

Un comentario desde Aragón sobre el artículo 1331 del Código civil *

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho civil Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *El plano dogmático y los esfuerzos teóricos en pro de una interpretación restrictiva de la regla.*—II. *El plano histórico dogmático y el proceso de «foralización» o «aragonización» de un precepto del Código Civil.*—III. *Jurisprudencia sobre modificación o ejecución de capítulos en las regulaciones forales históricas de la familia patriarcal.*—IV. *Una propuesta de supresión o de reforma normativa.*

I. EL PLANO DOGMÁTICO Y LOS ESFUERZOS TEÓRICOS EN PRO DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA REGLA

Según el artículo 1331 del CC: *«Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas».*

En 1963, y veinte todavía la versión de 1889 del artículo 1319, precedente del actual artículo 1331, afirmaba Lacruz ¹: *«el hacer*

* Este trabajo fue redactado por su autor con el propósito de contribuir al Libro Homenaje que se ha dedicado al profesor ALBALADEJO y que ha aparecido en el verano de 2005. Aunque finalmente el trabajo no pudo ser incorporado al Libro, el autor desea sumarse a ese merecido homenaje al profesor ALBALADEJO.

¹ Cfr. su obra con ALBALADEJO, pero redactada por él, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pp. 300 a 302. Y ya antes, con ideas similares, cfr. *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. 2.º, 1962, pp. 19 a 38.

depender el cambio del régimen matrimonial, antes de la boda, de una voluntad extraña a los novios, es una medida de difícil justificación. Por eso, los juristas han tratado de buscar salida, desde hace mucho tiempo, a norma (común a los Códigos latinos) tan poco razonable». Y en nota a pie de página explicativa de esto afirmaba el autor que lo más que se debería reconocer a esos otorgantes diferentes de los contrayentes sería la posibilidad de revocar sus donaciones si habían sido éstas hechas con presuposición de subsistencia de todo lo pactado; afirmando también que el artículo 1319, con el fin de evitar un fraude, coartaba la libertad de los contrayentes, y que acaso la norma merecería, por eso, una interpretación correctora. Y recogía opiniones de autores extranjeros sobre el problema, como la de Marcadé, que rechazaba, y la de Tedeschi, que iba en la línea de lo que él pensaba y que por eso aceptaba, concluyendo que el artículo 1319 estaba esencialmente destinado, en realidad, a salvaguardar el interés de los donantes.

En cuanto a la doctrina posterior sobre el artículo 1319, primero, y sobre el artículo 1331, después, podríamos decir que sigue mayoritariamente una interpretación restrictiva del precepto en la línea de la que propusiera Lacruz hace cuarenta años, apoyándose sobre todo últimamente en el inciso limitativo final del artículo 1331, que fue copiado del artículo 28 de la Compilación aragonesa, y que no figuraba en ninguna de las versiones anteriores del precepto: me refiero a la frase «*si ... la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas*»².

La «*afección*» que exige el precepto deba producir la modificación de las capitulaciones a los «*derechos concedidos*» por los otorgantes no contrayentes se produciría casi siempre si se entendiese dicha expresión en un sentido amplio y literal. Pero la doctrina rechaza dicha interpretación del artículo 1331. Son escasas las opiniones que se limitan a una mera explicación descriptiva del precepto³, dán-

² Véanse, por ejemplo, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Observaciones sobre la reforma del régimen de las capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, RGLJ, 1977, p. 89; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ y LETE DEL RÍO, «Notas sobre la mutabilidad del régimen matrimonial en Derecho común», *RDP*, 1977, pp. 185 a 188; LETE DEL RÍO, José Manuel, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *ADC*, 1983, pp. 414 a 420; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia*, 1984, pp. 335 a 339; AMORÓS GUARDIOLA, «De las capitulaciones matrimoniales», en los *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Tecnos, 1984, vol. 2.º, pp. 1555 a 1559. ROJAS MONTES, *Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1985, p. 305; CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Las Capitulaciones Matrimoniales*, 1992, pp. 44 a 47; BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997, *in totum*. GARCÍA CANTERO, Gabriel, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, pp. 365 a 367. Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2001, p. 155.

³ ALBALADEJO, Manuel, por ejemplo. Cfr. *Curso de Derecho civil*, tomo 4.º, 2002, pp. 131-132.

dolo por bueno, o que marcan algún distanciamiento respecto al pensamiento crítico de Lacruz, creo que atribuyendo al precepto mayor fundamento lógico del que realmente tiene ⁴. En la línea de la interpretación restrictiva mayoritaria se dice, por ejemplo, que las ulteriores vicisitudes que sufra el objeto de atribuciones nupciales, como si el cónyuge donatario regala lo recibido al otro cónyuge, no requieren la concurrencia de los donantes ni les es aplicable al artículo 1331 (Lacruz); o que lo mismo cabría decir de la constitución de un usufructo sobre el bien donado (Gullón). Se piensa que el objeto de la liberalidad ha sido atribuido y transmitido con todas sus consecuencias y no pueden admitirse en principio más condiciones o causas de resolución que las expresamente consignadas en la escritura pública.

¿Cuándo se deberá entender, entonces, que la modificación ha «afectado» a los derechos concedidos por los otorgantes no contrayentes? La mejor doctrina exige para ello que la modificación sea estatutaria o del contenido normativo de las capitulaciones y que entre dicho contenido normativo y la atribución realizada haya una «íntima dependencia» (Gullón), o una «vinculación» o «interdependencia» (Lacruz, De los Mozos, Rojas Montes, García Cantero), o una «conexión causal» (Cabanillas Sánchez). Para intentar precisar algo más estas genéricas nociones parece útil distinguir, siguiendo a Álvarez Caperochipi y Lete del Río, según los otorgantes no contrayentes reciban o no derechos en las capitulaciones iniciales.

Si los otorgantes no reciben derechos parece que estaremos ante supuestos de concesión de derechos bajo condición resolutoria (modificación del régimen matrimonial) o, según los mencionados autores, ante una causa atípica de revocabilidad de donaciones por razón de matrimonio, que será operativa siempre que se demuestre (lo que será excepcional) que el régimen económico del matrimonio fue el presupuesto de la donación. Lacruz sugiere, en tal sentido, el poco verosímil supuesto de que se subordine una atribución o donación a la existencia de unas determinadas facultades de gestión de sus bienes propios por el cónyuge no donatario ⁵.

⁴ En esta línea DE LOS MOZOS, José Luis, aunque recoge la explicación de LACRUZ, que califica de «brillante», en su comentario al artículo 1331, en los *Comentarios de Edersa*, dirigidos por ALBALADEJO, 1982, pp. 225-226 y 232-233. También CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, tomo 2.º, 1993, p. 609.

⁵ Por otra parte, cabe pensar en determinadas actuaciones de los cónyuges que sirvan para eludir la eficacia de un precepto que, como advierte LACRUZ, sobrepasa con su letra su propia finalidad. Según este mismo autor, «si los cónyuges en los ulteriores capítulos que otorgan solos exceptuasen de la nueva comunidad los bienes que recibieron por donación en los anteriores, de modo que para tales bienes siguiera valiendo en todo el régimen anterior, podrían pactarla, y ello aunque las aportaciones se hubieran realizado en vista del régimen económico estipulado en los capítulos (o de su no estipulación) y por causa de él: salvo que tal correlación se haya convenido expresamente en los propios capí-

Bayod López, en su monografía dedicada al artículo 1331, también concluye reconociendo en el precepto, siguiendo a Lete del Río, un supuesto especial de revocación de donaciones concedidas en capítulos, que debería ejercitarse en el plazo de un año y resultando aplicable el artículo 647 ⁶.

Distinto significado presenta el supuesto, más arriba propuesto, de que los otorgantes no contrayentes reciban derechos en los capítulos con interdependencia causal respecto de los derechos que ellos atribuyen a los contrayentes o de derechos atribuidos a los cónyuges por terceras personas. En este segundo sentido, los ejemplos de aplicabilidad del artículo 1331 resultan menos difíciles de imaginar: donación que realizan los padres de los contrayentes o cónyuges en favor de éstos, reservándose o no la nuda propiedad, y condicionándola a la compañía y asistencia a los mismos en la vejez, aún más allá del valor de los bienes donados; el pacto de acogimiento a la casa, en virtud del cual el tercero dona sus bienes, o parte de los mismos, a los cónyuges a cambio de compañía y asistencia en vida y acaso responsos después de su muerte; o el hijo mejorado en capitulaciones matrimoniales (supuesto del art. 827), y que por esta razón permanece en la casa; hijos que permanecen en la casa a cambio de la certeza de una cuota hereditaria, etc. ⁷.

tulos». Y explica también el profesor LACRUZ que los cónyuges, «cuando la intervención del tercero en los anteriores capítulos se redujo a hacerles donación de algunos bienes, podrían desinteresarse de los nuevos pactos nupciales renunciando a los beneficios recibidos: por tanto, restituyendo los bienes donados en el estado en que se encuentran». Véase del autor su *Derecho de familia*, 1984, pp. 337 y 338.

Acaso también podría presentar utilidad frente a lo que de excesivo tiene el artículo 1331 la idea de la nulidad parcial. Argumentando ser únicamente nula la parte de los nuevos capítulos que afectare a derechos concedidos por las personas que concurren con sus liberalidades al otorgamiento anterior y no así al de modificación. Cfr. en tal sentido, entre otros, CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, *Las Capitulaciones Matrimoniales*, 1992, pp. 44-45. En contra, creo que sin razón, BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, p. 143.

⁶ Además de ello, la autora intenta reforzar esta opinión mayoritaria derivada de las ideas de LACRUZ, y que muchos habíamos seguido, con una serie de disquisiciones desde la que denomina «ciencia notarial», que no me resultan convincentes. Cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 146-147, para la opinión recogida en el texto, y pp. 80-82, 89 ss., 118, 141, 150-151, etc., para la explicación aludida en esta nota. Este pensamiento sobre la que denomina la autora «ciencia notarial» lo había esbozado ya en su libro anterior, que fuera su tesis doctoral, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1995. Hay que tener en cuenta que el término «otorgamiento» no suele vincularlo casi nunca el CC, que lo usa mucho, con la fe pública notarial, sino generalmente con cualquier forma de emisión del consentimiento negocial (cfr. arts. 11.1.º, 1223 y 1257, entre otros muchos), por lo que, en general, como dice LACRUZ, puede perfectamente ser «otorgante» quien celebra un contrato verbal. Cfr. de este autor su comentario al artículo 3 en los *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por él, vol. 1.º, 1988, p. 263.

⁷ Los ejemplos que ofrezco en el texto están tomados de los trabajos ya citados de ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI y LETE DEL RÍO de 1977 (pp. 185 a 188) y de éste último de 1983 (p. 419).

En este tipo de supuestos, como observan Álvarez Caperochipi y Lete del Ríó, estamos ante pactos personales o familiares en el sentido en que se venían practicando en los Derechos forales, por lo que el artículo 1.331 es uno de los que permiten hablar de «foralización» del CC, o incluso de «aragonización» (García Cantero) ⁸. En estos supuestos, los otorgantes no contrayentes actúan como partes y defienden un derecho suyo. Téngase en cuenta que también las estipulaciones personales imbricadas con otras de contenido patrimonial forman parte del «régimen familiar y sucesorio» a que se refería el artículo 25 de la Compilación aragonesa de 1967 y al que se refiere hoy el artículo 13.1.º de la Ley aragonesa 2/2003 o, si se quiere, forman parte del contenido mínimo legal del régimen paccionado. Razonablemente se ha señalado también que esta «foralización» en el ámbito del CC tendrá sus límites y no podrá llegar demasiado lejos ⁹.

El artículo 1331 del Código requiere la «asistencia y concurso». En relación con este último afirma Lete del Ríó ¹⁰, coherentemente con su explicación global del precepto, que cuando se trate de liberalidades realizadas por los otorgantes no contrayentes con condicionamiento o sometimiento al mantenimiento del régimen matrimonial inicial serán llamados los mismos a prestar un mero asentimiento a la modificación de éste, y que su falta produciría la anulabilidad del acuerdo modificativo; en cambio, si los otorgantes no contrayentes actúan como partes porque hubo un contrato plurilateral en el que se les atribuyó algún derecho (pacto de familia), entonces, la «asistencia y concurso», significará un verdadero consentimiento contractual, y su falta originará la nulidad absoluta del acuerdo modificativo. También podríamos recordar las dudas de la doctrina sobre si sea o no personalísima la «asistencia y concurso»

⁸ Cfr. del autor *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 762.

⁹ Cfr. BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 31 y 132 a 134.

