiento de los cuidados domésticos, de la economía y prosperidad de las cosas que necesariamente gobiernan (*Ibid.*).

¹⁵ B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. I, Madrid, 1862, pp. 463-464. Este autor forma parte de esos juristas que –como indica J. BARÓ PAZOS (*La codificación... cit.*, pp. 38-40)– emprenden por propia iniciativa la tarea codificadora, confeccionando proyectos de código completos que suponen, sobre todo, una significativa aportación doctrinal. Sería el caso de J. SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, autor de *El Derecho civil español (en forma de Código). Leyes, no derogadas, desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870: jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos*, Madrid, 1871; PABLO GOROSABEL, que hizo una *Redacción del código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta Nación, escrita bajo el método de los Códigos modernos*, Tolosa, 1832, completada después doctrinalmente con otra obra, *Examen de los principios del Derecho civil español*, 3 tomos, Tolosa, 1834; Sabino HERRERO redacta *El Código civil español. Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Valladolid, 1872; José M.^a FERNÁNDEZ DE LA HOZ, autor del *Código civil redactado con arreglo a la legislación*, Madrid, 1843 (en el mismo año publicó también su código de procedimientos civiles y criminales); y el ya citado Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (*Código o estudios fundamentales... cit.*, 1.^a edic., Madrid 1862-1869, 4 volúmenes).

¹⁶ R. ORTÍZ DE ZÁRATE, *Observaciones... cit.*, pp. 158 y 283.

imponer el sistema de gananciales —como defendían B. Gutiérrez y Ortíz de Zárate— los catalanes (salvo en Tortosa, Lérida, el Valle de Arán y el Campo de Tarragona, donde se conocían y aplicaban los gananciales de Castilla con el nombre de asociación o acogimiento a compras y mejoras) verían violentados sus usos y costumbres. El Proyecto de Código civil de 1851, como el de 1836, había optado por la vigencia de los gananciales a falta de pacto en contrario de los esposos. Pero en sus artículos 1235, 1236 y 1309 los catalanes encuentran libertad para poder continuar como hasta entonces si lo pactan expresamente; en caso contrario, quedarían sometidos al derecho común vigente en toda España, sobre el que no podía darse preferencia a su legislación especial (art. 1308).

García Goyena destaca en relación a esta cuestión que si se hubiera hecho referencia de una manera general a costumbres y fueros abolidos, habría surgido confusión y se estaría frustrando el objeto del Código o la unidad constitucional. Los contrayentes no podrán pactar en términos generales que sus capitulaciones se regirán por los antiguos fueros de una u otra provincia; si hubiera en ellos alguna disposición que desearan aplicar, tendrían que pactarla especialmente y transcribirla ¹⁷.

En las discusiones que condujeron a la aprobación de determinados acuerdos en el Pleno de la Comisión de Códigos en octubre y noviembre de 1882, de las que da noticia Alonso Martínez ¹⁸, la mayoría de los vocales se muestran partidarios del régimen de gananciales. Algunos de ellos, entre los que figura el representante de Navarra, pretenden incluso imponerlo como obligatorio a los contrayentes; otros, como es el caso especialmente de Durán y Bas ¹⁹, que disiente en esta ocasión de los jurisconsultos navarro y aragonés,

¹⁷ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., vol. 2.º, comentario al art. 1237, p. 256.

¹⁸ *El Código civil y las legislaciones forales*, t. I, Madrid, 1884 y t. II, Madrid, 1885. Desde el 14 de octubre al 27 de noviembre de 1882, tienen lugar veintisiete solemnes sesiones del Pleno de la Comisión de Códigos. A ellas habían sido convocados por el ministro Alonso Martínez los vocales que, en representación de las regiones forales, se agregaron a la Comisión en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, los cuales ya habían redactado las memorias sobre las más importantes instituciones forales respectivas, y también los cuatro senadores y cuatro diputados incorporados a la misma, entonces, con carácter de vocales. Se trataba de discutir con los representantes forales «hasta qué punto podrían transigirse con ellos las diferencias», pues en la materia de sucesiones y contratos «el particularismo opone fuertes obstáculos a la unidad legislativa de nuestra patria» (Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», en *Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta. Fuentes y Bibliografía*, vol. I, Madrid, 1965, pp. 11 y 12).

¹⁹ Máximo representante de la Escuela Jurídica catalana, plasmaría más tarde en una obra de conjunto (*Escritos Jurídicos*, Barcelona, 1888) su postura contraria a la codificación del derecho civil, manifestando que aún no era el momento oportuno para su realización en España por la precariedad de la ciencia jurídica española; y en todo caso, de acometerse la obra de la codificación, no debería realizarse con el criterio de la unidad legislativa, sino respetándose la legislación civil de los territorios forales. En 1889 publica otra obra, que contiene diversas conferencias sobre la codificación impartidas en la Universidad de Barcelona durante el curso 1888-1889 (*La codificación y sus problemas*, Barcelona, 1889), en la que reitera su defensa de los postulados de la Escuela Histórica del Derecho. J. BARÓ PAZOS valora la obra de este jurista y romanista barcelonés con las siguientes palabras: «En su conjunto, la obra de Durán, aporta como más meritorio

no se contentan con que el Código deje a los contrayentes libertad para estipular el régimen que mejor les plazca, y piden con encarecimiento que no se conserve el artículo del Proyecto de 1852 según el cual en el silencio de los contratantes se presumen establecidos los gananciales.

Comenta Alonso Martínez que fue un espectáculo nuevo en la Comisión una contienda entre representantes de las provincias de régimen foral. Morales, jurisconsulto navarro, recurrió a la naturaleza del matrimonio para intentar demostrar que el régimen de gananciales era más conforme a su esencia que el dotal. El matrimonio —decía sustancialmente— no es solamente un contrato; atribuirle exclusivamente este carácter es rebajarle en dignidad. Hay, pues, que considerarlo como un sacramento y ver en él la unión de dos personas que comparten durante toda su vida la felicidad y la desgracia, y confunden sus bienes en un acervo común. Franco y García Goyena alegaron en este punto que el carácter de sacramento que tiene para los católicos el matrimonio no implica necesariamente el sistema de gananciales, y menos aún excluye el régimen dotal. Y recuerdan que en los primeros siglos de nuestra era, cuando las doctrinas del cristianismo ejercían ya gran influencia en las instituciones y en el modo de ser de los pueblos europeos, eran desconocidos los gananciales, y no por eso dejó de ser el matrimonio un sacramento como en las épocas posteriores, en que se concede a la mujer participación en las ganancias hechas durante la sociedad conyugal. En aquel momento, además, había en España tres sistemas diferentes: en la mayor parte del territorio nacional se hallaba establecida la sociedad de gananciales, había pueblos donde no sólo se hacían comunes las ganancias, sino también los bienes aportados por los cónyuges y en las provincias de Cataluña regía el sistema dotal, sin que por ello los catalanes fueran menos católicos que el resto de los españoles ²⁰.

La aceptación de la postura del vocal navarro supondría la aplicación del sistema de comunidad de bienes, no sólo a los frutos y rentas de los bienes de los cónyuges y las ganancias logradas durante el matrimonio, sino a los mismos capitales aportados al casarse, pero ello podría constituir un riesgo para la fortuna de la esposa y el porvenir de los hijos, riesgos que precisamente cubría el sistema dotal. El de gananciales, en cambio, se presentaba como un término medio entre la comunidad absoluta y la total separación de bienes de cada uno de los cónyuges, y con la ventaja de ser (al menos intentar que lo fuese) compatible con la dote.

La Comisión codificadora no accedió tampoco a la pretensión de Durán y Bas de borrar del Código civil el principio que aparecía en el Proyecto de 1851 (art. 1395), según el cual los bienes del matrimonio debían gobernarse por las reglas de la sociedad de gananciales a falta de pacto expreso en contrario. La

una doctrina científica que es el resultado de fusionar con un método coherente, sus propias creencias en el tradicionalismo jurídico de Cataluña, sus propias convicciones filosóficas basadas en la escuela clásica del Derecho natural, y finalmente los postulados que informaron el nacimiento de la Escuela historicista, y que trata de reconducir y adaptar al caso particular de Cataluña» (*La Codificación del Derecho civil... cit.*, p. 45).

²⁰ M. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil... cit.*, t. II, p. 156.

Comisión de codificación no negaba, sin embargo, a los catalanes la posibilidad de estipular el régimen dotal si lo creían preferible al de gananciales. Se declara dispuesta incluso a consagrar en el Código, con una sanción expresa y terminante, la obligación de respetar ese pacto. Así, el conflicto entre el derecho común y la legislación particularista de una gran parte de Cataluña se resuelve por el criterio de la libertad en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales ²¹.

El criterio seguido en los textos de 1836 y 1851 será adoptado –no sin oposición– en el Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885, de Silvela, en cuya base 22 puede leerse que «el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte contrato o sea deficiente, se considerará constituida la sociedad conyugal bajo el régimen dotal y gananciales...»

B. Gutiérrez, insistiendo en mantener su postura contraria a la libertad de pactos nupciales, califica la citada base de incongruente, al introducir un principio de prudente libertad en un régimen de sociedad estrictamente legal, impuesto o necesario, en relación a todo lo que se refiere al patrimonio de la familia. En Castilla –dice– rige una sociedad que, aunque parece voluntaria por el hecho de que voluntariamente la aceptan los que se casan, en el fondo es legal, en el sentido de que no podía modificarse con pactos de ninguna especie; y a pesar de ello, la sociedad legal a raíz de esta base, iba a ser susceptible de grandes modificaciones, hechas por la conveniencia de los mismos casados ²².

También expresó su opinión sobre esta base el senador Fabié, señalando que, al admitir la libertad de pactos en lo relativo al régimen de bienes durante el matrimonio y el establecimiento del régimen de gananciales sólo como supletorio en defecto de aquellos, podía debilitarse la autoridad marital, y esto sería negativo ²³.

La opinión mayoritaria de las dos cámaras parlamentarias defendía el principio de libertad de pacto en favor de los futuros cónyuges y, en general, en todas las cuestiones que afectaban a la familia. Así lo expresa, por ejemplo, el senador Salvador de Albacete, que al contestar a Fabié, califica el principio de libertad como una de las manifestaciones de mayor progreso y adelanto, una gran conquista en materia de codificación civil ²⁴. En el mismo sentido dirigió su discurso al Congreso López Puigcerver: «En la cuestión de la organización

²¹ M. ALONSO MARTÍNEZ, *Op. cit.*, t. II, p. 170.

²² *El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*. Tomos I y II. Edición preparada por R. HERRERO GUTIÉRREZ y M. A. VALLEJO ÚBEDA, con un estudio preliminar de J. L. DE LOS MOZOS, Madrid, 1989. La referencia citada corresponde al t. I, intervención en el Senado de Benito Gutiérrez, sesión de 29 de abril de 1885, núm. 112, p. 2320.

²³ *Op. cit.*, t. I, intervención de Fabié ante el Senado en la sesión de 28 de abril de 1885, núm. 111, p. 2311.

²⁴ *Op. cit.*, t. I, intervención del senador Albacete en la sesión de 28 de abril de 1885, núm. 111, p. 2312.

de la familia, aceptando un principio de libertad para lo económico [...] desde el momento que digáis que si quiere establecer el régimen de gananciales puede hacerlo, y que si quiere fijar otras condiciones es igualmente libre, ¿qué interés habrá en las provincias forales en sostener estas discusiones que impiden la formación del Código general? [...] Mi proposición es ésta: resolved con el criterio de la libertad las cuestiones de familia, propiedad y contratación, y no habrá dificultad en la unidad ²⁵. En la práctica, sin embargo, han sido rarísimos –dice García Goyena– los casos en que los esposos han hecho uso de esta libertad de modificar la sociedad por pactos especiales ²⁶.