¹⁰ Vid. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, pp. 417 a 420. Vid. también la explicación no muy diferente del profesor LACRUZ, quien considera que como norma existirá anulabilidad, *Derecho de familia*, 1984, pp. 338-339. O también CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, tomo 2.º, 1993, p. 609. Contra: AMORÓS GUARDIOLA, *De las capitulaciones matrimoniales*, 1984, p. 1559. O también DE LOS MOZOS, José Luis, partidario de la nulidad absoluta, en los citados *Comentarios de Edersa*, comentario al artículo 1331, 1982, p. 233. Críticos con la categoría de la invalidez usada en este precepto se muestran DÍEZ PICAZO y GULLÓN, quienes consideran que se debió establecer mejor una facultad de resolución de las atribuciones o pactos, *Sistema de Derecho civil*, vol. 4.º, 2001, p. 155. Una opinión a reseñar, que no me convence, es también la de BAYOD LÓPEZ, Carmen, quien considera a las estipulaciones capitulares de carácter normativo no susceptibles de ser impugnadas por su nulidad por parte de los otorgantes de los capítulos diversos de los mismos contrayentes. Cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 144-145 y 150-151.

del artículo 1331 ¹¹. Se discute también sobre si el derecho a intervenir en la novación de los capítulos en cuyo otorgamiento se intervinieron y de personas distintas de los contrayentes pasa o no a los herederos al morir éstas ¹². Más razonable y coherente con la interpretación restrictiva del precepto que se suele sostener es entender que esta muerte no transmite a los herederos ese derecho ni impide la novación que se pretenda ¹³.

II. EL PLANO HISTÓRICO DOGMÁTICO Y EL PROCESO DE «FORALIZACIÓN» O «ARAGONIZACIÓN» DE UN PRECEPTO DEL CC

En mi trabajo sobre los capítulos aragoneses de 1988 ofrecí una explicación tanto en relación con el artículo 1331 del CC como en relación con el similar precepto del hoy derogado artículo 28 de la Compilación aragonesa de 1967, que ha tenido escaso eco en la doctrina pero que creo hoy todavía que da la clave del surgimiento de un precepto irrazonable o innecesario como el contenido en ambas normas. Explicué entonces ¹⁴ que el artículo 28 de la Compilación aragonesa no era de origen aragonés, sino que su origen estaba en el artículo 1396 del Código de Napoleón de 1804, que, a través del artículo 1242 del Proyecto de CC de 1851 de García Goyena, llegó a ser recogido en el originario artículo 1319 del CC español de 1889, y que en dicho precepto de 1889 está el origen tanto del precepto aragonés en sus dos versiones iniciales de las regulaciones del Apéndice de 1925 (art. 58), y de la Compilación de 1967 (art. 28), como del precepto del CC contenido en la versión reformada en 1975 del artículo 1319, y del actual artículo 1331, procedente de la reforma legal del Código de 1981.

¹¹ Por la solución afirmativa se inclina LACRUZ, con dudas, y por la negativa ROJAS MONTES. Véanse, respectivamente, «Derecho de familia», 1984, p. 334; y «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, 1985, p. 312.

¹² Se inclina por la transmisibilidad hereditaria GARCÍA CANTERO, Gabriel, en el *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 365. DE LOS MOZOS, José Luis, adopta una posición ecléctica, distinguiendo unos casos de otros. Cfr. *Comentarios de Edersa* dirigidos por ALBALADEJO, comentario al artículo 1331, 1982, pp. 231-232.

¹³ Opinión seguida por la mayoría. Cfr., por ejemplo, LETE DEL RÍO, «Sujetos de la capitulaciones matrimoniales», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, 417 ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, en su comentario al artículo 1331 en el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, tomo 2.º, 1993, p. 609.

¹⁴ Debo reconocer que en aquella explicación se deslizó una errata, que creo no resta en absoluto claridad a la misma. Se trata de que aludí al artículo 1214 del Proyecto de 1851, donde debí aludir al artículo 1242 del mismo. Cfr. mi comentario al artículo 28 en los *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ, vol. 1.º, 1988, pp. 704-705. Lo cito en adelante como «mi trabajo de 1988».

Pero lo importante es caer en la cuenta de que mientras el precepto del Código Napoleón o el precepto español de 1889 se inscribían en un esquema general de prohibición de modificación posnupcial de capitulaciones y contemplaban, en el contexto decimonónico y con las connotaciones familiares de la institución matrimonial de entonces, un cambio de los capítulos anterior al matrimonio y verosímelmente sucedido muy poco tiempo después del otorgamiento inicial, en cambio, en sus versiones aragonesas y en las del CC posteriores a la reforma legal de 1975 el precepto se extendió, con muy discutible criterio, a una regulación de los capítulos matrimoniales inspirada ya en la mutabilidad posnupcial de los mismos, por lo que el precepto resulta irrazonable y se adapta mal a un sistema tan diferente de aquél en el que surgió y fue concebido. La aceptación generalizada por nuestra doctrina del artículo 1331 del CC como precepto de alguna posible utilidad, aun con las críticas y matices señalados en el epígrafe anterior, creo que subsiste hoy, en realidad, por esta inadvertencia o error histórico del que la generalidad de nuestra doctrina no parece ser consciente. Como decía, esta explicación mía ahora recordada ha tenido, por lo que conozco, muy escaso eco doctrinal ¹⁵.

Pero veamos con mayor detalle la gestación histórica de la idea que subyace en el artículo 1331 del CC, y digamos algo también sobre el término «capítulos», que no ha sido acogido en los otros códigos civiles latinos o germánicos. Ha explicado el profesor

¹⁵ Lo señalado en el texto pasó desapercibido al profesor LACRUZ y parece que a los muchísimos que le siguieron (le seguimos) en su estupenda explicación sobre los capítulos matrimoniales. Ha recogido y aceptado esa explicación mía del texto el profesor GARCÍA CANTERO, Gabriel, en su comentario al artículo 28 de la Compilación aragonesa de 1967 del Tratado de CASTÁN TOBEÑAS, aunque no extiende luego el razonamiento crítico al artículo 1331 del CC. Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, tomo 5.º, 12.ª ed., 1994, pp. 729-730, 347 y 364-368. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María, aunque sin extraer las consecuencias críticas que presento en este trabajo, ha logrado una buena explicación histórico dogmática, sucinta, pero expresiva de lo que en este epígrafe voy a mostrar. Cfr. *Las Capitulaciones Matrimoniales*, 1992, pp. 12 y 40 a 42. BAYOD LÓPEZ, Carmen, no ha tomado en consideración, en ninguna de sus dos citadas monografías sobre capítulos matrimoniales de 1995 y de 1997, mi explicación de 1988 recordada en el texto y, además, en la segunda de esas monografías, da una diversa explicación, que no me resulta convincente, en la que intenta minusvalorar la evidente influencia francesa en nuestro Derecho en esta cuestión, y llega a afirmar, contra el testimonio expreso de GARCÍA GOYENA, que el artículo 1242 de nuestro Proyecto de CC de 1851 no reflejó la concepción francesa, sino la castellana. Véase lo que explico en la nota 34 sobre el pensamiento de la autora. Y en su monografía de 1995 da una explicación del antiguo artículo 27 de la Compilación que prescinde también de la evidente influencia francesa sobre dicho precepto, que reflejaba la regla romanista «*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*», recibida del *Code* a través del Proyecto de 1851 (art. 1241) y del CC (art. 1318). Cfr. sus libros «*La modificación de las capitulaciones matrimoniales*» 1997, pp. 72 ss., 76 ss. y 139; y *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 165-166 y 175 ss. Y para la explicación que considero correcta de los antecedentes del artículo 27 de la Compilación aragonesa, hoy ya derogado, véase mi trabajo de 1988, pp. 685-688.

Lalinde que el término «capítulos», aplicado a los pactos dirigidos a regular las relaciones económicas entre los cónyuges, se adoptó por la normal división en capítulos del convenio en que los mismos se recogían, y que cabe situar entre nosotros en el siglo XIV la aparición de los capítulos como documento único dirigido a la regulación tendencialmente plena de la economía del matrimonio. En consecuencia critica Lalinde la abusiva utilización del término «capítulos» por algunos historiadores, que lo han aplicado a instrumentos notariales de los siglos XII y XIII, en los que sólo se habrían documentado aisladamente donaciones esponsalicias. El término «capítulos» aparece en las fuentes legales de los territorios o reinos hispánicos del siglo XVI, y también en la doctrina de dichos territorios hispánicos va incrementándose desde entonces progresivamente su uso y su arraigo ¹⁶. En el siglo XVII el título y el contenido de un famoso libro del jurista catalán Juan Pedro de Fontanella ¹⁷ ayudaron a consolidar en España el prestigio de este término jurídico de los «capítulos». Aunque la Edad Media había conocido un amplio auge de las uniones no matrimoniales y las Partidas habían regulado con bastante detalle la «barraganía» ¹⁸, el único matrimonio había sido siempre el canónico, regulado conforme a las normas del Concilio de Trento desde la Real Cédula de 12 de julio de 1564, que reconoció como aplicables en España esas normas canónicas, y el término «capítulos» parece que se vinculó siempre, en los territorios en los que se solían pactar, a la noción u ocasión de la celebración de matrimonios, calificándose con otros términos, como meras escrituras o pactos, otros posibles convenios económicos de reorganización de la vida familiar, acaso otorgados con ocasión de discordias familiares o para ejecutar fiducias, etc. Y es que, como recientes investigaciones se han encargado de recordar ¹⁹, la validez de los matrimonios y consiguiente legitimidad de los hijos, no dejaba de ser una pieza clave de los mecanismos sucesorios articulados en la familia patriarcal.

Por lo demás, durante toda la Edad Media parece haber existido en muchos sitios un amplio reconocimiento de la posibilidad de

¹⁶ Sobre todo ello, véase mi citado trabajo de 1988, con apoyo en trabajos e investigaciones de LALINDE ABADÍA, FONT RIUS, y LACRUZ BERDEJO, al comentar el artículo 25 de la Compilación aragonesa, pp. 639 ss. También, de LALINDE, su *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed., 1983, núm. 905, pp. 728-729.

¹⁷ Se trata del libro *«Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus»*, 2 vols. Lugduni, 1627; o Genevae, 1752.

¹⁸ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed. 1983, núm. 886, pp. 714-715.

¹⁹ Cfr. NAVARRO SOTO, Ana L., en su libro con GÓMEZ de VALENZUELA, Manuel, *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el valle de Tena (1426-1803)*, El Justicia de Aragón, 2002, pp. 57 y 72 a 74.

pactos incluso posteriores al matrimonio sobre la economía matrimonial, que, según Lalinde, tendría apoyo en la amplitud con que reconocía el Derecho justiniano la posibilidad de que los cónyuges hicieran donaciones o aportaciones al matrimonio; en el Derecho visigodo del *Liber Iudiciorum*; y en una tendencia generalizada durante la Reconquista que está en el origen de la regulación actual del tema en los Derechos forales²⁰. En los territorios de los reinos hispánicos fue muy común la sucesión paccionada pactada en capítulos matrimoniales, lo que confería un carácter irrevocable a estos capítulos que tendió a generalizarse a todos los capítulos matrimoniales con independencia de su contenido²¹, y lo que coincidió también con la práctica de testamentos medievales otorgados por ambos cónyuges con sus hijos y otros parientes, sin que habitualmente se calificaran entonces esos testamentos como mancomunados²². Parecen haber sido prácticamente inexistentes en el antiguo régimen capítulos posmatrimoniales para imponer el cambio directo del régimen económico matrimonial ya vigente (de gananciales o de comunidad, casi siempre, salvo en Cataluña) y en los territorios de los reinos hispánicos la costumbre ha sido siempre, sin duda, otorgar los capítulos, antes o después del matrimonio, pero con gran proximidad temporal al mismo y con ocasión del mismo²³. En las Edades Media y Moderna la amplia actividad

²⁰ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, pp. 21-22 y 29-30. También LACRUZ BERDEJO, José Luis, con referencia al marco europeo medieval y al aragonés, en su comentario al artículo 3 de la Compilación aragonesa en los *Comentarios* dirigidos por él mismo, 1988, pp. 230 ss.

²¹ LALINDE ABADÍA afirma que sobre una base normativa muy escasa del Derecho histórico catalán, la doctrina clásica catalana de los siglos XVI y XVII afirmó rotundamente esa irrevocabilidad de los capítulos matrimoniales. Cfr. su citado libro de 1965, p. 28. MARÍN PADILLA, María Luisa, ha señalado apoyo en las observancias aragonesas de finales de la Edad Media para esa irrevocabilidad de los pactos sucesorios celebrados habitualmente en capítulos matrimoniales. Cfr. *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 206 ss. y sobre todo 216 a 218.

²² Cfr., en dicho sentido, MARÍN PADILLA, María Luisa, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 173 y 210.

²³ Por eso, en las fuentes históricas aragonesas, como advertí en mi trabajo de 1988, no está expresa o tajantemente establecida la posibilidad de otorgamiento posnupcial de capítulos matrimoniales ni el tema parece haber preocupado especialmente a la doctrina clásica aragonesa, aunque parece cierto que a veces los capítulos se hacían con pequeña posterioridad a la celebración del matrimonio, pero siempre con ocasión de dicha celebración, y ello, aunque estuviese en juego la transmisión, mediante pactos sucesorios o de fiducia u otros, de la Casa aragonesa. La polémica sobre la admisión o no de la mutabilidad posnupcial de los capítulos se da en España en el siglo XIX y se decide en Aragón en sentido positivo por abrumadora mayoría y en coherencia con una tradición aragonesa sobreentendida. Véase una explicación similar a ésta, u orientada en la misma dirección, en mi trabajo de 1988, pp. 639, 641, 644 y 702-703. Hoy una visión así incluso creo que viene confirmada por colecciones de documentos que van siendo objeto de publicación. Cfr. en tal sentido, el libro de GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel, y NAVARRO SOTO, Ana L., *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el valle de Tena (1426-1803)*, El Justicia de Aragón,

pacticia casi siempre permitida o no impedida por las normas parece haberse dirigido más bien sólo a introducir rectificaciones o impurezas en el régimen económico matrimonial vigente en cada territorio, y parece ser desde la Codificación cuando, más allá de eso, se introduce con nitidez y generalidad la idea de la libertad radical de optar por uno de entre varios regímenes económicos matrimoniales posibles o de desplazar por completo el régimen legal ²⁴.

Para el Derecho francés recoge García Cantero ²⁵ la opinión de Planiol de que la costumbre de los particulares de establecer por contrato su régimen matrimonial no se introdujo hasta el siglo XVII. Ya desde el siglo XVII, o incluso desde el siglo XVI, según otras versiones, en las costumbres francesas ya fijadas por escrito de la época se permitió la elección del régimen económico matrimonial, si bien impidiendo su modificación una vez que se hubiera celebrado el matrimonio, así como cualquier tipo de contratación entre cónyuges. Eran además en principio, bajo el antiguo régimen, los padres de los contrayentes quienes acordaban la elección del régimen matrimonial y las aportaciones de cada una de las familias, y se concebían los pactos matrimoniales como pactos de familia, con contenido indivisible y como inspirados en una unidad orgánica, y en la idea de que todas la cláusulas de los mismos estaban interre-

Zaragoza, 2002, pp. 19-20, 26, 29, 44, 50, 54 ss. y 72 ss. También GARCÍA HERRERO, María del Carmen, *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, 1990, vol. 1.º, p. 246. BAYOD LÓPEZ, Carmen, en su monografía de 1995, creo que exagera la significación de algún pequeño indicio existente en las fuentes históricas aragonesas y muy débilmente demostrativo de la posibilidad en Aragón entonces de la mutación posnupcial de los capítulos, y parece atribuirme la opinión de que en mi trabajo de 1988 había yo negado esa mutabilidad posnupcial de los capítulos en el Derecho histórico aragonés, lo que se verá que es inexacto si se acude a las páginas de ese trabajo mío citadas en esta nota. Cfr., de esta autora, *Los sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, pp. 58, nota 25, 61 y 260.

²⁴ Cfr. una similar explicación en LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed., 1983, núm. 905, pp. 728-729. Y también la explicación de este autor destacando la defensa de la autonomía de la voluntad que hiciera PORTOLÉS en el siglo XVI en materia de régimen económico matrimonial, refiriéndola sólo a los contrayentes. Cfr. *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ, vol. 1.º, 1988, p. 82. También mi trabajo de 1988, pp. 641-642. Una opinión contraria a la que sostengo en el texto parece ofrecer GARCÍA HERRERO, María del Carmen, quien no es jurista aunque sí autora de una excelente tesis doctoral histórica. Pero aporta unos capítulos que lo que de verdad demuestran es que los capitulantes consideraban como normas dispositivas o renunciabiles el conjunto de los fueros y observancias de Aragón, lo que creo no es incompatible con la explicación que apporto. Cfr. *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, 1990, vol. 1.º, p. 246. Por lo demás, como es sabido, el moderno y decisivo principio de la autonomía privada en materia contractual se alumbró en la Edad Moderna, cuando un complejo conjunto de causas, como la influencia del iusnaturalismo racionalista, del Derecho canónico, del Derecho mercantil, el ascenso de la burguesía, etc. acabaron superando el formalista planteamiento romano de un número tasado de convenios vinculantes.

²⁵ Aparte de apoyarse en la autoridad de PLANIOL, recoge GARCÍA CANTERO citas u opiniones de LELIEVRE, CASTÁN VÁZQUEZ y NAGORE YARNOZ, entre otros autores. Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, pp. 340-341.

lacionadas²⁶. Por eso, todos los intervinientes en el pacto familiar celebrado con ocasión del matrimonio tenían que consentir su modificación, si ésta parecía oportuna, antes de que el pacto resultara ya inamovible por la celebración del matrimonio. Y en ese contexto, los padres u otros ascendientes, sobre todo varones, sin duda podían tener voz y voto en la modificación o ajuste final de los capítulos emanada de su poder familiar, incluso con independencia de si habían sido o no en el pacto inicial transmitentes o adquirentes de bienes o derechos. Predominaba la lógica familiar sobre la exclusivamente patrimonial y la primera impregnaba y modalizaba a la segunda.

Cuando se plantea en España la Codificación en el siglo XIX, el Derecho castellano, en el que llevaba ya siglos consolidado un rígido régimen legal de comunidad de gananciales que todavía confirmó como único y obligatorio la liberal Ley del matrimonio civil de 1870, acababa de estrenar la libertad de casarse de los mayores de edad sin el «consejo y consentimiento» del padre, o subsidiariamente de la madre, o subsidiariamente de otros parientes, tutores o del juez²⁷, y

²⁶ Aunque no logre la autora, en mi opinión, sacar las consecuencias pertinentes de su información, creo que es BAYOD LÓPEZ, Carmen, quien mejor ha recogido en nuestra doctrina ese estado de cosas en el Derecho francés anterior al Código Napoleón, con oportunas citas de antiguas costumbres francesas ya fijadas por escrito, como las de París, Orleans y Borgoña, y de autores como TROPLONG, POTHIER, BAUDRY-LACANTINERIE y los MAZEAUD. Cfr. de la autora *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 72 a 76, 85-87 y 111-113. Y también *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 255 ss. y, en particular, 261-262.

²⁷ La Pragmática de Carlos IV de 28 de abril de 1803 (Ley 18, título 2, libro 10, de la Novísima Recopilación de 1805) concedió esa libertad, habiendo padre, a los hijos varones de veinticinco años y hembras de veintitrés años; habiendo sólo madre, a los hijos de veinticuatro años e hijas de veintidós años; habiendo abuelo materno, o subsidiariamente materno, a los hijos de veintitrés años e hijas de veintiún años; y habiendo tutores o subsidiariamente Juez del domicilio, a los hijos de veintidós años e hijas de veinte. La regulación anterior, que era la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776 (Ley 9, título 2, libro 10, de la Novísima Recopilación) había exigido, en cambio, para poder contraer matrimonio, «consejo y consentimiento» del padre a los hijos menores de veinticinco años, y sólo el «consejo» del padre a los hijos mayores de veinticinco años, pero en ambos casos, pese a la inevitable validez del matrimonio según el Derecho canónico, bajo pena de perder todos los derechos civiles provenientes de los padres, incluidos los sucesorios, y con excepción de los alimentos. Y el significado de esa norma probablemente fue liberal en su época, puesto que enfatizaba la libertad de los hijos de familia para casarse, sin que los padres pudieran imponerles el matrimonio con alguien, y concedía a los hijos un recurso judicial contra la denegación injusta del consentimiento al matrimonio por parte del padre o, en sus casos, madre, otros parientes o tutores. Posteriormente hubo otra Pragmática sobre el asunto de 1862. Incluso en el artículo 59 del Proyecto de Ley del liberal ROMERO ORTIZ, para la Ley de matrimonio civil de 1870, se exigía todavía para casarse a los mayores de 21 años el consejo favorable de padres o abuelos, de modo que, no obteniéndolo, debía retrasarse el matrimonio tres meses. Cfr. también el artículo 5.3.º de dicha Ley de 1870 y ROLDÁN VERDEJO, Roberto, *La Ley de matrimonio civil de 1870*, Granada, 1980, pp. 15 y 303. BAYOD LÓPEZ, Carmen, cita un caso de unas capitulaciones castellanas del siglo XIX hechas por los padres aunque los contrayentes eran mayores de edad, cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, p. 64, nota 2. Que el Derecho castellano había llegado hasta la Codificación con una vigencia bastante generalizada del

en muchas de las zonas rurales de los territorios forales predominaba la familia extensa o patriarcal, característica del antiguo régimen, y las cosas no eran allí tan diferentes a las existentes en Francia durante los siglos XVI al XVIII²⁸. Es sumamente instructiva la descripción que hacía Joaquín Costa de los que denominaba «ajustes» o negociaciones previas entre las familias cuando se planeaban un matrimonio y unos capítulos matrimoniales²⁹. Explicaba este autor que esos pactos preliminares aparentaban las formas de un tratado internacional. Se celebraban en un lugar neutral y equidistante, en lo posible, de las residencias de ambas familias. En una casa de campo, o en una venta, o al aire libre, debajo de una encina. Concurrían parientes y allegados en numerosa comitiva. Ayudaba un casamentero o cedulaista o notario lego y llevaban viejas capitulaciones para usarlas como modelo. Los novios se apartaban a un lado sin tomar parte en el convenio, y presenciaban a distancia la singular escena, suponiendo Costa, que acaso en ese momento cuchicheaban de amor, como si se tratase de un asunto completamente extraño a sus personas. Acabada la negociación y cerrado el trato, sacaban las dos partes sus alforjas, ponían en común las viandas que cada parte había llevado, comían y bebían y, finalmente, extendían la cédula, llevándola al notario para que redactara la capitulación matrimonial.

Al realizarse la Codificación en España, los Derechos ya denominados «forales» logran mantener al final su tradicional apego a

sistema de edades propio del Derecho romano ya lo había recordado BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, 1976, pp. 18 ss. y 28-29. ROCA TRÍAS, Encarna, ha advertido de que los modernos Derechos tienden a sustituir, como ha hecho el nuestro, el consentimiento familiar a los menores para el matrimonio por la dispensa judicial. Cfr. *Familia y cambio social. De la casa a la persona*, Cuadernos Civitas, 1999, pp. 91-92.

²⁸ LALINDE ABADÍA aporta la opinión al respecto de MIERES, emitida en libro de 1621, como representativa de la doctrina tradicional catalana, y que cree fue la tenida en cuenta todavía al redactar el legislador el artículo 9 de la Compilación catalana de 1960. MIERES propugnaba la inmutabilidad de los capítulos, a menos que concurrieran todos los que por la modificación pudieran ser perjudicados. Cfr. de LALINDE, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en Derecho catalán*, 1965, p. 55. Por otra parte, también el Derecho aragonés histórico exigió el consentimiento de los padres o parientes para que los hijos, menores o mayores, pudieran contraer matrimonio, bajo ciertas sanciones civiles. Cfr. GARCÍA HERRERO, María del Carmen, *Las mujeres en Zaragoza en el siglo XV*, 1990, vol. 1.º, pp. 156 a 159. Recuerda también LALINDE que en la extremadura turolese el hijo que vivía con sus padres seguía bajo su potestad, aunque fuera mayor, salvo que se casase o tomase órdenes sagradas. Cfr. *Los fueros de Aragón*, 1976, pp. 63-64. La sentencia del TS de 28 de febrero de 1860 consideró aplicable en esto en Aragón la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776, a que he aludido en la nota anterior. Cfr. *Jurisprudencia civil*, tomo 5.º, 1860, núm. 127, pp. 285-291. Ponente don Antero ECHARRI.

²⁹ Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), pp. 160 a 163. Es cierto, como explica BAYOD LÓPEZ, que los novios finalmente también firmaban la escritura pública ante el notario, pero la descripción de COSTA es bien expresiva de quién tomaba de verdad las decisiones económicas fundamentales de la futura organización familiar. Cfr. de esta autora *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 87-88.

la amplia libertad pacticia de origen medieval en materia de capítulos matrimoniales en la que venían apoyándose tradicionalmente, pero en el CC de 1889 se impone otro planteamiento más restrictivo, con antecedentes en el Derecho romano clásico³⁰, y cristalizado en la forma explicada en la Francia de la última época del antiguo régimen. Según este planteamiento más restrictivo, que Lalinde denomina «racionalista», se supone que el matrimonio despoja a los cónyuges de esa alteridad necesaria para contratar con equilibrio de intereses, recta formación de la voluntad y sin perjuicio de terceros³¹. Esta concepción, procedente del *Droit coutumier* y del *Code*, se recibió en nuestro CC, como en otros códigos latinos, y se concretó en la limitación o prohibición de los contratos entre cónyuges y en la inmutabilidad posmatrimonial de los capítulos³². Con todo, frente al rígido sistema castellano vigente hasta entonces, la mera posibilidad de capitular antes de la celebración del matrimonio, resultó en los territorios de Derecho común una importante innovación liberalizadora, aunque sólo teórica y destinada a tener durante muchas décadas muy escaso arraigo social. Durante ese tiempo la dote y las donaciones *propter nuptias* habrían de ser los únicos cauces disponibles a los ascendientes para que pudieran incidir en la organización patrimonial de las familias con ocasión de los nuevos matrimonios.