Sánchez Molina, en una obra de carácter privado que pretendió –sin conseguirlo– ser un proyecto de código, ignora ese principio de libertad que predicaban ya los Proyectos de 1836 y 1851 en favor de los que van a contraer matrimonio, para establecer el sistema por el que se regirá el matrimonio; en su lugar establece taxativamente que «entre marido y mujer hay sociedad legal, cuyo efecto es hacer común de ambos, por mitad, las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio» ²⁷.

En la redacción definitiva del Código civil de 1889, en términos generales, se recoge el sistema patrimonial de matrimonio tal como se desarrolló en el Código de Napoleón, en el Proyecto de 1836, en el de 1851 y en el de Ley de bases de 1885, al declarar que «a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad de ganancias (art. 1315, 2.º).

Los esposos van a poder otorgar libremente sus capitulaciones estableciendo las reglas a las que ha de sujetarse el régimen económico de la familia y determinando las condiciones relativas a los bienes presentes y futuros, así como a los frutos de los mismos. Pero si no hacen uso de esa libertad, si no otorgan contrato sobre el orden económico o se limitan a decir que lo constituyen bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, como señala Navarro Amandi, todo lo dispuesto en el Libro IV (De las obligaciones y contratos), Título III (Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio), Capítulo V (De la sociedad de gananciales) del Código civil, se entenderá consignado en

²⁵ *Op. cit.* t. I, discurso dirigido por López Puigcerver al Congreso, en la sesión de 12 de junio de 1885, núm. 171, p. 4986.

²⁶ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias... cit.*, vol. 2.º, art. 1309, p. 321.

²⁷ J. SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El Derecho civil español... cit.*, p. 330. En la introducción del libro –que tuvo escasa repercusión– explica los motivos que le llevaron a redactarlo, describiendo la situación legal de la época: «En el inmenso cúmulo de nuevas leyes antiguas y modernas, unas vigentes y otras derogadas, entre las cuales muchas veces no es fácil distinguir las que rigen de las que no están en vigor, crecen cada día las dificultades para el estudio. La jurisprudencia ofrece también graves inconvenientes para conocer las reglas aplicables al derecho civil, contenidas en 1.500 sentencias de las publicadas hasta el día, entre otro mayor número de decisiones que se refieren a los procedimientos o a los negocios de comercio. Para superar de algún modo estas dificultades, déjase sentir la necesidad de un libro que contenga al lado de las leyes vigentes, antiguas, nuevas o modificadas, todas las reglas de jurisprudencia aplicables a la defensa de los derechos y al fallo de los pleitos» (*Ibid.*, p. IX).

su contrato y deberán acomodarse a los preceptos contenidos en el mismo, como si fuesen otras tantas cláusulas de sus capítulos matrimoniales²⁸.

Por tanto, la sociedad de gananciales rige como sociedad legal cuando por voluntad de las partes, en virtud de su silencio, o por ineficacia de lo pactado, queda admitido el sistema fijado como supletorio en el Código civil español. Este sistema, como era previsible, fue criticado por Durán y Bas, quien reclama que allí donde las partes contratantes no hubiesen estipulado un régimen económico determinado, no debe imponerse el régimen de ganancia, sino que la ley debería ser completamente neutral. Alonso Martínez salía al paso de estas críticas indicando: 1.º, que en cualquier hipótesis, partiendo de la libre contratación, hay que atender la posibilidad de que los contrayentes no usen de esa libertad, limitándose a enumerar en las capitulaciones matrimoniales los bienes que uno y otro cónyuge aporten al matrimonio, si hicieron alguna aportación; 2.º, que ante el silencio de los esposos es indispensable que la ley determine y desenvuelva el régimen a que han de quedar sometidos los bienes y las reglas a que han de sujetarse, al disolverse el matrimonio, la liquidación y distribución del haber conyugal; 3.º, que supuesta la necesidad de un régimen legal, la Comisión codificadora obró cuerdamente en decidirse por el de gananciales, que es el más recomendable a la luz de los principios jurídicos, y el más conforme a las costumbres y tradiciones de la nación española, sin excluir a las provincias de Navarra y Aragón²⁹.

También Manresa se declara firmemente defensor del carácter legal del régimen de gananciales a falta de capitulaciones matrimoniales que establezcan otro sistema, y afirma que «cabe discutir si la comunidad debe ser más o menos extensa, si todos los bienes deben ser administrados por el marido, o debe reservarse un patrimonio a la mujer que enaltezca su personalidad y le permita obrar en algo, y aún con respecto a la misma sociedad, con relativa independencia. Pero la comunidad más natural y legítima es indudablemente la de las ganancias obtenidas durante el matrimonio...»³⁰.

La sociedad legal de gananciales, en virtud de la libertad estipulatoria, puede ser excluida expresamente por los cónyuges en sus capitulaciones matrimoniales. Así lo da a entender el artículo 1364, que procede del 1308,1.º del Proyecto de 1851, al declarar que cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el artículo 1315, hubiesen excluido expresamente la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaran a dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el capítulo que regula el régimen dotal, y el marido percibirá, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad. La no sumisión a los

²⁸ M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil reformado en virtud de la ley de 26 de mayo de 1889, por Real Decreto de 24 de julio del mismo año*, t. IV, Madrid, 1891, p. 175.

²⁹ A. MARTÍNEZ, *El Código civil.. cit.*, t. II, p. 181.

³⁰ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. IX, 6.ª edic., revisada por D. Miguel Moreno Mocholi, Madrid, 1969, pp. 632-633.

gananciales debe, por tanto, pactarse expresamente para lograr el efecto que se persigue, pues, en otro caso, entra en vigor el apartado segundo del 1315, que dispone que a falta de contrato sobre los bienes se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.

Según el artículo 1392 del Código civil, «mediante la sociedad de gananciales el marido y la mujer harán suyos por mitad al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio». Este precepto no pretende definir el sistema matrimonial de los gananciales, pero da una idea clara de su contenido. Es una sociedad constituida mediante el matrimonio entre el marido y la mujer en virtud de la cual ponen en común los frutos de sus bienes privativos y su trabajo o industria, y hacen suyos, por mitad, al disolverse la unión, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante la unión conyugal³¹.

Los caracteres que definen a la sociedad legal de gananciales y la diferencian del resto de las sociedades convencionales o que provienen de pacto, son sintetizados y ordenados sistemáticamente por G. Burón en atención a los siguientes criterios:

1.º Por el modo de constituirse: las convencionales nacen del contrato y la legal es obra de la ley.

2.º Por la manera de regirse: en aquéllas se determina por la voluntad de los socios en el momento de formarse o por pacto posterior celebrado entre ellos modificando su constitución primitiva; y en ésta es la misma ley, y no la voluntad de los cónyuges, la que establece las reglas que deben observarse entre ellos.

3.º Por su objeto: en las convencionales es siempre el lucro o el propósito de disminuir las pérdidas o los perjuicios, ya sean universales, generales o particulares, civiles o mercantiles; en la legal el interés no es el único, sino el esfuerzo mutuo de los cónyuges, consecuencia de la comunidad de vida, para cumplir las cargas del matrimonio y hacerse participantes mutuamente de sus ventajas.

4.º Por el modo de participar de los bienes que constituyan el capital de ellas: se divide entre los socios en las convencionales, primeramente conforme a lo estipulado al constituirse, y en su defecto con arreglo a la ley; en la

³¹ En la actualidad, algunos autores han criticado la falta de lógica del Código civil, que se limita a dar en el artículo 1392 una norma de liquidación de un régimen matrimonial, y sin explicarnos en qué consiste la ganancialidad de un bien, señalaba en el artículo 1401 una serie de bienes que se llamaban gananciales. En cambio, el nuevo artículo 1344 –tras la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo– parece más correcto, pues empieza por sentar que en el régimen que nos ocupa se hacen comunes de ambos cónyuges determinados bienes, y termina con una norma de distribución aplicable a la disolución del régimen, dedicando después otros artículos a señalar qué bienes son los que se hacen comunes (Vid. P. Ávila Pérez, «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año LVII, Nov.-Dic. 1981, núm. 547, p. 1373 ss., esp. pp. 1388-1389).

legal se divide siempre entre los cónyuges o sus herederos por mitad, como establece la ley.

5.º Por la causa de su extinción: en la sociedad legal están taxativamente determinadas por el derecho; en las convencionales dependen o del objeto mismo, siempre más limitado que en ésta, o de la voluntad de los socios ³².

También Manresa se ocupa de explicar, de forma más detallada, los caracteres de la sociedad legal de gananciales en relación a los de otras sociedades:

1.º La sociedad de gananciales nace por el mero hecho del matrimonio, sin que sea necesaria la expresión de la voluntad de los interesados, puesto que la ley la presume cuando no se pacta expresamente un sistema distinto. Las sociedades ordinarias, por el contrario, no se conciben sin un acto expreso de la voluntad de los asociados que se reúnen para un fin u objeto determinado, sin que, por otra parte, se requiera más que su voluntad. De modo que éstas nacen sólo en virtud de dicha voluntad, mientras que en la sociedad de gananciales, ni es necesaria la voluntad de los socios, ni nunca sería bastante por sí sola, ya que sin el matrimonio no podría subsistir.

2.º En la sociedad de gananciales su fin u objeto, su duración, sus reglas, están determinadas de antemano por el legislador. Caben modificaciones de detalle, siempre establecidas con anterioridad al matrimonio, pero la sociedad ha de empezar y terminar cuando la ley lo marca, funcionar como ella lo determina, cumplir las cargas que se le imponen y liquidarse como se previene por el legislador. Por el contrario, en las sociedades ordinarias, la voluntad que las formó es la que determina su objeto, duración, reglas y, en definitiva, todo cuanto le atañe, e, incluso, cambiar las condiciones de su existencia o funcionamiento.

3.º En la sociedad de gananciales las ganancias, si resultan, han de partirse con igualdad entre los cónyuges, con arreglo a la ley, independientemente del capital aportado por cada uno de ellos. En las sociedades ordinarias, en cambio, la regla es la proporción con ese capital aportado o lo libremente convenido por los socios.

4.º En la sociedad de gananciales los derechos de los socios en lo relativo a la dirección, administración, e incluso disposición, son desiguales porque así lo establece el legislador, dando al marido derechos que niega a la mujer, e imponiendo a aquél, en cambio, responsabilidades que no alcanzan a ésta. En las sociedades ordinarias son iguales, en principio, las facultades de todos los socios y, a lo más, se escoge de mutuo acuerdo a alguno o algunos para que ejerzan la dirección y administración ³³.

A pesar de todas estas diferencias, el artículo 1395 del Código civil establece que «la sociedad de gananciales se registrá por las reglas del contrato de

³² G. BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, t. I, Valladolid, 1898, p. 472.

³³ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil... cit.*, t. IX, p. 635.

sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo». La doctrina pone de relieve la falta de importancia práctica de esta fuente, dadas las diferencias fundamentales que, como acabamos de ver, separan la sociedad de gananciales de las sociedades comunes. En la de gananciales, el fin de lucro queda excluido por razones de otra índole; la organización económica de las relaciones entre cónyuges no puede tener otro destino –dice Lacruz– que hacer posible la realización más perfecta de los fines del matrimonio, siendo accidental la existencia o no de ganancias. Falta, igualmente –añade– una *affectio societatis*: una representación subjetiva de los elementos económicos y objetivos que constituyen el contrato de sociedad. Es más, falta una voluntad de los cónyuges dirigida a la creación de dicha sociedad; los que contraen matrimonio, generalmente, ignoran la existencia de la misma. Falta la igualdad en el derecho de administración de los asociados, o en su responsabilidad por deudas sociales, la disolubilidad por voluntad unilateral del socio, o la posibilidad de asociar a la parte a un tercero. A pesar de todo, concluye Lacruz, el legislador basó la sociedad de gananciales, como la civil, sobre los lucros *ex negotiatione*, y ésta y otras similitudes permiten extraer de las normas sobre sociedad civil bastantes criterios y puntos de vista para la interpretación de las reglas relativas al régimen legal³⁴.

Por Ley 11/1981, de 13 de mayo, se introduce una profunda reforma del régimen económico matrimonial, que está motivada por la incidencia en este tema de los nuevos principios constitucionales. En el nuevo derecho del matrimonio –nos explica Álvarez Caperochipi– destaca la autonomía y la libertad de ambos cónyuges, y va a suponer, entre otras cosas, un notorio acercamiento de todos los regímenes económicos del matrimonio al régimen de separación. Este es el único –dice el autor– que se adapta a los nuevos principios de igualdad y autonomía gestora, y el único sistema patrimonial compatible con un matrimonio disoluble, y con libertad de separación unilateral. Pero existe la comunidad. La ganancialidad es entonces, ante esta separación patrimonial consustancial con el «nuevo» matrimonio, un sistema de apariencia y responsabilidad frente a terceros para evitar la sustracción de bienes a los acreedores (la tutela del crédito), un desarrollo de los principios constitucionales de asistencia familiar (definición de las cargas familiares, contribución proporcional, etc.), y una aplicación pormenorizada de los principios estructurales fundamentadores de la juridicidad privada (prohibición de pactos sucesorios, herencia forzosa), que interesa al Estado (dividen la propiedad y frenan la concentración de capitales). Estos son los principios que conforman el concepto de ganancialidad o masa común.

El citado autor añade que, partiendo de la tendencial aproximación de todos los regímenes económicos al llamado régimen de separación, la sociedad legal de gananciales significa algo mucho más profundo que un mero régimen legal supletorio. Significa un régimen imperativo de protección a terceros frente a las posibles maniobras defraudatorias a las que se presta la inti-

³⁴ J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Derecho de familia... cit.*, pp. 477-478.

midad del matrimonio (peligro ahora agravado por la autonomía gestora de los cónyuges); el régimen de gananciales significa, en segundo lugar, un sistema de protección de los legitimarios y de salvaguarda de la prohibición de pactos sucesorios (ambos principios favorecen la división de la propiedad y dificultan la concentración de capital, lo que interesa al Estado); el régimen de gananciales significa también el desarrollo y pormenorización del mecanismo patrimonial asistencial con que la Constitución define a la familia. En virtud de esta significación constitucional de los gananciales, su normativa no puede considerarse dispositiva o supletoria, sino que es esencialmente imperativa ³⁵.

La Ley de 13 de mayo de 1981 ha supuesto una fundamental reforma en la materia del régimen económico matrimonial. Frente a algo más de cuarenta artículos dedicados hasta entonces por el Código a regular la sociedad de gananciales, hoy se regula por más de sesenta, por lo que se pone de manifiesto la superior dedicación normativa instaurada por el nuevo régimen. Su importancia proviene de que es el régimen comúnmente vigente en la mayoría de los matrimonios, al regir como supletorio cuando, como suele acontecer, no se pacta otro. En la nueva ley, sin embargo, se mantiene como régimen legal subsidiario la sociedad de gananciales. La conservación como régimen legal es resultado de una decisión largamente pensada y contrastada frente a quienes pretendían sustituirla por el régimen de separación o por el de participación en las ganancias —en las discusiones parlamentarias el grupo socialista, principalmente, sostenía esta última posición—. Se estimó que el primero de tales regímenes no tiene en cuenta el hecho de que, mientras se mantiene la vida en común de los esposos, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y espíritu de economía y ahorro de ambos; siendo particularmente injusta la separación frente a la mujer que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera, o los tiene en menor medida ³⁶.

II. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

II.1 DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES

Capitulación matrimonial es, en palabras de J. Abella, «el acto por el cual dos personas que tienen convenido su matrimonio, se conciertan sobre el modo de regirse la sociedad conyugal en cuanto a los bienes» ³⁷. Con términos

³⁵ J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de familia... cit.*, pp. 211-212.

³⁶ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA, «El nuevo Derecho de familia». Tomo I (*Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*). *Casuística práctica*, 2.ª edic. corregida y aumentada, Madrid, 1981, p. 107 ss.

³⁷ J. ABELLA, *Código civil vigente en la Península y Ultramar reformado conforma a lo dispuesto en la ley de 26 de Mayo y R. O. de 24 de Julio de 1889, precedido de la Ley de Bases, del dictamen de la Comisión General de Codificación, comentado con más de 2.500 notas y concordado con la antigua legislación común, con el derecho foral aragonés, navarro, catalán y viz-*

parecidos, pero de forma más detallada, se refiere Bofarull a las capitulaciones matrimoniales como «el contrato en que, por razón del matrimonio, se establece el régimen de los bienes en orden a la familia. Los esposos para consigo mismos y con relación a sus hijos, y frecuentemente los padres de los cónyuges con respecto a éstos y a su descendencia, establecen en esta escritura las bases de la organización de la familia, de la propiedad y de la sucesión»³⁸. Más modernamente define Lacruz los capítulos o capitulaciones matrimoniales como «aquellos pactos que celebran ambos futuros cónyuges, entre sí o con terceros, en vista del futuro matrimonio y para hacer y recibir aportaciones o determinar el régimen conyugal de bienes»³⁹.

En la península, el derecho aragonés era el único que de modo expreso permitía a los cónyuges estipular con libertad cuanto creyeran conveniente respecto al régimen de bienes en el matrimonio y a los derechos y obligaciones de cada interesado (*Observancias 6.^a, de confesis, y 16.^a, de fine instrumentorum*). En Castilla, los capítulos, aunque no prohibidos, eran desconocidos en la práctica. Antes del Código se formalizaban solemnemente las capitulaciones en el territorio sometido a derecho común para describir e inventariar el capital del marido y las aportaciones de la mujer, para hacer entrega de la dote de ésta como estimada o inestimada, constituir la garantía que había de asegurar su devolución, fijar, en su caso, la cuantía de los bienes parafernales y conferir la administración de los mismos al marido o a la mujer, dar arras a ésta y establecer si tal donación había de entenderse o no como aumento de dote. Y aún entendidos así, indica Manresa que sólo se practicaban entre cierta clase o en determinadas localidades o circunstancias⁴⁰.

La regulación que hace el Código civil de las capitulaciones matrimoniales nace del Proyecto del 51⁴¹, por influencia del Código de Napoleón y, según Lacruz, sin relación con los derechos forales⁴². De esto último disiente Manresa, quien tras constatar que las capitulaciones matrimoniales se reconocían y practicaban, con mayor o menor alcance, en Aragón, Cataluña, Vizcaya y Navarra, deduce que el legislador no tuvo más remedio que incluirlas en el Código, «que aspiraba a favorecer la unidad de la legislación civil en España, y que no podía aparecer como una nota discordante y como muestra de retro-

caño y con todas las leyes vigentes que con él se relacionan; adicionado con cuatro apéndices que contienen el decreto aplicando el Código a Ultramar, las disposiciones dictadas con posterioridad a la promulgación de este texto legal, las relativas a la celebración de matrimonios canónicos y el orden de prelación de las legislaciones forales, terminando con un completísimo índice alfabético para facilitar el manejo del libro, 4.^a edic., Madrid, 1894, p. 389, n. 1.

³⁸ M. DE BOFARULL, *El Código civil español según la edición oficial anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los códigos extranjeros*, 2.^a edic., Madrid, 1888, pp. 413-414, n. 3.

³⁹ J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Derecho de familia... cit.*, p. 272.

⁴⁰ J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código... cit.*, t. IX, art. 1315, p. 119.

⁴¹ El artículo 1236 del Proyecto permite a los esposos «celebrar cualesquiera pactos que excluyan o modifiquen la sociedad legal y hacer otra cualquiera estipulación acerca de los bienes del matrimonio».

⁴² J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho de familia... cit.*, p. 270.

ceso entre las leyes modernas de Europa y América»⁴³. La clave de la cuestión parece darla García Goyena —que tuvo un papel preeminente en la elaboración del citado proyecto—, quien al comentar el artículo 1236 de dicho texto no hace referencia en ningún momento a los derechos forales; en su lugar, indica que dicho artículo y el 1239 (equivalentes al 1236 del Código de 1889) se limitan a reproducir la disposición general del 994 («pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres»). «¿Cómo habría de negarse al matrimonio —dice Goyena—, tan digno de favor y que debe ser contraído libremente, la misma libertad que se concede a los demás contratos?»⁴⁴. En opinión de Lacruz, el desenfoque de la cuestión por parte de García Goyena obedece a la escasez de raigambre de los capítulos matrimoniales en el territorio de Castilla, único derecho conyugal que conoce aquél, como lo demuestra que omita cualquier alusión a los derechos forales. Concluye Lacruz que esos derechos no fueron tenidos en cuenta, a pesar de la experiencia que podían haber aportado en la regulación de la materia, quedando claro con ello que el proyecto no se formuló con el afán de aproximarse a las modalidades jurídicas de los territorios de fuero y, asimismo, que la base 22 del Proyecto de Ley de Bases de 1885 tampoco se puede considerar inspirada en los derechos forales⁴⁵.

Las capitulaciones que hagan los que van a contraer matrimonio, según se establece en el Proyecto de Código civil de 1851, deben cumplir determinadas condiciones de forma —recogidas después en el Código civil—, que tienen por objeto evitar fraudes en perjuicio de terceros y de los mismos esposos. Se requiere, así, que se hagan con anterioridad a la celebración del matrimonio, que se extiendan en escritura pública y que cualquier alteración en las mismas se lleve a cabo con asistencia de todas las personas que concurrieron a ellas. Todo es revocable hasta la celebración del matrimonio, pero después no puede revocarse ni alterarse nada, pues la celebración funciona como una condición tácita (arts. 1238 y 1242).

Estos requisitos aparecen ya en el Código de Napoleón. La prohibición de pactos nupciales después del matrimonio se fundamenta en la prohibición de los pactos de lucro recíproco después del matrimonio, que se desarrolló en el Derecho común para hacer efectiva la prohibición de donaciones entre cónyuges (Dumoulin); la exigencia de escritura pública para dichos pactos está ligada, por otra parte, a la inmutabilidad. Otros autores aducen las razones generales de prohibición de donaciones entre cónyuges (captación de voluntad, impedir la compra del amor, etc.). Pothier alegaba también el carácter familiar de las convenciones. Por su parte, la Exposición de Motivos del Código de Napoleón se refiere a la tutela de los intereses de terceros⁴⁶. Para Álvarez Caperochipi, la razón más profunda parece ser la prohibición de donaciones entre cónyuges y la

⁴³ J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código... cit.*, t. IX, pp. 120-121.

⁴⁴ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias... cit.*, vol. 2.º, art. 1236, p. 255.

⁴⁵ J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho de familia... cit.*, pp. 270-271, n. 3.

⁴⁶ J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de Derecho de familia... cit.*, p. 203.

prohibición de pactos sucesorios, así como reforzar la autoridad marital y exigir la separación judicial para toda separación matrimonial ⁴⁷.