Según el artículo 1396 del Código francés: «*Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires*». Este precepto se redacta en 1804 como regla general para todos los pactos económicos antematrimoniales, con los precedentes históricos que se acaban de recordar, y contemplando, por su formulación abstracta característica de todo el Derecho codificado, de forma sólo implícita la familia patriarcal o extensa (no llama sólo a ascendientes o parientes de los contrayentes) y, ya de forma explícita, unas modificaciones que no incluían el cambio de un régimen económico matrimonial

³⁰ Según GARCÍA GARRIDO, Manuel, la prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho romano clásico estaba al servicio de la autonomía de los patrimonios conyugales. Cfr. *Ius Uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, p. 78.

³¹ Cfr. del autor *Capitulaciones y donaciones en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, pp. 30-31. Cfr. también mi trabajo de 1988, pp. 639-640.

³² Cfr. artículos 1383 y 1385 del Código italiano de 1865, y 1096 a 1105 del Código portugués de 1867.

que hubiera ya empezado a regir y a producir efectos (como mucho, pudieron incluir el cambio de un régimen económico sólo proyectado) ³³.

Sustancialmente la misma significación, sólo implícitamente relacionada con la familia extensa, tuvo el originario artículo 1319 CC español, que exigía para el cambio prenupcial de unas capitulaciones «*la asistencia y concurso de las personas que en aquéllas intervinieron como otorgantes*», aclarando, en forma muy expresiva de lo ampliamente que consideraba a los susodichos «*intervenientes como otorgantes*», que no era necesario el «*concurso de los mismos testigos*».

El artículo 58 del Apéndice aragonés de 1925 sancionó, conforme a la tradición aragonesa, la mutabilidad posnupcial de los capítulos, y reclamaba también para los pactos posnupciales novatorios la «*asistencia y conformidad*» de los «*padres u otros ascendientes*» que hubieran intervenido en el otorgamiento de los capítulos modificados y «*mientras vivan*», previendo que, cuando hubieran fallecido «*todos*» los ascendientes otorgantes de los capítulos iniciales, y si no habían transcurrido veinte años desde el casamiento, habrían de reemplazarlos en los pactos novatorios «*dos parientes del marido y dos de la mujer, que sean, respectivamente, los más cercanos, varones, y de más edad*». Es perfectamente nítida la lógica familiar de este precepto, que llamaba sólo a los padres o ascendientes otorgantes, aunque no hubieran transmitido ni adquirido ningún derecho, y no a otros otorgantes (ni siquiera a parientes colaterales), y que les sustituía cuando faltaran por otros parientes, y no por sus herederos. Al circunscribirse en su letra este precepto sólo a los capítulos posnupciales, coexistía o se superponía al antiguo artículo 1319 del Código, que, como supletorio, era aplicable también en Aragón a las modificaciones prenupciales de los capítulos matrimoniales.

El sistema resultante fue, por tanto, aparentemente, el de una lógica más patrimonial y restrictiva para las novaciones antem matrimoniales de los capítulos y una lógica más familiar y tolerante o facilitadora con las novaciones posnupciales de los mismos. Pero, en realidad, el legislador de 1925, al extender, sin claro precedente en las fuentes históricas aragonesas, la idea subyacente de los artículos 1396 del *Code* y 1319 del Código a la modificación posnupcial de los capítulos, vino a extender enormemente, y con crite-

³³ Este precepto transcrito, que es el originario, viene hoy seguido en el *Code* por un nuevo artículo 1397 en el que se reconoce el principio de la mutabilidad posnupcial de los pactos económicos matrimoniales y que fue introducido por la Ley de 13 de julio de 1965.

rio muy discutible, el ámbito de la lógica de la familia patriarcal subyacente en aquellos preceptos (los terceros intervinientes en el otorgamiento de los capítulos casi siempre solían ser precisamente padres o ascendientes) a unas novaciones de capítulos, planteables en cualquier contexto social, y en las que ya iba a resultar cada vez más frecuente la aparición del cambio de régimen matrimonial como objeto principal y más característico. Así se potenció decisivamente, en 1925, la idea de inspirar la novación de los capítulos en la lógica de la familia patriarcal en inevitable detrimento, tendencialmente, de la libertad de capitular de los cónyuges³⁴. Creo que esta discutible, y forzada por el legislador, extensión del carácter «orgánico» de los capítulos matrimoniales es la que ha hecho necesaria la aparición de la idea doctrinal de la «interdependencia» entre negocios dispositivos y estipulaciones capitulares, precisamente para atenuar las posibles consecuencias irrazonables de la mencionada extensión legal.

Si esto es cierto. Si el legislador de 1925 estuvo poco acertado o se equivocó con su extensión del precepto francés del *Code* (art. 1396) a las mutaciones de capítulos posmatrimoniales, la restante historia del Derecho español en cuanto a esto es la de una generalizada persistencia en el error, tanto en los Derechos forales o luego autonómicos, como en el CC, y aunque evolucionando el precepto en todos los casos hacia una pérdida de su lógica familiar en beneficio de una lógica ya, formalmente al menos, exclusivamente patrimonial.

Veamos un apretado resumen de esta evolución legislativa. En la Compilación de Vizcaya y Álava de 1959 se aceptaba la idea de la inmutabilidad posmatrimonial de capítulos (art. 41), idea sustituida por la de libre mutabilidad en la reforma legal de 1992 (art. 93 desde la Ley 3/1992, de 1 de julio), habiendo sido aplicables allí a la novación de capítulos, como Derecho supletorio, el originario

³⁴ BAYOD LÓPEZ, Carmen, sostiene que en el artículo 58 del Apéndice, norma que considera de extraño o incomprensible origen, se produjo una «confusión», al convertir en norma escrita y general sobre los capítulos aragoneses una forma de actuación y una regla que sólo tenían sentido en el ámbito del Derecho consuetudinario altoaragonés. Difícilmente se puede estar de acuerdo con esta explicación. Primero, porque el origen del precepto es claramente el artículo 1396 del *Code* y el artículo 1319 CC. Segundo, porque esa generalización a todo el Derecho aragonés legislado de reglas aparecidas en el Derecho consuetudinario altoaragonés se ha hecho por el legislador del pasado siglo con varios institutos y con una línea consciente de política legislativa, que no cabe calificar como «confusión». Tercero, porque el precepto del artículo 58 del Apéndice tampoco se habría adaptado bien al contexto del Derecho consuetudinario altoaragonés, en el que no era raro que pudieran figurar como capitulantes personas extrañas a la familia o, sobre todo, parientes colaterales como tíos o hermanos, que fueran verdaderamente parte en los negocios familiares sustantivos. Véase lo que explico en las notas 15 y 37 de este trabajo. Cfr. de la autora *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Zaragoza, 1995, pp. 283 y 289 a 298.

artículo 1319 CC, su reforma de 1975, y el actual artículo 1331, éste con diferente significado desde 1992, como vemos.

La Compilación catalana de 1960 recogió un precepto (art. 9) sustancialmente equivalente al artículo 1396 del *Code*, en un contexto de amplísima mutabilidad posmatrimonial del régimen económico matrimonial aunque limitada por la irrevocabilidad de bastantes de las cláusulas capitulares (arts. 7 y 14 y concordantes)³⁵. Tras reformas legales de 1984 y 1993 (art. 12.3.º)³⁶, ese precepto derivado del francés de 1804 ha sido considerablemente limitado en sus posibles inconvenientes consecuencias y es hoy el artículo 18 del Código de familia de Cataluña, recogido en la Ley 9/1998, de 15 de julio. La fórmula catalana del precepto es la más restrictiva y la que considero menos mala de entre las existentes. En un primer apartado recoge una fórmula similar a la del artículo 1331 del Código, aunque llamando a la novación también, en su caso, a los herederos de los otorgantes iniciales. Y en su segundo apartado establece que *«la modificación del régimen económico matrimonial y de los pactos sucesorios recíprocos entre cónyuges y su resolución, así como de los establecidos por ellos a favor de los hijos, pueden acordarla exclusivamente los cónyuges, sin necesidad de acuerdo de las demás personas que hayan concurrido en los capítulos ni de los herederos»*.

Bajo la Compilación de Baleares de 1961 regía la inmutabilidad posmatrimonial de capítulos (art. 3) y la aplicatoriedad supletoria del artículo 1319 CC, con sus dos sucesivas versiones, y del artículo 1331, desde 1981. El sentido de este último ha cambiado desde que el TR 79/1990, de 6 de septiembre, admitió también en Baleares el principio de mutabilidad posmatrimonial de los capítulos (art. 3.1.º).

En Galicia ni la Compilación de 1961, ni la nueva Ley 7/1987, de 10 de noviembre, reformadora de aquélla, regulan los capítulos matrimoniales, por lo que ha regido y rige supletoriamente el CC (hoy art. 1331).

³⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús, percibió la falta de lógica del artículo 9 de la Compilación de 1960, aunque con una explicación algo distinta a la que aquí doy, y sin relacionarlo con su antecedente francés de 1804. Cfr. *Capítulos y donaciones en el Derecho catalán*, 1965, pp. 54-55.

³⁶ EGEA I FERNÁNDEZ, Joan, explica que el precepto parte de la interrelación existente entre las diferentes estipulaciones y que considera el régimen matrimonial como una más de entre ellas. Por eso, explica, exige la unanimidad de todos los otorgantes iniciales para una novación general de los capítulos. Advierte de que el heredamiento a los contrayentes queda en una cierta penumbra y que acaso no sería necesario el consentimiento del heredero contrayente. No recuerda el origen francés del precepto. Cfr. *Comentari a la Modificació de la Compilació en materia de relacions patrimonials entre conjugues*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, pp. 96 a 99.

El artículo 28 de la Compilación aragonesa de 1967 sustituyó al artículo 58 del Apéndice de 1925, dentro de un mismo esquema de mutabilidad posmatrimonial de los capítulos, con una fórmula que prescindió del llamamiento supletorio a parientes y que intentó integrar una inspiración familiar como la del precepto del Apéndice junto a una lógica más patrimonial, y con una alusión más concreta al carácter gratuito de lo atribuido por los otorgantes diversos de los contrayentes a éstos o a sus hijos, lo que le dio un carácter mixto que hacía difícil su interpretación³⁷. El precepto, que parece fue tenido en cuenta por los autores de la reforma del CC de 1981, ha sido sustituido por el artículo 18 de la nueva Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen matrimonial y viudedad, precepto éste bastante parecido al anterior, aunque felizmente inspirado en una lógica más claramente patrimonial que aquél, y que intenta, en sus casos, que la falta de consentimiento a la novación de alguno de los que otorgaron actos o negocios en los capítulos iniciales «*en atención al régimen matrimonial*» inicialmente fijado («interdependencia»...) pueda producir ineficacia sólo del concreto acto o negocio otorgado por él (revocabilidad) y no la general ineficacia de los nuevos capítulos modificados. Con todo, como se ve, el nuevo precepto aragonés no tiene raíces en el Derecho histórico propio sino que proviene, en su origen, de la regulación de la familia patriarcal por el Derecho francés anterior a la Revolución.

La Compilación de Navarra de 1973, en un marco de mutabilidad posmatrimonial de los capítulos (Ley 78), introdujo también un precepto mediatamente procedente del artículo 1396 del *Code* (Ley 81), con una lógica mixta entre familiar y patrimonial, y ha sido retocado por la Ley de 1 de abril de 1987, en el sentido de acentuar la lógica patrimonial del mismo.

La versión de 1975 del artículo 1319 CC llamaba a la novación de los capítulos a los mismos otorgantes que todavía viviesen, pero, además, introduciendo, con clara inspiración en el artículo 28 de la Compilación aragonesa, un requisito nuevo que no estaba en el precepto de 1889 y que restringía su alcance, estableciendo que sólo debían concurrir si la modificación «*afectare a derechos constituidos por tales personas a favor de los contrayentes, o a dere-*

³⁷ La interpretación del precepto que me sigue pareciendo menos mala es la que, intentando precisamente respetar la doble lógica que el mismo presentaba, ofrecí en mi trabajo de 1988, pp. 707 a 712. BAYOD LÓPEZ, Carmen, que recogió en su primer libro de 1995 con esmero esta interpretación mía, ofreció otra diferente, aunque igualmente crítica con la norma, en el sentido de que el precepto sólo se podía entender aplicable en el ámbito de la familia extensa o patriarcal o patrivirolocal. Esta interpretación, que considero propiamente correctora, no me resulta convincente. Véase lo que explico en la nota 34 de este trabajo. Cfr. mi trabajo de 1988, pp. 704 a 712; y de la citada autora *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 299 ss.

chos constituidos por éstos a favor de aquéllos». El vigente artículo 1331, hay que suponer que conscientemente y no por mero afán de simplificación gramatical, amplió más bien el ámbito del precepto y el número de posibles llamados a la novación, al referirse a esas mismas personas mencionadas, si vivieren, «y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas». Luego, a diferencia de en la versión anterior, incluso si la modificación afectare a derechos concedidos por «*tales personas*» diferentes de los contrayentes a otras no intervinientes en el inicial otorgamiento de los capítulos, además de a los derechos concedidos por aquéllas a los propios contrayentes. Por el contrario, se excluía de la llamada a la novación a los otorgantes de los capítulos iniciales que hubieran sólo recibido derechos de los contrayentes, supuesto en principio parece que menos probable. El artículo 1331 llama a la novación, en forma similar al artículo 28 de la Compilación aragonesa, a «*concedentes*» parece que gratuitos de derechos a tributarios presentes o no en el otorgamiento de los capítulos iniciales. La reforma legal de 1981, así, amplió un tanto el ámbito teórico posible de este discutible precepto para el que la mejor doctrina reclamaba ya entonces una interpretación restrictiva.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE MODIFICACIÓN O EJECUCIÓN DE CAPÍTULOS EN LAS REGULACIONES FORALES HISTÓRICAS DE LA FAMILIA PATRIARCAL

El único supuesto de que tengo noticia en que se puede ver con toda nitidez el problema genéricamente planteado por el artículo 1331 CC, aunque en el ámbito del Derecho aragonés y estando todavía vigente el artículo 58 del Apéndice foral de 1925, es el caso resuelto por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1927³⁸.