Se tienen por nulas en el citado proyecto (arts. 1239 y 1240 parr. 1.º):

- 1.º Las capitulaciones hechas contra las leyes o buenas costumbres.
- 2.º Las depresivas de la autoridad que respectivamente les pertenece a la familia (entre ellas incluye García Goyena el pacto que constituyese a la mujer en jefe y cabeza de familia, o la autorizase a obrar sin licencia en los casos que le fuera necesaria, y el que la privase de suceder en la patria potestad ⁴⁸).
- 3.º Las contrarias a disposiciones prohibitivas de la ley (como sería el pacto por el que los cónyuges pudieran hacerse donaciones recíprocas durante el matrimonio).
- 4.º Cualquier pacto que privare al marido de la administración de los bienes del matrimonio.

El Proyecto de Ley de Bases de 1885 dedicaba, originariamente, tres de sus bases al tema de las capitulaciones ⁴⁹. Una de ellas, la 22, fue suprimida en el dictamen emitido por el Congreso sobre el Proyecto de la Ley de Bases que le cursó el Senado ⁵⁰. De acuerdo con una de estas bases, que quedó definitivamente como la número 22 («El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte el contrato o sea deficiente, los esposos han querido establecerse bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales...»), el artículo 1315,1.º del Código civil establece que «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». El artículo siguiente, el 1316,1.º quedaba redactado siguiendo la desaparecida base 22: «En los contratos a que se refie-

⁴⁷ J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Op. cit.*, p. 206, n. 33.

⁴⁸ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias... cit.*, vol. 2.º, art. 1239, p. 257.

⁴⁹ Base 21: «El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges sin otras limitaciones que las señaladas en el Código, entendiéndose que cuando falte contrato o sea deficiente, se considerará constituida la sociedad conyugal bajo el régimen dotal y gananciales...»

Base 22: «En armonía con los principios establecidos en la teoría general de las obligaciones, no se podrá pactar en la sociedad conyugal, ni se tendrá por válido nada contrario a las leyes, a las costumbres, ni depresivo a la autoridad que corresponda en la familia a cada uno de los cónyuges, ni opuesto a las disposiciones prohibitivas del Código sobre condiciones del matrimonio, subsistencia del vínculo, divorcio, sucesión, tutela y sujeción a las legislaciones extranjeras o extrañas al fuero de los cónyuges.»

Base 23: «Los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio se podrán otorgar por los menores en actitud de contraerlo, debiendo concurrir a su otorgamiento y completando su capacidad las personas que según el Código deben prestar su consentimiento a las nupcias; deberán constar en escritura pública si exceden de cierta suma, y en los casos que no llegue al máximo que se determine, en documento que reúna alguna garantía de autenticidad».

⁵⁰ J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación... cit.*, IV-I, pp. 465-466.

re el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges».

II.2 CONTENIDO

En relación al contenido de las capitulaciones matrimoniales, es evidente que se admite la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges en todo lo relativo al régimen económico de la familia que se va a constituir. Los esposos podrán estipular un régimen *ad hoc*, ya sea regulándolo con detalle o bien designándolo por su nombre y dejando su regulación al intérprete, modificar el régimen legal o, incluso, eliminar éste, sin otra previsión, y con la consecuencia del 1364 (que prevé la aplicación de los preceptos del título dedicado a la regulación de la dote). Esta es la materia propia de los capítulos matrimoniales, los cuales son, específicamente, el instrumento que contiene estipulaciones relativas al régimen económico del matrimonio. Pero como ya señalamos anteriormente, además de ello, los capítulos suelen contener —entre otras cosas— el inventario de las aportaciones de los cónyuges para demostrar su procedencia privativa y evitar que se consideren bienes gananciales en la liquidación, en virtud de la presunción del artículo 1407 del Código civil.

En las explicaciones e interpretación que da Molleda ante el Congreso sobre lo que el legislador pudo querer decir con la base 22 del Proyecto de Ley de Bases de 1885, alude al contenido de las capitulaciones al señalar que «lo que con ella se quiso establecer, fue que los cónyuges pudieran estipular libremente cuanto tuvieran por conveniente acerca de la conservación del dominio de los bienes respectivamente aportados a la sociedad conyugal, acerca de la naturaleza de esos mismos bienes en lo que toca a las aportaciones de la mujer, acerca de la participación que hubiera de tener cada cónyuge en las utilidades y ganancias de la sociedad conyugal, y por último, acerca de las garantías que habrían de exigirse al marido para la devolución de los bienes de la mujer al tiempo de disolverse o anularse el matrimonio por causa legítima»⁵¹.

Puede decirse, por tanto, que las capitulaciones matrimoniales son un acto complejo, en el que cabe diferenciar un contenido típico o estricto de las capitulaciones y un contenido accesorio o no necesario. El contenido típico sería la determinación del régimen económico del matrimonio; el accesorio, consistiría en declaraciones relacionadas con el matrimonio o la familia, pero pertenecientes a esferas jurídicas ajenas al régimen económico conyugal. En relación a estas últimas, alude Lacruz a la posibilidad de incluir determinados pactos y determinaciones de contenido no matrimonial, como serían negocios jurídicos que sólo ocasionalmente consten en los capítulos, negocios jurídicos

⁵¹ *El Código civil. Debates... cit.*, t. I, intervención de Molleda ante el Congreso en la sesión de 4 de abril de 1889, núm. 86, p. 2297.

familiares que no supongan una aportación al matrimonio, contratos sucesorios en la medida que los permite el Código civil y pactos sobre relaciones y derechos personales y familiares. El citado autor, en definitiva, clasifica el contenido de las capitulaciones de la siguiente forma:

a) Los pactos relativos al régimen económico del matrimonio: determinación del régimen y pactos conexos (por ejemplo, modo de administración de los bienes), aportaciones patrimoniales afectas al levantamiento de las cargas del matrimonio, etc.

b) Las atribuciones patrimoniales no modificativas del régimen económico: donaciones *propter nuptias*, entre los futuros cónyuges o las realizadas por terceros, pactos sucesorios permitidos por la ley, etc.

c) Los negocios de derecho de familia no patrimoniales: reconocimiento de un hijo.

d) En general, los actos y negocios que pueden y deben constar en escritura pública⁵².

Después de la reforma de 2 de mayo de 1975, cabe otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de celebrado el matrimonio «estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros» (art. 1315), pudiendo los cónyuges de común acuerdo modificar el régimen económico convencional o legal del matrimonio (art. 1320). Tras esta reforma, en opinión de Garrido Palma, aumenta el rango y la importancia de las capitulaciones, hasta poder llegar a concebirlas como el «estatuto o la carta fundamental de la familia»⁵³.

II. 3 LÍMITES

El verdadero problema que se plantea en este tema surge a la hora de determinar los límites en los que se encuadra la libertad de disposición con que cuentan los esposos al pactar el contenido de las capitulaciones matrimoniales. ¿Pueden incluir cualquier tipo de pactos o su libertad está restringida de alguna manera?. Las primeras explicaciones por parte de la doctrina surgen a raíz de la interpretación de las palabras «sin otras limitaciones que las señaladas en el Código» que aparecen en la ya citada base 22. En las discusiones parlamentarias para la aprobación del Proyecto de Ley de Bases de 1885, el senador Fabié intervino para declarar la nulidad del acuerdo por el que se pactara en favor de la mujer la administración personal de los bienes que aportara al matrimonio, así como la facultad de disponer de esos productos según tuviera por conveniente. En un primer momento el senador se apoya para justificar su opinión en razones

⁵² J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Curso de Derecho de familia... cit.*, pp. 289-290.

⁵³ M. GARRIDO DE PALMA, «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económicos matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», en *Revista de Derecho notarial*, año XXIV, núms. XCIII-XCIV, julio-diciembre 1976, pp. 7-65, esp. p. 13.

exclusivamente morales⁵⁴, pero más tarde se funda en que los bienes de ambos cónyuges deben aplicarse en primer término en el levantamiento de las cargas de la familia. Tampoco se podría pactar nada respecto de la disolución del matrimonio, acerca de poder del padre sobre sus hijos, respecto de la tutela, etc., y mucho menos acerca de si han de estar sometidos los individuos que constituyen el matrimonio y sus descendientes a las legislaciones extranjeras⁵⁵.

Benito Gutiérrez cita como ejemplos de pactos que los futuros cónyuges no podrían hacer en virtud de la base 22, que sea la mujer la que administre, y no el marido, los bienes del matrimonio, que sea ella la que pueda enajenarlos o que se necesite el concurso de los hijos. Todo ello supondría hacer depender la autoridad del marido de la mujer, limitar las facultades de que ampliamente puede y debe disponer en utilidad de la familia y para bien de sus hijos»⁵⁶.

Gamazo, aclara, en nombre de la Comisión, que «...al redactar la base en los términos en que la hemos presentado al congreso, hemos entendido que quedaba por única limitación de la libertad de contratar sobre los bienes del matrimonio la que pudiera afectar al orden de la familia; es decir, a lo que en términos técnicos llamamos derecho necesario. Fuera de eso, entendemos que no puede haber limitación de ninguna clase. Hemos consagrado el principio absoluto de la contratación, y sería verdaderamente extraño que, afirmando la libertad pusiéramos limitaciones, de tal modo vagas e indeterminadas, que pertubaran esa libertad. No hemos entendido eso, vuelvo a decirlo: la única traba que hallarán los esposos al concertar sus capitulaciones serán las prescripciones del derecho absoluto o necesario sobre el cual no puede el Estado hacer abdicación de ninguna clase...»⁵⁷.

El artículo 1316 del Código civil restringe la libertad de pacto de los futuros cónyuges al prohibir que dichos acuerdos vayan contra la ley, las buenas costumbres o sean depresivos de la autoridad que respectivamente les corresponde en la familia.

La «ley» a la que se refiere el precepto es la de carácter imperativo, no dispositivo, por lo que será necesario determinar el carácter de la norma presumiblemente vulnerada por la estipulación capitular⁵⁸. En cuanto al límite de las buenas

⁵⁴ «...pero la verdad es que esta base despierta ese orden de ideas en virtud de las cuales hemos de llegar, o parece que hay quien quiere llegar, yo no soy de esos, a la completa igualdad de los sexos, a la concesión de derechos políticos a la mujer; en una palabra, a convertir este ser, que tiene su especialidad y valor propio, en una especie de *Virago* que yo desde luego abomino, y que no me parece que es el que ha creado la naturaleza y, sobre todo, el cristianismo, para el desarrollo y existencia de las sociedades modernas...» (El *Código civil. Debates parlamentarios...* cit., t. I, intervención del senador Fabié en la sesión de 28 de abril de 1885, núm. 111, p. 2313).

⁵⁵ *Op. cit.*, t. I, sesión de 29 de abril de 1885, núm. 112, p. 2320.

⁵⁶ *Op. cit.*, t. I, intervención de B. Gutiérrez en el Senado, sesión de 29 de abril de 1885, núm. 112, p. 2321.

⁵⁷ *Op. cit.*, t. I, intervención de G. Gamazo en el Congreso, sesión de 9 de abril de 1888, núm. 88, p. 2339.

⁵⁸ Garrido Palma destaca las dificultades que entraña la aplicación real de reglas generales, como ésta que prohíbe pactos o estipulaciones en capitulaciones matrimoniales contrarias a las leyes imperativas (*Vid. M. Garrido de Palma, Las capitulaciones matrimoniales... cit.*, p. 17).

costumbres, se concreta en el estándar ético-social de comportamiento. Se trata, pues, de un límite relativo regido por los criterios éticos socialmente imperantes en una determinada sociedad y en un determinado momento histórico⁵⁹.