La Dirección General confirmó el auto apelado que había dictado el Presidente de la Audiencia confirmando la nota denegatoria del Registrador de la inscripción en el Registro de la Propiedad de

³⁸ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 179, 7.º, de 1927, núm. 61, pp. 398 a 404. Director General Pío BALLESTEROS. Esta Resolución fue publicada el 23 de enero de 1928, fecha por la que la habíamos citado tanto yo como, posteriormente, Carmen BAYOD LÓPEZ, puesto que es la fecha con la que viene reseñada en el *Anuario de Derecho Aragonés*, en donde ambos habíamos consultado la Resolución. Cfr. esta revista, 1946, p. 426; mi trabajo sobre capítulos matrimoniales aragoneses de 1988, p. 712, nota 22; y el libro de BAYOD LÓPEZ, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, p. 297, nota 32.

una escritura pública de 29 de mayo de 1926, modificativa de unos capítulos matrimoniales, porque se había otorgado aquélla sin la asistencia del padre de la esposa, a pesar de que éste había asistido al otorgamiento de los capítulos iniciales, de fecha 26 de septiembre de 1924.

En los capítulos iniciales, pactados en la ciudad de Barbastro, para el proyectado matrimonio de don J. C. B. y doña J. B. A., intervinieron hasta siete personas. Doña J. aportaba todos sus bienes y entre ellos 50 pesetas que le entregó su padre, don P. B., en concepto, se decía, de dote y por razón de legítima paterna y materna. Unos tíos de la novia casados entre sí la nombraban heredera universal con la condición de que podría disponer de esos bienes, pero no donarlos *inter vivos* ni *mortis causa*. El novio aportó diversas cantidades recibidas por él en concepto de dote y legítimas. Se pactó que los cónyuges vivirían en casa del matrimonio de los tíos de ella, don P. B. y doña M. A., cultivando todos el patrimonio familiar, que era el de esos tíos, y se preveía que si la vida en común se hacía imposible los contrayentes podrían retirarse de la casa y compañía de sus tíos, retirando cuanto ellos mismos hubiesen aportado.

En nueva escritura de 29 de mayo de 1926, otorgada por los dos matrimonios hasta entonces convivientes, el de los tíos y el de la sobrina y su marido, convinieron ambos matrimonios en separarse, renunciar la sobrina y su marido a la herencia de los tíos y restituirse las cantidades aportadas por cada uno. Como ya he indicado, el Registrador denegó la inscripción en el Registro de la Propiedad por incomparecencia del padre de la esposa, con incumplimiento en su opinión del artículo 58 del Apéndice foral de 1925, y el notario interpuso recurso gubernativo, desestimándose el mismo tanto por el Presidente de la Audiencia como por la Dirección General.

El notario, con meritoria precisión, alegaba que en las primeras capitulaciones había dos clases de estipulaciones «*perfectamente diferenciables*», como eran la institución de heredero y la sociedad conyugal del matrimonio joven. La verdadera capitulación, argumentó, era la de éstos, ya que sólo ellos la otorgaban y que la segunda escritura en nada alteró el «*estatuto nupcial*». El contrato matrimonial, argumentó, quedaba íntegramente subsistente y no había existido en rigor la novación a la que se refiere el artículo 1203.1.º CC. Y además, la separación ya se había previsto en la primera escritura de capítulos, por lo que no concurría verdadera novación de la mencionada en el artículo 58 del Apéndice. Por lo demás, concluía, la novia era mayor de edad y el padre no había sido otorgante en concepto alguno, sino sólo acompañante

por razones morales. Pero el padre ni adquirió derechos ni contra-jo obligaciones de ninguna especie. No se argumenta en el caso sobre la donación como «dote o legítima» que su padre había hecho a la novia (parece que con anterioridad al otorgamiento de los capítulos, pero mencionándose en la escritura pública de los mismos) de 50 pesetas, ni la mencionó el notario.

Frente a esta sensata argumentación del notario, la Dirección General sostuvo la invalidez de la segunda escritura pública en la que se dejaban sin efecto pactos hereditarios, de vida común y otros. Argumentó que en la primera escritura el notario, al redactarla, no aludió a otorgantes en diversos conceptos, sino que *«puso de relieve que las complejas relaciones y prestaciones de la escritura en cuestión, forman un todo orgánico, un verdadero contrato único por su forma y por las recíprocas manifestaciones de los comparecientes, sin que sea dado al Registrador que ha de calificar escindir el acto jurídico o dividir la continencia para limitar las declaraciones del padre compareciente a recibir la renuncia de su hija en orden a los derechos hereditarios»*. Y añadía la Dirección General que la intervención del padre en el Alto Aragón significa *«más que una prueba de reverencia por parte de los contrayentes, el cumplimiento de un deber tradicional por parte del padre, llamado en primer término a cuidar del porvenir de su hija y a vigilar la redacción de las estipulaciones sobre que haya de desenvolverse la futura sociedad conyugal»*. Finalmente rechaza la argumentación del notario de que sólo se pueda ser otorgante o para adquirir derechos u obligaciones o para representar a otro o para suplir su falta de capacidad. Considera esa enumeración *«deficiente»*, ya que deja fuera al que concurre para levantar una prohibición de disponer, o al padre que da consejo favorable a la boda de su hija y *«concorre al perfeccionamiento»* de los capítulos pactados.

Como se ve, la argumentación de la Dirección General es formalmente correcta, al aplicar el entonces vigente artículo 58 del Apéndice, con su llamada a los ascendientes y parientes intervinientes en los capítulos y aun a los parientes legalmente llamados en casos en sustitución de los intervinientes iniciales que luego no pudieran comparecer, pero resulta en el fondo poco razonable socialmente y recurre a una cierta retórica que, aunque ciertamente inspiradora también del precepto del Apéndice recordado, evoca claramente a la vieja familia patriarcal (deber tradicional del padre; deber de vigilar la redacción de las estipulaciones capitulares, y de concurrir al perfeccionamiento...), y retórica de la que, incluso ya en ese momento histórico, hubiera sido bueno poder prescindir en

el supuesto, en el que los dos matrimonios que verdaderamente habían sido partes del negocio en sentido sustancial habían alcanzado un acuerdo de separación de las familias amistoso, razonable e incluso previsto como posible en la escritura inicial de capítulos. Esta Resolución, reconociendo una posibilidad de injerencia excesiva al padre de la esposa joven, que acaso ni él siquiera estaba interesado en ejercitar, creo que ilustra muy bien sobre lo irrazonable de la regla (art. 1331 CC) que someto a consideración en este trabajo.

Mejor sentido parece mostrar la Audiencia Territorial de Zaragoza en su sentencia de 29 de diciembre de 1948 ³⁹, en la que no acepta la anulación de un acuerdo de reorganización de la vida de una familia aragonesa que vivía en la típica casa, acuerdo que se había realizado en acto de conciliación, y que se había hecho necesario por las desavenencias surgidas entre la heredera de la casa nombrada en unas capitulaciones matrimoniales, ya viuda y con hijos, y su padre y restantes hermanos. El pacto se denominó de «renuncia», pero parece que era una verdadera novación de los capítulos familiares. La viuda «renunciante» intentó anular el acuerdo tras contraer nuevo matrimonio y alegó, entre otras razones, que no habían comparecido en el acto de conciliación todos los interesados, como, en particular, su madre y una tía que había de vivir con ella. La Audiencia no admitió la anulación y ni siquiera —esto ya parece que sin razón— que hubiese habido novación de los capítulos.

A la misma conclusión crítica antes expresada conduce, en mi opinión, el estudio de algunas sentencias dictadas por el TS sobre la irrevocabilidad de ciertas donaciones hechas en capítulos matrimoniales bajo el régimen del Derecho catalán histórico anterior a la Compilación catalana de 1960. Por ejemplo, la sentencia de 12 de junio de 1925 ⁴⁰ declaró nula una modificación de unos capítulos matrimoniales anteriores, de 15 de mayo de 1901, realizada sólo por los cónyuges, que se habían separado de mutuo acuerdo, en acta de conciliación de 17 de junio de 1902, ratificada pocos días después en escritura pública de 23 de junio de 1902. En los capítulos iniciales de mayo de 1901 ambos cónyuges se habían hecho una mutua donación esponsalicia o de sobrevivencia, llama-

³⁹ Lo que el resumen disponible de esta sentencia ya no explica es si las dos personas no comparecientes a la novación habían comparecido o no en el otorgamiento de los capítulos iniciales. Cfr. *Anuario de Derecho Aragonés*, IV, 1947-1948, pp. 564-565, y mi trabajo de 1988, p. 708, nota 16.

⁴⁰ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 167, 1925, núm. 25, pp. 128-138. Ponente JOSÉ GARCÍA VALDECASAS. En esta Sentencia se citan otras sentencias del TS tanto a favor como en contra de la tesis sostenida en la misma.

da vulgarmente «*escreix*». La esposa falleció el 12 de mayo de 1917 y sus bienes pasaron a sus herederos. Sin embargo, poco después el marido, con la escritura capitular inicial de mayo de 1901, logró inmatricular a su nombre en el Registro de la Propiedad una finca que su mujer le había donado en esos capítulos, con lo que consiguió poco después desahuciar de la finca en cuestión a los herederos de su difunta esposa. Estos herederos demandaron al marido, pero el TS, obligado a aplicar el Derecho catalán histórico, le dio la razón a éste, creo que injustamente y poco razonablemente incluso en aquel momento histórico, argumentando desde la retórica de la vieja familia patriarcal y recordando que en los capítulos matrimoniales catalanes solían intervenir (la sentencia ni siquiera aclara si habían intervenido en el concreto supuesto) los padres de los contrayentes y otros parientes y extraños y que, por ello, constituían una «*verdadera organización del patrimonio familiar*» irrevocable.

En alguna otra sentencia, como la de 24 de junio de 1974 ⁴¹, el TS sí que admite la modificación de unos capítulos matrimoniales de 4 de septiembre de 1946 en los que se había otorgado un pacto sucesorio o heredamiento catalán con intervención de varios familiares de los contrayentes, y que fueron modificados en nueva escritura pública de 29 de agosto de 1949, pero porque la modificación se hizo con intervención de nuevo de todos esos mismos otorgantes de los capítulos iniciales. El pleito se planteó porque un hijo del beneficiario del heredamiento pactado en los capítulos iniciales creyó tener derechos sucesorios en representación de su padre fallecido y alegó confabulación de todos los firmantes de los segundos capítulos modificativos que, según él, habrían coaccionado moralmente a su padre para que firmara esa modificación capitular. El TS, aplicando el Derecho catalán histórico y con toda razón, destacó el aspecto contractual de los capítulos, reconoció que hubo mutuo disenso y que el mismo había hecho cesar la supuesta irrevocabilidad de los capítulos matrimoniales, y denegó la petición del demandante. Además, el Alto Tribunal consideró no probada la coacción moral sobre uno de los firmantes que alegaba el demandante. Pero obsérvese que un pleito así, con tan endeble fundamento para la demanda, seguramente no hubiera llegado ni a plantearse por el demandante si no hubiera existido en el ambiente (y en la interpretación jurisprudencial del Derecho catalán histórico entonces todavía vigente, como acabamos de ver) la idea de la persistencia de la vieja familia extensa o patriarcal.

⁴¹ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1974, núm. 319, pp. 542 ss. Ponente Antonio PERAL GARCÍA.

Similares concepciones profundas muestran algunas sentencias del TS sobre el Derecho histórico navarro anterior a la Compilación foral navarra de 1973. Por ejemplo, en su sentencia de 28 de septiembre de 1867⁴², en la que se resuelve un conflicto creado en una típica familia extensa, que se había estructurado en sendos capítulos matrimoniales de 5 de julio de 1843 y de 11 de enero de 1854, con donación universal o pacto sucesorio en los primeros a favor de la contrayente por parte de su padre y abuela, aunque también con la típica previsión de posibles discordias entre los miembros mayores de la familia y el matrimonio joven, discordia que luego se produjo en efecto, haciéndose necesario un pacto de disolución de la «*sociedad de compañía*» pactada. El pleito se produjo, no por la relación entre los dos capítulos matrimoniales sucesivos ya mencionados, sino porque en los capítulos iniciales de 1843 el padre de la contrayente y heredera se había «reservado» la libre disposición sobre 1.500 duros, pero finalmente, después de haber gastado, al parecer, más de 5.000 duros, falleció en junio de 1862 habiendo dejado todavía a una sirvienta, en testamento otorgado poco antes de morir, un legado de 1.300 duros. La sirvienta y su marido demandaron, entonces, al matrimonio que había capitulado en 1843, reclamándoles el pago del legado. El TS rechazó esta pretensión, parece que con razón en aquel contexto, considerando nulo ese legado testamentario al entenderlo hecho en contravención del pacto familiar en capítulos de 1843, que como contrato vinculante no podía quebrantarse unilateralmente por el testador, que era uno de los intervinientes.

En el mismo sentido, las sentencias del TS sobre el Derecho histórico navarro de 27 de junio de 1922 y de 22 de marzo de 1958⁴³ dan gran relevancia a pactos familiares en capítulos matrimoniales con pactos sucesorios y otras especificaciones propias de la familia extensa, hasta el punto de anular pactos de separación amistosa entre familias convencionalmente reunidas mediante esos capítulos, y a pesar de que en esos pactos de separación amistosa entre matrimonios se renunciaba por quien había recibido la «donación universal» de bienes de sus padres a esos derechos hereditarios. En la primera de dichas sentencias, el Alto Tribunal declaró nula la escritura amistosa de recomposición familiar de 11 de enero de 1890, reformadora del diseño familiar pactado en capítulos matrimoniales

⁴² Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1867, tomo 16, núm. 244, pp. 191 a 195. Ponente Buenaventura ALVARADO.

⁴³ Cfr., respectivamente, *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1922, tomo 156, núm. 100, pp. 647 a 664. Ponente Manuel DEL VALLE; y tomo 67, marzo de 1958, núm. 218, pp. 785 a 798. Ponente Joaquín DOMÍNGUEZ DE MOLINA.

de 30 de junio de 1856 y, sobre todo, de 10 de junio de 1885, al haberlo solicitado así en su demanda el defensor judicial de la menor que era hija de la donataria universal y nieta de la donante, frente a donaciones de bienes hechas por esta donante a otros hijos suyos con base en la recuperación de bienes que ella había logrado en la escritura de reorganización familiar amistosa de 1890. La anulación de ésta última supuso la anulación también de las donaciones hechas por esa madre a sus hijos. El TS apoya esta muy discutible decisión, expresamente, en el «*carácter patriarcal de la familia navarra*», en la que las condiciones y obligaciones adquiridas en capítulos matrimoniales afirma que «*por su especial naturaleza familiar requieren la permanencia como ley primordial*», por lo que considera que «*es esencial la irrevocabilidad*» de esas donaciones «*propter nuptias*». Y similar doctrina sigue, apoyándose expresamente en esta sentencia de 1922, la de 22 de marzo de 1958, que añade a esos argumentos ahora recordados el de que la irrevocabilidad de la donación universal «*propter nuptias*» (pacto sucesorio) era «*la base del régimen económico establecido*» en unos decisivos capítulos familiares de 12 de noviembre de 1933.

El resto de resoluciones judiciales o de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el Derecho aragonés histórico que he encontrado, aparte de una curiosa sentencia del TS, en la que se analiza una escritura pública de separación entre cónyuges para separarse de hecho a mediados del siglo XIX, modificándose los capítulos anteriores⁴⁴, contienen más bien supuestos,

⁴⁴ Cfr. sentencia del TS de 22 de enero de 1884; *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 54, núm. 30, pp. 134 a 139. Ponente Juan FERNÁNDEZ PALMA. Era un matrimonio con hijos de la zona de Borja, provincia de Zaragoza, y cuyos cónyuges modificaron un régimen establecido en capítulos, aunque no se dice si intervinieron en cualquiera de las escrituras otros otorgantes distintos de los mismos cónyuges, ni cuál fuera el régimen matrimonial modificado, ni se denominan capítulos a las escrituras modificativas (dos escrituras públicas de 29 de marzo de 1858 y de 14 de diciembre de 1866, y un convenio privado de 13 de septiembre de 1866). El marido había prometido pasar a su mujer una pensión anual de 7.500 reales de vellón, aparte de otros varios arreglos económicos entre ellos, pero en cierto momento se arrepintió y pidió la nulidad de esa pensión y de otras donaciones que había realizado a favor de su mujer, argumentando la falta de la insinuación que para esas donaciones exigía el Derecho aragonés, y que todas las escrituras, al facilitar la separación entre los cónyuges, eran contrarias a la moral y a las leyes canónicas y civiles. El TS da la razón al marido sobre todo desde el argumento de la falta de insinuación de las donaciones, llevando en esto la contraria a la doctrina clásica aragonesa. Es curioso que Joaquín COSTA, apoyándose en esta sentencia, llevó también la contraria a dicha doctrina clásica aragonesa. Véase sobre esto mi trabajo de 1988, donde expongo, en las pp. 656 a 658, el estado de la cuestión en el Derecho aragonés antes del Apéndice de 1925, aunque sin haber recogido esta curiosa sentencia. Para la mencionada opinión de COSTA, véase su *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), pp. 143 a 145. Conviene recordar también, puesto que es poco conocido, que, en el siglo XIX, existió jurisprudencia del TS que exigía la insinuación ante el juez para la validez de ciertas donaciones tanto en el Derecho castellano (Partida 5.ª, tít. 4.º, ley 9.ª) como en el Derecho

como los vistos en relación a los Derechos catalán y navarro históricos, en los que se discute si nuevos capítulos o escrituras o testamentos posteriores han vulnerado o no el sentido de lo ordenado en capítulos anteriormente otorgados conteniendo pactos familiares y pactos sucesorios, por lo que no aluden exactamente al problema contemplado en este trabajo, teniendo sin embargo alguna utilidad para la comprensión del contexto histórico en el que dicho problema se planteaba inicialmente.

En la sentencia del TS de 28 de febrero de 1860⁴⁵ se trata un conflicto que arranca del testamento que había otorgado en la localidad aragonesa de Aguarta el 19 de febrero de 1668 don Pedro de Villacampa, señor de Artosilla, estableciendo una vinculación o mayorazgo en el que a los nietos se les imponía la condición de casarse a voluntad de determinadas personas, matrimonio obligatorio al que se condicionaba la percepción de la herencia correspondiente. Se discurre sobre la Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776, reguladora de los consentimientos del padre para los matrimonios de los hijos, y que se explica que había previsto la sustitución del padre fallecido por otras personas en ese cometido de autorizar el matrimonio de los hijos. Se da noticia en el caso de que en 17 de enero de 1788 un amplio número de personas otorgaron unas capitulaciones en las que se especificaba que una descendiente del fundador de la vinculación se casaba conforme a la voluntad de determinadas personas según lo ordenado por el fundador.

La sentencia de 5 de mayo de 1892⁴⁶ contempló un caso en el que, en unos capítulos matrimoniales de 30 de enero de 1846, los contrayentes, en unión del padre de ella, parece que habían pactado una institución recíproca de herederos o pacto «*al más viviente*» (no se denomina así, al parecer, en los mencionados capítulos ni en la sentencia), que luego se discutió si había sido o no vulnerada por un testamento de la esposa otorgado el 10 de septiembre de 1883, pocos meses antes de premorir a su marido. El pleito lo planteó una sobrina de la esposa con derechos hereditarios según ese testamento de 1883 contra una sobrina del marido sobreviviente, a quien

catalán (Constitución 1.ª, tít. 9, libro 8.º, de las de Cataluña). Véase para el primero la sentencia de 27 de marzo de 1860, *Jurisprudencia civil*, tomo V, 1860, núm. 147, pp. 335 a 339; Ponente don Miguel OSCA; y en cuanto al segundo, la sentencia de 11 de junio de 1862, *Jurisprudencia civil*, tomo VII, 1862, núm. 154, pp. 380 a 383. En su comentario al artículo 946 del Proyecto de 1851 GARCÍA GOYENA, Florencio, recordaba los antecedentes romanos y de Partidas de esta exigencia de insinuación o forma especial para estas donaciones superiores a cierta cuantía o valor.

⁴⁵ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo V, 1860, núm. 127, pp. 285 a 291. Ministro don Antero ECHARRI.

⁴⁶ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 71, 1892, núm. 135, pp. 561 ss. Ponente Joaquín GONZÁLEZ DE LA PEÑA.

éste, tras heredar a su esposa, había nombrado heredera antes de morir, precisamente en otro testamento de 1 de julio de 1885, otorgado el mismo día en que falleció. El TS dio preferencia, creo que con razón, a los capítulos de 1846 y los consideró un contrato irrevocable, aunque sin reconocer pacto sucesorio (parece que lo hubo) y argumentando que lo que se había pactado era sólo una disolución de los gananciales a la disolución por muerte, lo que entendía válido tanto en el Derecho aragonés como en el Derecho común.

La sentencia del TS de 31 de marzo de 1900 ⁴⁷ contempla un típico supuesto de dos capitulaciones encadenadas por el eslabón de una fiducia establecida a favor del cónyuge que resultara sobreviviente para nombrar sucesor de la Casa a uno de los hijos comunes (hijo o hija) del matrimonio capitulante o a favor, si murieren ambos cónyuges sin haber dispuesto, de ciertos parientes que se especificaban. La fiducia se estableció en unos capítulos matrimoniales de 15 de enero de 1835 y, ya fallecido el marido, la mujer viuda ejecutó la fiducia nombrando heredero universal a uno de sus hijos en los capítulos que éste celebró al casarse, el 4 de junio de 1879, otorgamiento al que concurrió la madre con el fin, entre otros, de nombrarle heredero. Una de las hermanas del heredero alegó luego preterición e intentó en juicio la declaración de nulidad de los capítulos de 1879 sin que el TS, que consideró con acierto bien ejecutada por la viuda la fiducia establecida en 1835, le diera la razón. El supuesto ya se ve que es de Derecho aragonés anterior incluso al CC.

Algún interés presenta también la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 16 de mayo de 1914 ⁴⁸, que resolvió un supuesto en el que parientes de los capitulantes, en una escritura pública posterior a la de capítulos, hicieron un intento de influir en el cumplimiento de una fiducia establecida a favor del cónyuge sobreviviente en esos capítulos matrimoniales. En capitulación entre los contrayentes de fecha 2 de mayo de 1863 se había dispuesto que pudieran nombrar heredero en el futuro, de entre los hijos que hubiere en el matrimonio, el superviviente y un pariente del premoriente más cercano de él, varón y mayor de edad, lo que, fallecido el padre del instituido heredero (don P. B.), precisamente fue cumplido eligiéndose a éste de entre los cuatro hijos habidos en el matrimonio por la madre viuda, doña A. A. S., titular del «señorío mayor», y don

⁴⁷ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, tomo 89, 1900, núm. 80, pp. 430 a 436. Ponente Vicente DE PINIÉS.

⁴⁸ Véase esta Sentencia en Anuario de Derecho Civil Aragonés, tomo IV, núm. 148, pp. 364 a 372. La había citado ya en mi trabajo de 1988, al comentar el artículo 28 de la Compilación aragonesa, p. 712, nota 22.

M. B., pariente más próximo del padre difunto, don F. B., y haciéndose por ambos esa designación de heredero en escritura pública de 14 de diciembre de 1894. Algunos años después, los más próximos parientes de esos contrayentes y capitulantes de 1863, otorgaron en escritura pública de 12 de febrero de 1904 un documento o escritura llamado «de aclaración» en el que se intentaron entrometer en la institución de heredero hecha en cumplimiento de la fiducia, al intentar explicar, aclarar y hasta subsanar, a juicio de la Audiencia, la escritura de institución de heredero de 1894. Dos de los tres hermanos del heredero elegido por la fiduciaria demandaron a éste, invocando, entre otras razones, preterición suya, pero la Audiencia de Zaragoza desestimó esas pretensiones y consideró válida la escritura de ejecución de la fiducia de 1894. O sea, que los parientes no pretendieron modificar directamente los capítulos matrimoniales, pero sí su eficacia normal.

La sentencia del TS de 26 de mayo de 1952 ⁴⁹ discurrió sobre si podían o no cumplir los parientes una fiducia establecida en unos capítulos matrimoniales aragoneses de 1898, en un supuesto en el que los cónyuges fiduciarios habían tenido cuatro hijos pero habían fallecido sin ejecutar la fiducia y sin designar heredero. El Alto Tribunal prefirió que los parientes precisamente llamados por uno de los hijos ejecutaran la fiducia y nombraran heredero, por supuesto, a éste, que no permitir abrir la sucesión intestada y dividir la herencia en partes iguales entre los cuatro hermanos. La sentencia del TS de 4 de julio de 1953 ⁵⁰ todavía tuvo que tratar un conflicto en el que se discutía si un testamento mancomunado otorgado el 12 de mayo de 1920 por dos cónyuges aragoneses contra venía o no lo ordenado en la organización familiar y patriarcal proveniente de unos antiguos capítulos matrimoniales aragoneses de 6 de abril de 1844 y, sobre todo, de otros de 17 de noviembre de 1868. Aunque se aplicaba todavía el Derecho histórico aragonés anterior al Apéndice, el TS, contestando una alegación de los recurrentes, afirmó que no podía aplicarse el artículo 58 del Apéndice (el precepto equivalente al actual art. 1.331 del CC) porque, sobre ser aplicable aún el Derecho anterior, el testamento mancomunado no tenía carácter de «novación» de los capítulos de 1868. La anulación del testamento mancomunado la reclamaban en su demanda unos parientes colaterales de la familia del marido testador contra la mujer nombrada heredera en el testamento mancomunado (los

⁴⁹ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1952, tomo 24, núm. 191, pp. 948 a 959. Ponente Celestino VALLEDOR.