Molleda, aludiendo en el Congreso a este precepto, señaló que de las limitaciones que contiene, la única adecuada es la tercera, ya que los pactos contrarios a las leyes, a las buenas costumbres y a la moral, aunque no estuvieran determinados en el Código, siempre deben tenerse como nulos en todos los contratos. Por tanto, en su opinión, la única limitación que encuentran los pactos nupciales es que sean depresivos de la autoridad de cualquiera de los cónyuges, limitación que aparece recogida en el Código de forma «vaga, incierta, oscura y dudosa», y puede dar lugar a distintas interpretaciones⁶⁰. Esto entraña graves peligros, pudiéndose llegar por este camino a anular completamente la autoridad del padre dentro de la familia⁶¹.

⁵⁹ Como ejemplos de pactos que se reputarían prohibidos por las leyes, cita Scaevola los que establecieran los futuros cónyuges permitiéndose donaciones entre ellos durante el matrimonio o autorizando a uno de ellos para hacerlas en favor de los hijos que el otro tuviera de distinto matrimonio o a las personas de quienes fuese heredero presunto al tiempo de la donación. Asimismo sería nulo en tal sentido el pacto o cláusula que eximiera al marido, desde un principio y en las propias capitulaciones, de la obligación de inscribir a su nombre e hipotecar en favor de su mujer los bienes inmuebles y derechos reales que recibe como dote estimada y otros bastantes para garantizar la estimación de aquéllos, e igualmente de asegurar con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes que como dote estimada se le entregasen, según prescribe el artículo 1349. Lo mismo podría decirse del caso del artículo 1384, es decir, cuando el marido, por habérsele entregado en administración los bienes parafernales, quede en general obligado a constituir hipoteca por el valor de los muebles que reciba o a asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales (*Vid. Q. MUCIUS SCAEVOLA, Código civil comentado... cit.*, t. XXI, p. 209).

Como contrarias a la moral o a las buenas costumbres, cita como ejemplo Manresa las estipulaciones referentes a fijar como pena de la infidelidad una multa en dinero o especies, privar a los cónyuges del derecho de pedir la separación en caso de adulterio, y otras análogas a la naturaleza «repugnante o vergonzosa», como las que envuelvan una compra del esposo o de la esposa, o del consentimiento de los padres, etc. (*Vid. J. M. MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al Código civil... cit.*, t. IX, p. 141).

⁶⁰ Es evidente que Molleda tiene razón en este último punto; como muestra, veamos la curiosa interpretación que Scaevola hace de las palabras del Código: «Si al marido hay que suponerle, como el más indicado, dispensador de protección, representación, fuerza y dirección para con su mujer e hijos, siendo además el llamado a suplir la imperfecta capacidad jurídica, en determinados casos, de una y otros; y la mujer ha de responder a los dictados de la obediencia, debilidad y sumisión, siendo la educadora del sentimiento, ama de casa, dispensadora de gracias, lazo de unión en el hogar, natural directora de la vida física y espiritual de sus hijos pequeños y, en fin, cumplidora de los sagrados deberes de la maternidad y de los de fiel y cariñosa compañera de su marido, serán pactos depresivos, en vista de ese reparto de funciones que la Naturaleza y las legislaciones de común acuerdo establecieron, los que contengan las capitulaciones y contradigan alguno de esos atributos y predicados del general sentur» (*Vid. Q. MUCIUS SCAEVOLA, Código civil comentado... cit.*, t. XXI, p. 215).

⁶¹ En opinión de Abella, esto no llegará a ocurrir, pues «afortunadamente, este artículo será letra muerta en España, porque ninguna mujer exigirá de su marido que abdique oficialmente en la autoridad de cabeza de la familia, que dentro y fuera del hogar le corresponde por derecho natural, sancionado por nuestras costumbres, ni hombre alguno será capaz de llegar al extremo de envilecimiento que significaría el permitir que su mujer, o un extraño apoderado por ésta al efecto, administrase los bienes de su consorte con mengua de su dignidad personal» (*Vid. Código civil... cit.*, pp. 383-384, n. 1).

Añade el citado diputado que al no establecerse en el Código las reglas oportunas para limitar la libertad de estipulación acerca de la administración de los bienes en el matrimonio, se plantean dudas tan importantes como determinar si es posible estipular la completa separación de bienes, la total separación de la administración, que sea la mujer y no el marido quien desempeñe la administración o, incluso, que la tengan otras personas de la familia, que los bienes y sus productos dejen de destinarse al sostenimiento de las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal, etc. Sería necesario en todos estos casos acudir a los tribunales de justicia para que decidieran si esos pactos son depresivos de la autoridad de los cónyuges, y para ello sólo contarían con reglas demasiadas vagas, oscuras y peligrosas, que se prestan a interpretaciones diferentes.

También destaca Molleda la ausencia en el Código de reglas para el caso de que los esposos no quisieran subordinarse ni al régimen dotal, ni al parafernial, ni al de gananciales y, en su lugar, establecieran arbitrariamente aquellas convenciones que tuvieran por conveniente. En definitiva, concluye, lo que hace el Código es establecer la libertad absoluta de estipulación, pero sin detenerse a incluir excepciones o reglas que moderen, atemperen o regulen el ejercicio de esa libertad ⁶².

Augusto Comas recomienda también el establecimiento de «moldes lícitos que someter a la voluntad de los contrayentes». La libertad de los esposos debería estar, en su opinión, en la posibilidad de elegir uno de los tres sistemas económicos —el dotal, el parafernial o el de gananciales— que previamente el Código hubiese establecido y regulado; si no hacen expresamente la elección, se entendería aceptado el régimen ganancial ⁶³.

Tanto Molleda como el senador Comas desean excluir, según hemos visto, la posibilidad de que los contrayentes pacten las cláusulas que crean conveniente, con independencia de que pertenezcan o no a alguno de los regímenes económicos del matrimonio que regule el Código civil; por el contrario, en opinión de ambos, los esposos deben someterse necesariamente a uno de los sistemas contemplados expresamente en el texto. Pero como destaca Mucius Scaevola, nuestro legislador no impone un sistema determinado de entre los establecido en otros códigos, sino que los admite todos y permite la combinación de unos y otros, incluso de los elementos de varios, parcialmente entresacados y enlazados ⁶⁴.

También expresa su parecer sobre esta cuestión el diputado Rodríguez San Pedro. Cree que hubiera sido mejor copiar los artículos correspondientes de los códigos extranjeros, del italiano, por ejemplo, del francés o, en fin, de aquéllos en los que se inspira el precepto de nuestro Código civil, «que cuidan

⁶² *El Código civil. Debates... cit.*, t. I, intervención de Molleda ante el Congreso, sesión de 4 de abril de 1889, núm. 86, pp. 2296-2303.

⁶³ *Op. cit.*, t. II, intervención del senador Comas en la sesión de 7 de febrero de 1889, núm. 39, p. 574.

⁶⁴ Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado... cit.*, t. XXI, p. 196.

de expresar terminantemente cuál es esa materia que se reputa inalterable de interés público, que no puede ser cambiada por las capitulaciones matrimoniales o por estipulaciones particulares que tocan a la verdadera autoridad marital, pero completamente definidas allí, como la legítima de los hijos y las relaciones de los cónyuges dentro del matrimonio; de tal manera, que así cada uno de los que intervienen en una estipulación de esta clase sabe de antemano cuál es la materia lícita de esa estipulación, y no se expone a incurrir, por vaguedad de la ley, en falta que no puede prever, pero que deja en una completa inseguridad sus derechos y obligaciones...»⁶⁵.

Pero lo que realmente preocupaba a estos parlamentarios —como ya se ha podido intuir— y, en general, a toda la doctrina, es el hecho de que esta libertad de pacto pueda conducir a excluir al marido de la administración de los bienes del matrimonio y otorgarla a la mujer o, incluso, a terceras personas. Ello supondría, en opinión de los más tradicionales, la destrucción de la familia castellana.

Es de nuevo A. Comas⁶⁶ quien explica —de forma bastante apasionada— esta cuestión, advirtiendo a los miembros del Senado de los peligros e incongruencias a los que conduciría la posibilidad de que los futuros cónyuges pactaran que fuera la mujer, o un tercero, quien se encargara de la administración del matrimonio. En primer lugar constata que en nuestros precedentes legales no hay ningún cuerpo legal que haya consentido nunca entregar la administración de los bienes a la mujer o a un extraño. De la misma forma, el Proyecto de Código civil de 1851 (art. 1210) y la Ley de Matrimonio civil de 1870 (art. 60) establecían expresamente la nulidad de cualquier pacto que privara directa o indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio. Incluso el anteproyecto de Código civil que le fue remitido el 30 de abril de 1888 establecía en su artículo 1332 que «la mujer no podrá privar al marido por las capitulaciones de la administración de los bienes todos de los dos cónyuges».

A continuación, se pregunta Comas a qué pudo deberse la supresión de ese artículo 1332 que figuraba en el Anteproyecto de Código civil al menos hasta el 30 de abril de 1888, y a quién se debía dicha reforma. La misma no podría justificarse por el deseo de avanzar en la unificación del derecho, puesto que este principio no existía en ninguna de las legislaciones forales. Tampoco podría alegarse en su favor que se tratara de un acto de voluntad del marido, ya que «estos asuntos, de los cuales depende la importancia y el ejercicio de la jefatura de la familia ¿pueden jamás estar entregados a un mero acto de volun-

⁶⁵ *El Código civil. Debates... cit.*, t. II, intervención de Rodríguez San Pedro en el Congreso, sesión de 16 de abril de 1889, núm. 96, p. 2569.

⁶⁶ El Senado recibe el 17 de diciembre de 1888 una comunicación al Gobierno dando cuenta de la publicación del Código civil; nombrada la correspondiente comisión, ésta emitió su dictamen favorable el 26 de enero siguiente. Comas ocupó el primer turno en contra de dicho dictamen a lo largo de dos sesiones y otra casi para rectificar el 7 de febrero de 1889, en total diez horas, lo que dio a la discusión en el Senado el valor literatura jurídica (*Vid. J.F. LASSO GAITE, Crónica... cit.*, IV-1, pp. 589-593).

tad?». Además, esta voluntad podía estar viciada por la pasión y sentimientos del momento, próximo a la celebración del matrimonio. Para dar más efecto a su exposición, Comas plantea el caso extremo en que dos menores de edad, de 14 y 12 años respectivamente, huérfanos de padre, celebren capitulaciones y uno de ellos fuera víctima de una trama de codicia por parte de las personas que concurran a su otorgamiento («¡Ah, tener un hombre comprometida toda su suerte a los 14 años; comprometidos todos sus bienes para toda la vida, sin poder revocar jamás esas capitulaciones que se han arrancado a la inexperiencia de la edad!»).

¿Y cómo va a hacer frente el marido a las obligaciones que le impone la ley de educar a los hijos, defender a la mujer, alimentarla, etc., si ella tiene todos los bienes, propios y comunes, y sus frutos y rentas? Porque la solución no puede estar —dice— en que sea el juez quien obligue a la mujer a entregar a su marido lo que necesite para el levantamiento de las cargas que le impone la ley, pues se estaría metiendo a la justicia en las cuestiones que surgen entre los cónyuges todos los días.

Concluye Comas su intervención haciendo una especie de vaticinio: «...podrán (las legislaciones forales) discutirlo todo, menos romper la gestión de la administración en la familia española, que no se ha roto jamás, y me atrevo a deciros que no la rompereis vosotros; porque cuando una ley está en contra de la naturaleza de un pueblo, el pueblo se sobrepone a la ley, porque tiene razón»⁶⁷.