⁵⁰ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1953, tomo 31, núm. 273, pp. 105 a 123. Ponente Juan SERRADA HERNÁNDEZ.

cónyuges testadores habían fallecido sin hijos), pero la Audiencia de Zaragoza y el TS, acaso forzando un tanto el sentido de los capítulos de 1844 y 1868, absolvieron de la demanda a esta heredera.

La sentencia del TS de 27 de febrero de 1964⁵¹ tuvo que decidir sobre si una escritura pública de 21 de enero de 1930 había o no vulnerado unos capítulos tradicionales otorgados el 5 de junio de 1898 por dos matrimonios de dos hermanos con dos hermanas, puesto que en dicha escritura de 1930 se había nombrado heredero, pero al parecer en irregular ejecución de una fiducia concedida en esos capítulos anteriores de 1898 constitutivos de una sociedad familiar y típica Casa aragonesa. Se argumentó más desde el Apéndice de 1925 que desde el Derecho histórico aragonés. El supuesto era complejo y de difícil solución. Los bienes principales los aportaba uno de los dos maridos capitulantes, don Ramón A. C., quien tuvo dos hijos de esa primera esposa y, ya viudo, se casó de nuevo con doña Simona G. G., teniendo otros ocho hijos de este segundo matrimonio. Don Ramón A. C. y su primera esposa fallecieron sin designar heredero, supuesto para el que los capítulos de 1898 habían previsto que designaran heredero dos parientes, los más próximos, uno del marido y otro de la esposa fallecidos. En lugar de ello, a la escritura de 21 de enero de 1930 concurren tres parientes, de los que dos del marido muerto, su segunda mujer, doña Simona G. G., que accedió a designar heredero al hijo mayor del primer matrimonio de su marido muerto, para no desmembrar el patrimonio de la Casa familiar y, finalmente, ese hijo nombrado heredero, don Ramón A. L. Posteriormente, según doña Simona G. G., no se cumplió ninguno de los pactos de la escritura de 1930, ni en lo relativo a ser pacto para después de los días de los otorgantes; ni en el deber de respetar su «señorío mayor»; ni en cuanto a las prohibiciones de enajenar bienes del patrimonio familiar. Parece que doña Simona tuvo que llegar a dejar la Casa y acogerse a la caridad de unos parientes lejanos. Por todo ello, doña Simona demandó al heredero e hijo del anterior matrimonio de su difunto marido, pretendiendo que la herencia de éste se distribuyera igualitariamente entre los diez hijos que él había tenido, como «herederos forzosos», y de los que ocho eran hijos de doña Simona. La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 21 de diciembre de 1960 acogió sustancialmente las pretensiones de doña Simona, pero considerando nula la escritura de 1930 por haber existido preterición en el testamento y calificando dicha escritura

⁵¹ Cfr. *Colección Legislativa de Jurisprudencia civil*, 1964, T, núm.183, pp. 909 a 930; Ponente Tomás OGAYAR AYLLÓN.

como un testamento nulo por defectos de forma como tal testamento. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación desde argumentos puramente procesales y formalistas. La solución parece justa pero defectuosamente argumentada, porque no había habido testamento, y se debió argumentar más bien desde el doble incumplimiento tanto de los capítulos de 1898, como de la escritura de reorganización familiar de 1930.

Todavía la sentencia del TS de 8 de mayo de 1982 tuvo que discurrir sobre si una escritura pública de 13 de enero de 1959 había ejecutado correctamente o no una fiducia aragonesa establecida en unos capítulos matrimoniales de 18 de octubre de 1917. Se había encargado esta fiducia en dichos capítulos, para el caso de premoriencia de uno de los cónyuges, al cónyuge sobreviviente junto al pariente más cercano del cónyuge premuerto, y si morían los dos, a un pariente de cada parte, dirimiendo el párroco el posible desacuerdo. El cónyuge supérstite, junto al pariente preceptivo del cónyuge premuerto, nombraron heredero a un hijo soltero en esa escritura de 13 de enero de 1959, escritura que el TS consideró válida, a pesar de no haber comparecido los dos testigos instrumentales que exigía el artículo 21 del Apéndice de 1925, pero sólo para el otorgamiento de testamento abierto, por lo que se consideró el precepto, creo que con razón, no aplicable al caso.

Más alejadas del objeto de nuestra investigación, aunque ayudan a entender el Derecho aragonés vivo de la época, quedan otras resoluciones del TS o de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictadas para el Derecho aragonés anterior al Apéndice de 1925, en las que se discute, entre otros temas, hasta qué punto era necesaria la comparecencia de ciertos parientes para la validez de actos dispositivos de los «señores mayores» en casos en los que la «carta» capitular familiar, otorgada por varias personas, había puesto condicionamientos de comparecencia de los mencionados parientes a la transmisión de bienes de la Casa por tales «señores mayores»⁵².

⁵² La sentencia del TS de 17 de enero de 1912 aceptó que el matrimonio de los «señores mayores», que habían vendido, junto con su nuera viuda, ciertas fincas, pero prescindiendo de la intervención de ciertos parientes a los que la carta capitular llamaba a apreciar la necesidad de las ventas, las habían vendido válidamente, afirmando incluso el Alto Tribunal que la concurrencia de la nuera viuda a las ventas había sido, en rigor, innecesaria. Cfr. *Jurisprudencia civil*, tomo 123, 1912, núm. 23, pp. 136 a 151. Ponente Antonio GULLÓN. La resolución de la Dirección General de 29 de mayo de 1921 consideró también válidas unas ventas de bienes de la Casa hechas por el padre viudo junto con la abuela materna y siendo menor de edad todavía la hija del matrimonio y futura heredera, sin atender las alegaciones del Notario recurrente, que reclamaba la necesaria intervención de otros parientes, y sin considerar las mencionadas ventas incompatibles con el derecho legitimario de la hija. Cfr. *Jurisprudencia civil*, tomo 153, 1921, núm. 58, pp. 291 ss. Director General M. F. BARRÓN. Pero, en sentido contrario, la Resolución de la Dirección

Una propuesta de supresión o de reforma normativa

Como explico al inicio de este trabajo, el profesor Lacruz dejó sentada ya a principios de los años sesenta, hace cuarenta años, su convicción profunda de que no es razonable que la voluntad de personas diversas de los contrayentes pueda influir decisivamente en la decisión de los mismos contrayentes relativa a modificar el régimen económico matrimonial, aunque hubieran intervenido esas personas en el otorgamiento de unos capítulos iniciales. Y opinaba, situándose en un plano más bien dogmático y ahistórico, que el antiguo artículo 1319 CC de 1889, en el fondo, respondía esencialmente a la idea de proteger el interés de los otorgantes donantes, de modo que, renunciando los cónyuges donatarios a los beneficios percibidos, hubieran debido poder éstos libremente tomar las decisiones que quisieran sobre su propio régimen económico matrimonial. Desde sus primeros trabajos sobre esta materia, siguiendo a doctrina extranjera, el propio profesor Lacruz, puso también en circulación la idea de la «vinculación» o «interdependencia» posibles entre los negocios dispositivos celebrados en capítulos y las estipulaciones capitulares o normativas, propias del régimen económico matrimonial. Casi toda la doctrina española (incluido el autor de este trabajo) ha seguido esta idea como básica para explicar las dos versiones sucesivas del artículo 1319 del Código, primero, y del vigente artículo 1331, después⁵³. Es verosímil además que el propio profesor Lacruz, que tanto influyó en la Compilación aragonesa, inspirara o diera su aceptación al texto del artículo 28 de la misma, así como que su opinión pesara o influyera en la redacción adoptada para el artículo 1331 por el legislador de 1981⁵⁴. Creo que ha pesado todavía la opinión de Lacruz, acaso con alguna atención también a las opiniones mía o de Bayod López, en la nueva versión del precepto en el artículo 18 de la Ley

General de 19 de julio de 1927 se mostró muy exigente en el respeto de la costumbre altoaragonesa de llamar a los parientes para apreciar la conveniencia de la enajenación de una casa que pretendía hacer por sí sola una viuda fiduciaria nombrada tal en testamento. El Registrador había denegado la inscripción, alegando, entre otras razones, posibles perjuicios a los hijos menores o a sus legítimas. Cfr. *Jurisprudencia civil*, 1927, tomo 1178, núm. 60, pp 323 a 330.

⁵³ El problema explicado resulta un poco como simétrico al que se planteó en el Código sobre los posibles límites al principio de inmutabilidad postnupcial de los capítulos, visto a veces como norma de orden público, y tema sobre el que se planteó una interesante jurisprudencia. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, en el *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 362.

⁵⁴ Escuché contar en más de una ocasión al profesor Lacruz, que participó en las labores de preparación de la Ley de 13 de mayo de 1981, que consiguió de los otros participantes en esas labores el que tuvieran siempre a mano, encima de la mesa, un texto de la Compilación aragonesa de 1967.

aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, cuya Exposición de Motivos invoca para este punto la consideración de doctrina autorizada.

Personalmente, procurando incorporar a las explicaciones habituales un mayor acento histórico dogmático, he llegado a ser finalmente bastante escéptico sobre esta idea de la interdependencia de negocios dispositivos y estipulaciones capitulares, sobre todo en un contexto de mutabilidad posnupcial de los capítulos, ausencia de límites a los cónyuges para contratar entre sí, supresión de la dote, flexibilización de las donaciones antenuptiales y *propter nuptias*, y en el que la sociedad ha dejado definitivamente atrás la organización familiar patriarcal. No es que crea que esa «interdependencia» no puede existir. Son concebibles casos. He puesto alguna vez de ejemplo el que cuenta Joaquín Costa⁵⁵ (sin relacionarlo él con la mencionada «interdependencia», concepto seguramente inexistente en su época) del sacerdote hermano del heredero de la Casa aragonesa a quien los padres atribuyen el derecho a vivir siempre en la misma si lo desea, y a ser alimentado en ella, pero estipulando, al objeto de garantizarle ese derecho, que, una vez fallecidos los instituyentes, el heredero no podría vender ni empeñar cosa alguna sin el consentimiento de su hermano sacerdote. O narra también Costa, aunque este ejemplo sea ya menos significativo, el caso de los padres que dejaban a su hija como «dote o legítima» cinco mil pesetas, pero sólo si se casaba a gusto de los padres, reduciéndosele en caso contrario la legítima al mero «haber y poder» de la Casa (cuantía de la legítima dependiente de una condición). Pero ejemplos como éstos no parecen frecuentes ni verosímiles en la práctica actual y el estudio de la jurisprudencia muestra que el artículo 1331 no se ha aplicado prácticamente nada, pareciendo que tampoco se va a aplicar útilmente en el futuro⁵⁶, y pudiendo afirmarse lo mismo de las versiones actuales del precepto en los Derechos autonómicos con Derecho civil propio⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, 1981 (1879, 1880, 1885), pp. respectivamente, 185 y 168.

⁵⁶ Ese mismo pronóstico había hecho yo en 1988 para el similar precepto del artículo 28 de la Compilación aragonesa, creo que con acierto al menos hasta ahora, por lo que después se ha podido ver. Cfr. la p. 712 de mi trabajo tantas veces citado. Vino luego a coincidir en ese pronóstico BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, p. 300. GARCÍA CANTERO, Gabriel, también ha pronosticado escasa aplicación al artículo 1331 del Código. Cfr. *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 348. Si algún supuesto se da considero seguro que tendrá que ver con raros residuos de la familia patriarcal que puedan quedar en la sociedad española actual.

⁵⁷ Debe reseñarse la lucidez de Joaquín COSTA al afirmar que el típico heredamiento altoaragonés era una institución de carácter patriarcal y que sólo cabría en una sociedad que conservase ese mismo carácter patriarcal. Cfr. *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, tomo 1.º, Guara Editorial, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), p. 137.