No puede considerarse incluída, sin embargo, entre las limitaciones que afectan a los que otorgan sus capitulaciones, que el marido haya de ser siempre el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal. Primero, porque el artículo del Proyecto de 1851 que prohibía este pacto de forma expresa no ha pasado al Código —dice Navarro Amandi que por encontrarlo poco liberal y contrario a la igualdad de derechos entre marido y mujer⁶⁸—; y segundo, porque expresamente autorizan el pacto en contrario los artículos 59 y 1412. Pero estos preceptos, al permitir, respecto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, estipulación en contra del derecho del marido, se refieren única y exclusivamente, en casos normales al menos, según indica Manresa, a la posibilidad de que la mujer administre. La administración conferida a un tercero, sea padre, pariente o extraño, se refiera a todos los bienes de la sociedad conyugal o a una parte de ellos, es en opinión de este autor «una anomalía inconcebible en nuestro derecho». Sólo tiene explicación en casos como el del artículo 50, siendo menor de edad el marido, aunque no deja de parecer un castigo. La sociedad conyugal está constituida exclusivamente por el marido y la mujer, y éstos, antes de casarse, son los únicos otorgantes propios de las capitulaciones matrimoniales. Que la administración de los bienes de una sociedad se confiera a un tercero que no sea socio, es un

⁶⁷ *El Código civil. Debates... cit.*, t. II, intervención de Comas ante el Senado, sesión de 1 de febrero de 1889, núm. 35, pp. 493-496.

⁶⁸ *Vid. Cuestionario del Código civil... cit.*, t. IV, p. 140.

absurdo y que la de los bienes de la sociedad conyugal se confieran a un extraño, es más absurdo todavía. Y concluye que no hay un solo artículo en el Código que autorice una interpretación tan extensiva ⁶⁹.

Las dudas en esta cuestión –como en tantas otras– persisten necesariamente mientras está teniendo lugar en la sociedad un cambio de mentalidad, que habrá de culminar con la declaración del principio de igualdad. En este proceso, la Ley de 2 de mayo de 1975 sustituyó el tercero de los límites que establecía el artículo 1316 del Código (que los pactos «sean depresivos de la autoridad que respectivamente les corresponda en la familia») por otro: que no fuese contrario a los fines del matrimonio. Este nuevo límite, sin embargo, no fue bien aceptado, en general, por la doctrina por entenderse que las estipulaciones que podrían atentar contra los fines matrimoniales no son materia de adecuada inclusión en capitulaciones, y por la excesiva vaguedad del concepto «contrario a los fines del matrimonio». Dichos fines son considerados por algunos como inmutables ⁷⁰, mientras que otros los consideran dependientes de la concepción política dominante. La expresión relativa a «pactos depresivos de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges» tenía que ser suprimida por entender el legislador que era contrario al criterio inspirador de la ley reformadora de equiparación jurídica de marido y mujer (no toda la doctrina estaba de acuerdo con ello). Pero su sustitución en la reforma de 1975 no se consideró acertada, sufriendo una nueva alteración en la Ley de 13 de mayo de 1981 ⁷¹, que establece la prohibición de que los capítulos limiten la igualdad jurídica entre los cónyuges ⁷². Este límite no es más que una concreción del principio constitucional de igualdad de los cónyuges (art. 32 CE), reiterado también en el artículo 68 del Código civil. Además, el principio de igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE).

Álvarez-Sala entiende que «la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» no se refiere exclusivamente a la igualdad de los derechos puramente familiares, prohibiendo, sólo, cualquier estipulación capitular que implique, en la esfera de las relaciones personales entre los cónyuges y de actuación de su respectiva personalidad jurídica, cualquier potestad exclusiva de un cónyuge sobre el otro; la nulidad afectaría además, en su opinión, a

⁶⁹ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil...cit.*, t. IX, pp. 150-151.

⁷⁰ Así lo defiende encarecidamente, por ejemplo, GARRIDO DE PALMA (*Vid. Las capitulaciones matrimoniales... cit.*, pp. 18-22).

⁷¹ En esta reforma los artículos 1315 a 1326 del Código se sustituyen por los nuevos 1325 a 1335.

⁷² En la redacción inicial del proyecto de la reforma presente, según el texto publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 14 de septiembre de 1979, el artículo 1326 declaraba la nulidad de cualquier estipulación capitular «depresiva de la potestad que corresponda en la familia a cada cónyuge». El Informe de la Ponencia, en el seno del Congreso de Diputados, según el texto publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 22 de mayo de 1980, aconsejó mantener esta redacción; sin embargo, se modifica por el dictamen de la Comisión (Boletín de 1 de diciembre de 1980), y así se pasó a la definitiva fórmula del artículo 1328.

cualquier estipulación capitular limitativa de la igualdad de derechos patrimoniales entre los cónyuges⁷³.

El artículo 1317 del Código incorpora también una limitación a la libertad de los futuros cónyuges a la hora de convenir sus capitulaciones matrimoniales, pues en virtud de dicho precepto se van a considerar nulos los pactos en los que declaren someterse, de una manera general, a una legislación foral determinada por lo que se refiere al régimen económico del matrimonio. Esta norma procede del Proyecto de 1851, que a su vez la recibe del Código de Napoleón, donde tal disposición amplía el objetivo de impedir que, mediante pacto, se diera vigencia a las antiguas costumbres, que el Código unificador había derogado *in complexu*⁷⁴. Desde el Proyecto de 1851, afrancesado y fuertemente unificador también, la norma pasa a nuestro derecho civil, donde ya no puede tener el mismo encaje que en el proyecto isabelino o su modelo napoleónico, porque el Código de 1889 respeta la vigencia de las costumbres y derechos regionales (arts. 12 y 13).

El artículo fue criticado especialmente por los tratadistas y oradores que en las cámaras legislativas representaban las regiones forales. Los autores de derecho común, por el contrario, encuentran justificado el artículo alegando diversas razones: que sería peligroso autorizar a los contrayentes para adoptar de una manera general alguno de los sistemas matrimoniales de territorio foral, incongruentes con la legislación de Castilla; por su carácter unificador, que prepara el tránsito de las legislaciones forales a una común; y por la oscuridad y confusión de las legislaciones forales, en las cuales no puede precisarse bien la regulación del régimen matrimonial.

El legislador revela respecto de este precepto una gran inseguridad, pues comparándolo con el correspondiente de la edición anterior del Código⁷⁵, se

⁷³ J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, año XXVIII, núm. CXII, abril-junio 1981, pp. 7-56, esp. p. 9.

⁷⁴ Este artículo copia el 1390 del Código civil francés, pero con la diferencia de que cuando, con este último, se prohibía adoptar el régimen de una *coutume* abrogada mediante una simple referencia a ella se pretendía, de una parte evitar que las antiguas costumbres se siguieran manteniendo por la fuerza de la tradición, provocando la continuación de la diversidad que se tendía a evitar con la publicación del Código general, y de otra conseguir una finalidad de certidumbre jurídica, evitando las referencias a regímenes a veces no bien definidos, y que por la fuerza de las cosas habrían de ser cada día más difíciles de conocer. Pero la ley no impedía adoptar las disposiciones de estas antiguas costumbres escritas transcribiéndolas, mientras no contuvieran nada contrario a las leyes modernas.

⁷⁵ Por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 se ordena la publicación de la primera edición del Código civil en la *Gaceta de Madrid*. Sin embargo, la Sección civil siguió reuniéndose e introdujo reformas y novedades en él, provocando graves censuras. Otro Real Decreto, de 11 de febrero de 1889, prorrogó hasta el primero de mayo del mismo año el plazo para la entrada en vigor del Código y la Ley de 26 de mayo de 1889 ordena al Gobierno hacer una nueva edición del Código civil, publicándose el texto de la edición reformada por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Ante las críticas vertidas en los debates parlamentarios, la Sección de la Comisión Codificadora eleva el 30 de junio al Ministro de Gracia y Justicia una exposición en la que se expresan los fundamentos de las enmiendas y adiciones introducidas en el texto del Código, a la que sigue una relación de los artículos modificados, entre los que aparece el 1317 (Vid. J. F. LASSO GAITE, *Crónica... cit.*, IV-1, pp. 627-629).

advierten entre ambos diferencias tan significativas, que acusan claramente la diversidad de criterio sobre los motivos de haberse pactado tal disposición. En la primera edición del Código se decía literalmente: «se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges, naturales de las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, con arreglo al artículo 12, se someterán a los fueros de otros lugares distintos, y no a las disposiciones generales de este Código». Como vemos, en la edición anterior del Código el legislador se proponía un objeto muy diferente al que revela el reformado artículo 1317. Allí las prevenciones eran para los contrayentes sujetos a la legislación foral, a fin de que no llevaran la confusión al régimen económico de su matrimonio, mezclando distintas legislaciones en sus relaciones jurídico-civiles, pues para otros actos de su vida, aun dentro de la esfera matrimonial y en lo de no aplicación general a todo el reino, habían de entenderse sometidos a los fueros de su lugar de origen. En la edición definitiva del Código, las advertencias se dirigen a los regidos por el derecho civil común, para que al capitular su matrimonio sepan que no pueden someterse a ningún régimen foral. La razón de sustituirse un precepto por otro está, en opinión de Scaevola, en que, al no ser el artículo 1317 de aplicación general obligatoria para todas las provincias del reino, cada legislación foral tenía resuelto ya ese punto, es decir, la permisón o prohibición de someterse en cuanto al régimen económico del matrimonio a principios de otro derecho foral distinto del que corresponde obedecer a los que estipulan sus contratos matrimoniales. El texto definitivo del artículo 1317 supone una merma de la libertad de estipulación del 1315, impuesta por consideraciones de orden público, y también un nuevo intento por la unificación de nuestro derecho civil, en compensación —dice— de las notorias concesiones hechas al programa jurídico de las regiones forales. Con este artículo el legislador se propone atraer, llamar hacia el derecho común, a los que ante él están obligados, y no autorizarles para que elijan vaga y genéricamente una legislación excepcional y especial. Con otras palabras, el legislador no quiere que los españoles regidos por el derecho común puedan renunciar a su legislación, manifestando con declaraciones genéricas, que optan por alguna de las regiones donde rige un derecho excepcional. Y concluye Mucius Scaevola indicando que, puesto que en sus capitulaciones los otorgantes tienen facultades soberanas para establecer sus pactos en materia de régimen económico de la futura familia, pueden elegir algún tipo de entre los numerosos que la legislación foral contiene, no opuesto a los normas fundamentales del derecho familiar común. La acción del legislador no podría llegar en esta materia hasta el extremo de rechazar por sospechoso un pacto de los contenidos en unas capitulaciones matrimoniales sólo por inspirarse en alguno de los preceptos de los fueros vigentes en determinados territorios de España ⁷⁶.

⁷⁶ Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado... cit.*, t. XXI, pp. 216-220.

Navarro Amandi justifica el artículo 1317 en términos muy semejantes, recurriendo también a motivos de orden público, «pues siendo lícito aceptar una por una todas las reglas de esos fueros y costumbres, como las de cualquier Código extranjero, no puede admitirse que en términos generales se escriba una cláusula de sumisión a una ley distinta del Código»⁷⁷.

Para Manresa el artículo 1317 no supone ningún ataque hacia los territorios que conservan una legislación civil especial. Este precepto no se opone a que los futuros contrayentes, sean o no castellanos, adopten en el territorio de Castilla el sistema vasco, o el catalán, o el que tengan a bien. El citado precepto no sacrifica los fueros al principio de unidad; lo que no tolera es la confusión, la vaguedad, la indeterminación en los derechos de los cónyuges. Reconoce simplemente que los fueros, como las legislación antigua de Castilla, constituyen una amalgama de preceptos diversos, no siempre claros, y a veces contradictorios, y por ello exige que se aclare, que se determine, que se exprese detalladamente el sistema que ha de regir, con todos sus efectos⁷⁸.

Estos argumentos no se muestran muy convincentes: ni la falta de claridad de los derechos forales es tal que no pueda conocerse cuál haya de ser el régimen matrimonial supletorio, aun en muchas ocasiones con mayor certeza que el configurado incompletamente en unos capítulos matrimoniales, ni el hecho de que los sistemas matrimoniales de alguna región sean en parte contrarios a la legislación castellana puede impedir que se pacten en aquello que no lo sean; además, la complicación que se trata de evitar puede producirse también por la reproducción de las normas forales referentes a un régimen determinado de bienes, en la capitulación matrimonial. Como apunta Lacruz, un Código que mantiene a su lado las legislaciones forales y sienta el principio general de la reciprocidad entre éstas y la común, no puede simultáneamente establecer una norma tan depresiva para las mismas⁷⁹.

El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946, en su conclusión tercera, pidió la abrogación del citado artículo 1317 que impedía la comunicación de los regímenes matrimoniales⁸⁰, y tras la reforma de 1981 desaparece.

Algún autor se ha mostrado contrario a la eliminación del artículo 1317. Es el caso de Juan Álvarez-Sala, para quien dicha norma «no pretendía restringir la vigencia de las legislaciones forales sino, al contrario, impedir que se restringiera la vigencia del Derecho Civil Común mediante la remisión

⁷⁷ M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil... cit.*, t. IV, p. 139.

⁷⁸ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil... cit.*, t. IX, p. 156.

⁷⁹ J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Derecho de familia... cit.*, p. 295, n. 13.

⁸⁰ Con una visión práctica, algunos autores optaron durante la permanencia de este precepto en el Código por hacer del mismo una interpretación racional. En virtud de la misma entiende M. Garrido Palma que, atendiendo al artículo 1317, no cabría someterse de modo abstracto, general e indeterminado a un régimen de derecho foral, pero sería perfectamente viable pactarlo especificando su contenido, incluso copiando libremente los preceptos forales pertinentes. También cabría, en su opinión, regular en capitulaciones lo esencial del régimen pactado para después remitirse en los demás a un régimen económico matrimonial de derecho foral (*Vid. Las capitulaciones matrimoniales... cit.*, p. 24).

capitular que los cónyuges a él sujetos pudieran hacer en bloque a alguna legislación foral para regular sus relaciones económicas. La actitud del antiguo artículo 1317 frente a los derechos forales era sólo de defensa y no de hostilidad [...] norma digna de ser imitada y haberse reproducido en las Compilaciones, con técnica más precisa, o incluso en la reforma del Título Preliminar, con alcance general en nuestro ordenamiento jurídico»⁸¹. El citado autor entiende que la finalidad exclusiva de la norma en cuestión era preservar la vigencia de las normas imperativas de la legislación común personal de los otorgantes. Por ello, tanto si los capítulos remitiesen al régimen de un país extranjero que a una legislación foral, de manera general o por medio de minuciosa transcripción de sus preceptos, el efecto sancionador del antiguo artículo 1317, conforme a una adecuada interpretación correctora –dice Álvarez-Sala– no podía ser sino el de la nulidad parcial y no total de la cláusula contraventora, ineficaz sólo en la medida en que la legislación remitida fuese sustancialmente incompatible con la personal de los otorgantes⁸².

II. 4 REQUISITOS

En cuanto a los requisitos que se exigen para la validez de las capitulaciones matrimoniales, hay que aludir, en primer lugar, a la capacidad requerida a los sujetos de los capítulos para otorgarlos y, en segundo lugar, a los requisitos formales que han de concurrir en las capitulaciones.

Los únicos sujetos esenciales de los capítulos son los futuros cónyuges. Pueden intervenir, además, otras personas (generalmente los padres o parientes de los cónyuges), cuando les hacen donaciones o constituyen dote a la esposa, o los asisten para complementar su capacidad. En definitiva, se puede distinguir entre sujetos esenciales, asistentes y sujetos no esenciales o accidentales. Los primeros son sólo los futuros cónyuges, que forman parte de todas las estipulaciones contenidas en los capítulos. Los asistentes son las personas que, en determinados supuestos, deben concurrir para completar la capacidad de uno de los futuros cónyuges o de ambos. Finalmente, sujetos no esenciales o accidentales son los que intervienen concediendo algún derecho (por ejemplo, el donante en una donación *propter nuptias* que conste en las capitulaciones). La intervención de los mismos no es necesaria, salvo en la modificación de las capitulaciones si vivieren y la modificación afectara derechos concedidos por ellos.

La capacidad que se exige a los otorgantes viene determinada desde antiguo por el axioma, adaptado de textos romanos, *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Inspirándose en él, García Goyena formuló una regla de capacidad que ha pasado hoy al Código a través de la base 23, según la cual «los

⁸¹ J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio... cit.*, pp. 43-44.

⁸² J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER, *Op. cit.*, p. 48.

contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio se podrán otorgar por los menores en aptitud de contraerlo, debiendo concurrir a su otorgamiento y completando su capacidad las personas que, según el código, deben prestar su consentimiento a las nupcias». De aquí se tomó, casi literalmente, el artículo 1318 que, para aclarar la discusión promovida en torno a los incapacitados en la doctrina francesa e italiana, se completó con el 1323.

Según el artículo 1318 «el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales, pero únicamente serán válidas si, a su otorgamiento, concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor a fin de contraer matrimonio»⁸³. El menor que con arreglo a la ley puede casarse es el menor emancipado y el menor de catorce años que ha obtenido la correspondiente dispensa. El Código civil extiende aquí la capacidad para capitular a esposos que no la tendrían según las reglas comunes, modificando la regla general, según la cual el menor no emancipado no interviene personalmente, contratando por él la persona llamada por la ley a representarlo (art. 1263). En los capítulos es el menor quien consiente por sí todas las estipulaciones y donaciones, asistido de la persona que ha de autorizarle, pero cuya actuación se limita a esto, no pudiendo capitular en nombre del menor.

García Goyena, al explicar el artículo 1241 del Proyecto de 1851 –que concuerda en su sentido y concepto con el 1318–, dice que sin la garantía de poder los menores capitular sobre sus bienes, se dificultarían o retardarían los matrimonios, y la capacidad para contraerlos a los doce años las hembras y a los catorce los varones sería frecuentemente ilusoria⁸⁴.

En las aclaraciones que hace Manresa sobre este artículo señala que la aplicación de la regla general del 1263, quitando intervención a los futuros esposos en un acto que tanto les interesa, y exigiendo al mismo tiempo formalidades o requisitos excesivos para la validez de cada donación o acto comprendido en el contrato, sería desnaturalizar y dificultar éste, poniendo indirectamente trabas a la unión. Sin embargo –añade–, esa excepción no puede ser tan radical que consienta que los interesados menores de edad, por sí solos, estipulen las condiciones que tengan por convenientes en sus capitulaciones matrimoniales, puesto que la inexperiencia, apasionamiento y falta de reflexión de los jóvenes esposos pueden conducirle a errores irreparables. Por eso nuestro Código, siguiendo la doctrina establecida en otros países, exige que concurren con los menores al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales las personas designadas por la ley para darles el consentimiento para contraer matrimonio⁸⁵.

⁸³ Este artículo se corresponde con el 1329 del Código civil vigente; ahora no se exige el concurso y consentimiento de los padres o tutor del menor cuando éste se limite a pactar, exclusivamente, el régimen de separación o participación.

⁸⁴ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias... cit.*, vol. 2.º, art. 1241, p. 260.

⁸⁵ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil... cit.*, t. IX, p. 163.

Rellenando una laguna del Proyecto del 51, el Código civil dedica un precepto especial a los incapacitados: «Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor que a este efecto se le designará por quien corresponda según las disposiciones de este Código y la Ley de Enjuiciamiento civil» (art. 1323)⁸⁶.

Para Manresa, el artículo se refiere a todas las personas sujetas a tutela mayores de edad que, siendo capaces para contraer matrimonio, no tienen, sin embargo, capacidad para disponer ni obligarse; por eso los quebrados y concursados, aun cuando también quedan inhabilitados para la administración de sus bienes, desde el momento que no están sujetos a tutela tampoco lo están al artículo 1323. Mucius Scaevola entiende que el artículo se contenta con emplear la voz genérica de «inhabilitación», para aludir a los demás incapacitados⁸⁷. Lacruz, siguiendo a la doctrina en general, señala que el artículo 1323 es aplicable por igual a los dementes, a los interdictos propiamente dichos, y a los incapacitados por sordomudez o por prodigalidad, si bien en estos dos últimos casos la capacidad o incapacidad para capitular dependerá de los términos en que esté redactada la sentencia en que se declare la incapacidad⁸⁸.

Según el tenor literal de la ley, no es necesario el pronunciamiento de la sentencia declarativa de la incapacidad, y menos aún que ésta sea firme; basta que se haya promovido juicio de interdicción civil o de inhabilitación, para que desde ese momento rija el artículo 1323, pudiendo sostenerse que la presentación de la demanda correspondiente supondrá el momento procesal preciso, a partir del cual será pertinente la aplicación del citado precepto. Mucius tiene este artículo como de carácter especial al lado de los generales que establecen el organismo tutelar de los incapacitados, pues de otro modo no haría ninguna falta, y lo califica de más riguroso en relación a los correlativos en el Código, al exigir la intervención de tutor en actos que, de no existir el precepto, podrían perfecta y válidamente ser llevados a cabo sin suplemento alguno de capacidad por parte de los que, a lo sumo, deberían considerarse como presuntos incapacitados⁸⁹.

En cuanto a los requisitos de forma, el Código establece que «las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan de ellas habrán de

⁸⁶ En la actualidad, este precepto es el artículo 1330 del Código Civil, en donde, a diferencia del antiguo, no se habla de que sea precisa la intervención de ningún representante legal de quien quiera otorgar capitulaciones, y no estando todavía incapacitado, sin embargo, contra él ya se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación. En la actualidad, este precepto es el artículo 1330 del Código Civil, en donde, a diferencia del antiguo, no se habla de que sea precisa la intervención de ningún representante legal de quien quiera otorgar capitulaciones, y no estando todavía incapacitado, sin embargo, contra él ya se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación.

⁸⁷ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios... cit.*, p. 219; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado... cit.*, t. XXI, p. 256.

⁸⁸ J. L. LACRUZ-M. ALBADALEJO, *Derecho de familia... cit.*, p. 284.

⁸⁹ Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado... cit.*, t. XXI, pp. 257-258.

constar por escritura pública otorgada antes de la celebración del matrimonio...» (art. 1321.1.º).

El primero de estos requisitos es, por tanto, la escritura pública. En Castilla, con anterioridad al Código civil, no había ley que exigiera expresamente dicho requisito, aun cuando todos los autores aconsejaban esta forma. El Código de Napoleón introduce la exigencia de escritura pública de un modo general en Francia, y en su seguimiento lo hace también el artículo 1242 del Proyecto de 1851, con una excepción, para las capitulaciones de pequeña cuantía, que luego había de subsistir en el Código. La base 23, por su parte, estableció que los capítulos «deberán constar en escritura pública si exceden de cierta suma, y en los casos en que no llegue al máximo que se determine, en documento que reúna alguna garantía de autenticidad». De esta base derivan, de una parte el artículo 1321, y de otra el 1324⁹⁰.

Mucius Scaevola⁹¹, seguido por Manresa, Castán Tobeñas, Valverde, De Buen, Santamaría y, en general, la mayor parte de la doctrina, defiende la esencialidad de la escritura pública por las siguientes razones:

a) La base 23 para la redacción del Código, que es una ley especial a la que no alcanza la general de la validez de los contratos cualquiera que sea su forma.

b) El tenor literal del artículo 1321, corroborado por el de otros preceptos del mismo capítulo. Dicho artículo habla de modo preceptivo («habrán de constar»). Es cierto —dice Manresa— que el Código civil no establece expresamente la nulidad en el artículo 1321 por falta de escritura pública, pero exige en él esa condición como necesaria, mientras que en otros contratos no se cuida de prescribirla.

c) La esencialidad de la fecha de los capítulos, requisito que podría burlarse si se admitiera el documento privado.