En mi trabajo de 1988 solicité la supresión del artículo 28 de la Compilación ⁵⁸ (y la del 52-1.º), hoy sólo sustituido por el legislador de 2003 por un precepto similar (aunque de alcance que se pretende más restringido, como he advertido), y no llegué a solicitar la del artículo 1331 del Código, aunque dejé insinuado que las mismas consecuencias teóricas que extraía la mejor doctrina de dicho precepto podrían quizás lograrse por la mera aplicación de las reglas generales del Derecho patrimonial aplicadas al contrato complejo que es o puede ser una capitulación matrimonial (art. 1257 del CC, por ejemplo...) ⁵⁹. También, habría que añadir, por supuesto, que por la aplicación de las reglas del Derecho de familia o de sucesiones que resulten aplicables. Hoy me siento más convencido todavía de esta idea expresada entonces. Los negocios dispositivos albergados en capítulos y las estipulaciones capitulares no son tan distintos como el agua y el aceite, pero casi. Se interfieren muy difícilmente, y ello lo mismo en contextos urbanos y de familias «nucleares» o «neolocales» que en aquellos en los que pueda quedar algún leve vestigio de la vieja organización patriarcal. Al fin y al cabo, en Aragón, por ejemplo, los que fueron muros maestros de la Casa aragonesa del Derecho consuetudinario altoaragonés (pactos sucesorios, fiducias, testamentos mancomunados, competencias parentales...) están ya legislados por legislación general desde 1925 y, sobre todo, desde 1967, teniendo mero carácter residual la referencia legal genérica a las restantes instituciones consuetudinarias (hoy, art. 19 de la Ley aragonesa 2/2003), referencia legal de importancia menor aunque en ella se altere a favor de la costumbre por reenvío la jerarquía normativa. Por tanto, la incidencia de los consentimientos de verdad relevantes, o de su falta, ya está regulada y legislada en cada uno de estos típicos institutos del Derecho aragonés, que pueden desenvolverse todos ellos, al menos teóricamente, en el marco más amplio del cumplimiento de unos capítulos matrimoniales ⁶⁰.

⁵⁸ Se sumó a dicha petición de supresión, con argumentos distintos, BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, 1995, pp. 254 y 316. Anteriormente, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, había considerado el artículo 28 de la Compilación «digno de alabanza» y había solicitado una reforma legal que lo ampliara, suprimiendo la limitación de la llamada a la novación sólo a los otorgantes iniciales que fueran «ascendientes». Cfr. su comentario al artículo 28 en los *Comentarios de Edersa* dirigidos por ALBALADEJO, tomo 33, vol. 1.º, 1986, p. 305.

⁵⁹ Con esta explicación vino luego a coincidir BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 81 y 141.

⁶⁰ En mi trabajo de 1988 (cfr. p. 608) señalé un claro declive de los típicos capítulos familiares altoaragoneses junto al fuerte incremento de capitulaciones en ambientes urbanos, en particular para atender situaciones de crisis matrimonial. Hoy cabe reconocer una práctica desaparición de la vieja Casa aragonesa (los altoaragoneses viven sobre todo del turismo y del esquí) y un incremento espectacular en todo Aragón, como en el resto de España, de los pactos capitulares de regímenes de separación de bienes.

Afirmaba en 1973 el profesor Díez Picazo ⁶¹ que «toda investigación histórica desmitifica (por decirlo con una palabra de moda) el texto legal y le devuelve su originario sentido. Dicho de otro modo, lo repristina y permite situarlo dentro de sus justas proporciones». Y también en nuestro asunto la perspectiva histórico dogmática refuerza, como decía, esta impresión o explicación aportada. Desde ella, como he intentado mostrar en el segundo epígrafe de este trabajo, se llega a ver la pretendida «interdependencia» entre negocios dispositivos y estipulaciones capitulares como una solución doctrinal ortopédica para una deformidad legal innecesaria. El artículo 1331 del CC oculta, tras su limpia y concisa formulación, un verdadero anacronismo. Oculta una regla del *ancien régime* cuya lógica familiar originaria se ha pretendido transformar, a la postre inútilmente, en lógica patrimonial. El precepto contiene un puro arrastre histórico ⁶². Para pactos capitulares antenupciales en la familia patriarcal la regla era la de la total interrelación o interdependencia de todas y cada una de las cláusulas entre sí; el carácter orgánico e indivisible del total negocio capitular familiar concebido como estatuto o «constitución» familiar, constitución, por cierto, dominada por la idea de autoridad y por el poder casi omnímodo de los ascendientes. Una vez que la regla legal aceptó (año 1925 para Aragón; y 1975 para el Derecho común) el principio implícito en ese viejo orden y lo proyectó hacia el futuro, con carácter de generalidad, y se afirmó el mismo también para los capítulos susceptibles de modificación posnupcial, se hizo imperiosamente necesario que la doctrina afirmara que no siempre habría «interdependencia» entre estipulaciones capitulares y negocios dispositivos, a fin de poder atenuar las posibles muy inconvenientes consecuencias de dicha nueva regla legal. Aunque las nuevas formulaciones del precepto en las diversas legislaciones españolas seguramente no llegan ni a fundar una presunción *iuris tantum* de existencia de «interdependencia» siempre que en unos capítulos haya también negocios dispositivos, no deja en ellas de afirmarse siempre legalmente, incluso en algunos de los preceptos

⁶¹ Cfr. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1973, p. 251.

⁶² No es del todo cierta la afirmación de Díez Picazo, Luis, de que en el Código de 1889 hubiera desaparecido ya, en relación con la familia, toda característica asociativa, la idea de sociedad familiar, la idea de empresa familiar, aunque sí que es del todo cierta la explicación del autor, que apoya en la autoridad de Savatier, de que la Codificación francesa nació ya envejecida en cuanto al Derecho de familia y que dejó intacto el modelo familiar del antiguo régimen, así como su explicación de que el modelo patriarcal de las familias agrarias, que califica con Renner muy ajustadamente como «microcosmos», saltó en pedazos con la definitiva implantación del modo de producción capitalista. Cfr. *Familia y Derecho*, Civitas, 1984, pp. 16 y 71 a 73.

más restrictivos de la idea, como el catalán de 1998 y el aragonés de 2003, la posibilidad de existencia de esa «interdependencia», con la consiguiente posible disminución, en abstracto, de la libertad de los cónyuges para modificar sin perjuicio de tercero su régimen económico matrimonial, y con la consiguiente excesiva amplificación, también en abstracto, de las posibilidades de los donantes originarios en capítulos de revocar sus atribuciones gratuitas originarias.

En el precepto originario (art. 1396 del *Code*), carecía casi por completo de sentido pensar que se hubieran podido hacer en capítulos negocios o atribuciones gratuitas u onerosas condicionados a la no modificación del régimen matrimonial, cuando precisamente esa modificación posterior estaba impedida rígidamente por la ley. Ese condicionamiento sólo fue pensable cuando la norma pasó a insertarse en un sistema legal de libre modificación posnupcial de los capítulos. Pero incluso en un tal sistema, estas posibles disposiciones de personas ajenas a los cónyuges, sean o no sus ascendientes, y condicionantes hacia el futuro de su régimen económico matrimonial parecen, en principio, poco generosas o contrarias al espíritu de liberalidad que caracteriza a los negocios gratuitos y acaso también contrarias a la conveniente libertad de los cónyuges y al principio del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la Constitución), más en un sistema que, aunque mantiene todavía especialidades sobre las donaciones antenuptiales y *propter nuptias*, precisamente ha flexibilizado el régimen de éstas, ha previsto una regulación muy amplia de la revocación de dichas donaciones, y en particular de su revocación por incumplimiento de cargas (art. 1343, párrafos 1.º y 2.º), y ha reforzado la responsabilidad del donante por evicción o vicios ocultos en estos casos (art. 1340) y ha suprimido la dote. De modo que, habiendo perdido el sistema actual, tanto en el Derecho común como en los autonómicos, prácticamente todo lastre expreso de lógica familiar o de poder de los ascendientes, en la lógica patrimonial en la que se sitúa hoy, la supuesta posible «interdependencia» entre negocios dispositivos y estipulaciones capitulares parece muy escasamente probable o verosímil ⁶³. Y si esto es así, la ley que la menciona expresamente o la da a entender y la hace presente está abocada a crear más conflictos o dificultades u oscurecimiento de los que pueda resolver.

⁶³ BAYOD LÓPEZ, Carmen, aunque sin llegar a criticar frontalmente el artículo 1331, ha explorado una vía de argumentación, siguiendo a autores italianos y a JORDANO BAREA, basada en discurrir sobre las relaciones entre los contratos en general, desde la que concluye que dentro del instrumento capitular la regla general es la de negocios no coligados o la de la «insensibilidad» de los contratos allí contenidos. Cfr. *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, 1997, pp. 45 a 54, 61, 81 y 139-140.

Y desde luego que, situados en esta lógica sobre todo patrimonial, este razonamiento sería extensible a los acuerdos normativos hechos en escritura pública por las llamadas parejas de hecho y al contenido de los mismos. En la llamada «protección jurídica» a la familia que exige nuestra Constitución (art. 39) tampoco creo que quepa encontrar en absoluto fundamento para una norma como la del artículo 1331 del Código.

El Derecho comparado, superando una amplia polémica doctrinal existente en el siglo XIX en muchos países, ha evolucionado hacia una generalización de la mutabilidad posnupcial de los capítulos⁶⁴. Una regla como la del artículo 1396 del *Code* no parece haber existido en los códigos que desde el principio optaron por ese principio de mutabilidad posnupcial⁶⁵, y aunque subsiste la regla en varios de los códigos que originariamente aceptaron la inmutabilidad posnupcial de los capítulos⁶⁶, tampoco subsiste en todos ellos⁶⁷. Creo que son más que dudosos los servicios prestados durante doscientos años por esta regla del artículo 1396 del *Code* y por sus versiones más evolucionadas, y que la misma ha llegado a ser hoy anacrónica. Me parece que hoy presentaría mayor utilidad una norma jurídica dirigida a preservar en todo su vigor el derecho y la libertad de los cónyuges para fijar y variar su régimen económico matrimonial sin perjuicio de terceros (y éste último sí que es aspecto que merecería los mejores esfuerzos futuros del legislador), y regla que declarase, si no que se tuvieran por no puestos los condicionamientos a dicha libertad incluidos en capítulos (lo que me parecería excesivo, porque podrían también desalentarse, entonces, posibles negocios *propter nuptias* útiles a los cónyuges), sí que se ha de presumir legalmente la falta de vinculación o interdependencia entre los negocios dispositivos incluidos en capítulos y las estipulaciones capitulares normativas. O acaso aún mejor, la mera supresión de la regla (art. 1331, en el Derecho del Código y preceptos correspondientes en los Derechos autonómicos) y establecer en el tema un prudente silencio del legislador.

⁶⁴ Cfr. en dicho sentido GARCÍA CANTERO, Gabriel, en *Derecho civil español, común y foral*, de CASTÁN TOBEÑAS, tomo 5.º, 1994, p. 342. También LALINDE ABADÍA, Jesús, *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*, Barcelona, 1965, p. 31.

⁶⁵ Cfr. por ejemplo, en el sentido indicado en el texto, CC alemán, artículos 1408 ss; o Código suizo de 1907, artículos 182 ss.

⁶⁶ Aparte de en los propios códigos francés y español, también en los italianos, tanto de 1865 (art.1383) como de 1942 (arts. 163 y 164), y tanto antes como después de la Ley de 19 de mayo de 1975, que introdujo la mutabilidad postnupcial de los capítulos.

⁶⁷ Por ejemplo, no ha existido nunca la regla en el Derecho portugués, que se inspiró desde su viejo Código de 1967 en el principio de la inmutabilidad postnupcial de los capítulos (arts. 1096 a 1107), y que parece ser el único que, aunque con excepciones, todavía mantiene ese principio (arts. 1698 y 1714-1715).

RESUMEN

En el presente trabajo el autor propone una reflexión sobre el artículo 1331 del Código civil que ponga el énfasis en el punto de vista histórico dogmático, enfoque este último que sostiene ha faltado hasta ahora en nuestra doctrina más habitual. Desde el punto de vista dogmático, la mejor doctrina ha llegado a la conclusión, de que el artículo 1331 merece una interpretación restrictiva, con diversas manifestaciones, y que tienda a respetar los intereses de personas que han intervenido en el otorgamiento de ajenos capítulos matrimoniales, pero intentando salvaguardar a la vez al máximo la libertad de los cónyuges de modificar en nuevos capítulos su régimen matrimonial. La reflexión histórico dogmática propuesta por el autor muestra significativas interrelaciones entre las regulaciones del tema en el Código Civil y en el Derecho aragonés y muestra también, sobre todo, que el origen del artículo 1331 está en el originario artículo 1396 del Código civil francés, en el que eran aspectos esenciales el presuponer la existencia de la antigua familia patriarcal y contemplar exclusivamente una modificación prenupcial de los capítulos. El precepto, mantenido aunque con diversos retoques, en un sistema de familia nuclear y de libre modificabilidad posnupcial de los capítulos se muestra hoy de utilidad casi nula y el estudio de la jurisprudencia parece mostrar que no es cierta en la actual realidad social o jurídica la supuesta posible interdependencia predicada por la doctrina entre estipulación es capitulares y negocios dispositivos. El autor termina considerando el precepto analizado, así como sus actuales versiones autonómicas, como un mero arrastre histórico, y del que perfectamente podría llegar a prescindirse, en su opinión, en una futura reforma legal.