Manresa abunda en ello, indicando que si algún contrato merecía esta exigencia, el más indicado era el de las capitulaciones matrimoniales, que es un verdadero pacto entre dos familias. La escritura pública da autenticidad completa a la fecha y a las estipulaciones de las partes, y ofrece la seguridad de la conservación y la garantía de acierto, legalidad y previsión que les presta la intervención de notario⁹².

El artículo 1321 es una rectificación al 1280 (que se limita a exigir la constancia en documento público de las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de dote siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas), sobre el que debe preponderar por su especialidad. Conforme

⁹⁰ El Código, siguiendo también el artículo 1244 del Proyecto del 51, preveía en el artículo 1324 que en cierto caso y si el valor de los bienes aportados por los cónyuges fuese escaso (2.500 pts.), pudiesen otorgarse ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos. Esta posibilidad fue suprimida y ya no existe en el Código vigente.

⁹¹ *Código civil... cit.*, t. XXI, pp. 247-249.

⁹² J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios... cit.*, t. IX, pp. 197-198.

al 1280, los capítulos matrimoniales hubieran podido constar en documento privado, el cual en todo caso hubiera dado derecho a las partes para compelerse recíprocamente al elevarlo a escritura pública (art. 1279). Pero dado el artículo 1321 la solución debe de ser distinta. En la jurisprudencia, la Sentencia de 10 de junio de 1912 confirma que «las capitulaciones matrimoniales revisten tal importancia que para que sean válidas, además de los requisitos necesarios para los contratos en general, es inexcusable, como excepción del principio del artículo 1278, el otorgamiento de escritura pública precisamente antes de celebrarse el matrimonio, única forma especial requerida por el artículo 1321 en relación con el 1280-3.º, establecida como garantía de otros derechos afectados a terceras personas, no menos sagrados y trascendentales en la vida privada, social y jurídica»⁹³.

Señala Lacruz que el artículo 1321 no quiere decir que, otorgadas las capitulaciones, habrán de elevarse a escritura pública antes de la celebración del matrimonio, sino que el otorgamiento de las mismas en escritura pública habrá de ser anterior a la celebración del matrimonio, sin que se haya previsto la posibilidad de otorgamiento en documento privado. Esto puede responder a la necesidad de que la redacción de los capítulos sea cuidada por un técnico en derecho, y quede fijada desde el primer momento⁹⁴.

El segundo requisito de forma que exige el Código en relación a las capitulaciones matrimoniales es su otorgamiento anterior al matrimonio. Unos capítulos otorgados después de la boda son nulos por defecto de forma, y esta nulidad no puede ser sanada.

La condición terminantemente prevista de que las capitulaciones se otorgarán antes de contraerse el matrimonio obedece, en opinión de Mucius Scaevola, no sólo a la idea de sugestión posible que, según el derecho, va envuelta en todo contrato entre marido y mujer, que por ello se halla radicalmente prohibido, sino a la consideración de que la legislación civil y la económica no ven en los cónyuges dos personalidades, sino una sola; y en todo contrato se sobreentiende la existencia de dos voluntades distintas concordadas⁹⁵. Manresa, por su parte, explica el establecimiento de este requisito, que ya figuraba en el artículo 1325, en la necesidad de que el consentimiento que presten los interesados sea enteramente libre, temiendo la ley que no lo fuera después de celebrarse la unión e, igualmente, en el interés de los terceros en conocer el régimen adoptado y las estipulaciones hechas, partiendo de una época fija, después de la cual no pueda haber alteración⁹⁶. Para Falcón, no se está atendiendo aquí a la razón romana de que el hombre y la mujer casados constituyen una sola persona, sino a los peligros que para la mujer misma y para los terceros que contratan de buena fe con el marido, tiene una libertad de esta naturaleza. La legislación anterior –añade– no prohibía los contratos entre

⁹³ *Ibid.*, pp. 285-286.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 286, n. 17.

⁹⁵ Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado... cit.*, t. XXI, p. 201.

⁹⁶ J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios... cit.*, t. IX, p. 177.

marido y mujer, pero previniendo la mala fe, había declarado que estos contratos no surtirían efecto contra terceros que hubieran inscrito sus derechos en el Registro. El nuevo Código, dejándose de distinciones, hace absoluto y general el efecto, prohibiendo la celebración de capitulaciones matrimoniales y la modificación de las celebradas, después de formalizado el matrimonio. El citado autor ve beneficiosa la postura adoptada en el Código, pues con ello se consigue una gran claridad, que evitará en el futuro las frecuentes confabulaciones con las que, fingiendo pactos y aportaciones que nunca existieron, se burlaba la buena fe de acreedores legítimos⁹⁷.

El requisito de la anterioridad al matrimonio se exige también para la validez de cualquier alteración que se haga en las capitulaciones matrimoniales, requiriéndose además la asistencia y concurso de las personas que intervinieron en aquéllas con los otorgantes (art. 1319)⁹⁸. Por tanto, una vez celebrado el matrimonio, las capitulaciones son irrevocables (art. 1320). Abella protesta de lo establecido en este precepto —la segunda parte del artículo 1242 del Proyecto de 1851 contenía una declaración análoga, que no tenía precedentes legales en Castilla—, pues cree que por aproximar el derecho común a las legislaciones forales se ha causado a la familia un gran daño, ya que «debióse haber dejado alguna libertad, con todas las limitaciones que hubiesen asegurado el libre albedrío de la mujer, para romper las capitulaciones matrimoniales, cuando así lo deseara la persona a la cual se intentó beneficiar por aquéllas»⁹⁹. Alonso Martínez, en cambio, considera correcta la postura adoptada por el Código en este punto. El precepto que exige que las capitulaciones matrimoniales sean anteriores a la celebración del matrimonio y que prohíbe alterarlas después de celebrado —dice— tiene por objeto asegurar la estabilidad de las familias, cuyos derechos no pueden estar a merced de la volubilidad de los casados, y sobre todo impedir los fraudes que en otro caso podrían cometer en perjuicio de terceros¹⁰⁰.

Algunos autores se plantean la duda de si se admitiría la alteración de las capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio cuando dicha alteración tiene por objeto acogerse al régimen de sociedad legal de gananciales. En favor de ello se ha alegado: 1.º, que está

⁹⁷ M. FALCÓN, *El Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 6.ª edic., Barcelona, 1902, pp. 115 y 116.

⁹⁸ Para la validez de toda alteración en las capitulaciones matrimoniales exige nuestro Código las condiciones siguientes:

- 1.º Que tenga lugar antes de la celebración del matrimonio (art. 1320).
- 2.º Que existan y concurren al acto las mismas personas que intervinieron como otorgantes en dichas capitulaciones (art. 1319).
- 3.º Que se haga constar en escritura pública, o, no excediendo de cierta cantidad, en documento otorgado ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos (arts. 1321 y 1324).
- 4.º Para su eficacia en relación a terceros, nota en el original de la escritura del contrato e inscripción en el Registro de la Propiedad, si procediese (art. 1322) y, en su caso, en el Registro mercantil.

⁹⁹ J. ABELLA, *Código civil... cit.*, p. 385, n. 1.

¹⁰⁰ M. ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil... cit.*, t. II, p. 125.

permitida la renuncia de un privilegio para someterse a la regla común; 2.º, que los hijos no sufren perjuicio de ninguna clase con este cambio; 3.º, que el artículo 1320 lo que prohíbe es que una convención posterior altere el pacto antenupcial, y no puede decirse que la renuncia de las capitulaciones para someterse a la sociedad legal sea una convención revocatoria. Pero como alega Navarro Amandi, la disposición de la ley es terminante y rechaza estas distinciones. La revocación, lo mismo que cualquier alteración en las capitulaciones matrimoniales, está terminantemente prohibida, sin que pueda admitirse excepción en favor de un sistema que no es preferente, sino supletorio ¹⁰¹.

La Ley de 2 de mayo de 1975 ha cambiado esta situación al establecer la libertad de otorgar capítulos matrimoniales después de la boda, simplemente intercalando «o después» en el artículo 1315, y ello se ha confirmado en la Ley de 13 de mayo de 1981 (art. 1326). El principio de mutabilidad del régimen económico o de modificación de las capitulaciones matrimoniales establecido lleva aparejado, como corolario, un sistema de protección de terceros ¹⁰² y de previsión y elusión del fraude que se manifiesta a través de diversas normas y mecanismos, fundamentalmente: la irretroactividad o inoponibilidad del nuevo régimen (art. 1317) y la publicidad (aunque imperfecta o insuficiente) de las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (arts. 1332 y 1333 del Código Civil y 77 de la Ley de Registro civil de 1957 y concordantes de su Reglamento).

La introducción del citado principio de mutabilidad del régimen económico matrimonial o de modificabilidad de las capitulaciones hace superflua la cuestión acerca de la posibilidad de sujetar las capitulaciones matrimoniales a condición y/o a plazo. Ello tenía sentido en el régimen anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975, en el cual no se permitía el cambio del régimen matrimonial constante matrimonio. Actualmente, la cuestión es vana y se admite la posibilidad de someter a plazo (inicial o final) o a condición (suspensiva o resolutoria) al régimen económico estipulado.

Un tercer requisito para la validez de las capitulaciones, que funciona más bien como una condición suspensiva, es la celebración del matrimonio: «Todo lo que se estipule en las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse» (art. 1326) ¹⁰³.

¹⁰¹ M. NAVARRO AMANDI, *Cuestionario del Código civil... cit.*, t. IV, p. 141.

¹⁰² La preocupación por la protección de los intereses de terceros se plasma en la Exposición de Motivos de la Ley de 1975, y consecuentemente con ella el artículo 1322 dice en su último párrafo que «las modificaciones del régimen económico matrimonial, realizadas constante matrimonio, no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

¹⁰³ El artículo 1334 actual establece el plazo de un año para la celebración del matrimonio; si transcurrido ese tiempo no se contrae matrimonio, las estipulaciones devienen sobrevenidamente ineficaces.

II.5 INEFICACIA

Las causas de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales ya se han venido indicando. Aparte de la no celebración del matrimonio, serían: la inobservancia de la forma de escritura pública, que provocaría la nulidad de las capitulaciones; las estipulaciones contrarias a la ley, o a las buenas costumbres, o limitativas de la igualdad de derechos (antes, las depresivas de la autoridad que corresponda a los futuros cónyuges en la familia y las contrarias a los fines del matrimonio) son nulas, así como las contrarias a la moral y al orden público; la falta de concurso y consentimiento de los padres o del tutor, cuando fuera necesario, da lugar a la anulabilidad de las capitulaciones; o la no asistencia y concurso de los otorgantes en el supuesto de modificación de las capitulaciones, que produce la nulidad parcial de las mismas.

Las últimas reformas han llevado el principio de libertad de pacto en el establecimiento del régimen económico matrimonial, mediante otorgamiento de capitulaciones, a sus últimas consecuencias, al permitir su otorgamiento *post nuptias*, consumando así la evolución que se iniciara en la época de la codificación. J. L. de los Mozos apunta que con ello ha resultado un acercamiento entre el Código civil y los derechos forales, al desaparecer la inmutabilidad de las capitulaciones y del régimen económico matrimonial ¹⁰⁴.

MARÍA JOSÉ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA

¹⁰⁴ J. L. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XVIII, vol. 1.º, 2.ª edición., Madrid, 1982, p. 62.