

niales «no podrán alterarse *después* de celebrado el matrimonio, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros».

La generalidad y la eficacia de aquella cláusula, «salvo pacto en contrario» del art. 59, son, atendida su letra, evidentes é innegables, dígame lo que se quiera para excusar los violentos resultados y perjudiciales consecuencias que para la gestión de intereses de la sociedad conyugal puede ofrecer; porque es completamente arbitrario y caprichoso sacrificar en la interpretación de una ley el manifiesto sentido literal y sintáxico de sus palabras, cuando éste no puede ofrecer, como en el caso presente, materia lícita de duda, aunque pretenda negársele su sentido y restringir su aplicación á nombre de principios saludables ó de criterio más sano para el régimen jurídico, que el establecido por aquellos textos legales, por voluntad deliberada ó por expresión irreflexiva del legislador.

Nótese, en efecto, que ya en la discusión parlamentaria, excepción hecha de elocuentes turnos (1) que se consumieron contra este artículo empezando por reconocer esa generalidad indistinta y peligrosa de la mencionada cláusula, «salvo pacto en contrario», todos los demás oradores (2) que se hicieron cargo de esta dificultad y pretendieron destruir las consecuencias de aquella excesiva generalidad de la cláusula del art. 59, combinándola con el sentido de otros artículos del Código, lo mismo que la mayor parte de los escritores (3) han buscado en el propio cuerpo legal atenuaciones y restricciones que oponer.

Tales son, para unos, el art. 1.255, en cuanto declara que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, *siempre que no sean contrarios á las leyes*, á la moral y al orden público», por considerar que contrarían las leyes, y tal vez á la moral, aquellas estipulaciones que los cónyuges pudieran establecer otorgando la administración de los bienes de la sociedad conyugal á terceras personas, ó desposeyendo al marido del concepto de tal administrador, que le reconocen los artículos 1.357 y 1.412, antes citados, ó que mermen las facultades que para suplir el defecto de capacidad de la mujer le otorgan los artículos 61 y 62 del Código.

Completan otros este juicio con una cita, que consideran más decisiva, cual es la del art. 1.316, según el que, en las capitulaciones matrimoniales «no podrán los otorgantes estipular nada que fuese contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, ni depresivo de la autori-

(1) Los del Sr. Comas, en la sesión del Senado de 1.º de Febrero de 1889, *Diario de las Sesiones*, t. II, legislatura de 1888-89, pág. 494, y del Sr. Mollada, en la sesión del Congreso de 4 de Abril de 1889, *Diario de las Sesiones*, t. V, legislatura de 1888-89, página 2297.

(2) Entre otros, los Sres. Silvela (D. Luis) y Aldecoa, en el Senado, sesiones de 14 y 19 de Febrero de 1889, *Diario de las Sesiones*, t. X, págs. 703, 785 y 786, y en el Congreso, los Sres. Danvila y Mollada, sesiones de 30 de Marzo y 4 de Abril de 1889, *Diario de las Sesiones*, t. IV, pág. 2191, y t. V, pág. 2297.

(3) Manresa, Scévola, Lozano, Navarro Amandi.

dad que respectivamente corresponde en la familia á los futuros cónyuges», y «toda estipulación que no se ajuste á lo preceptuado en este artículo, se tendrá por nula»; en cuanto, *por contrario á las leyes*, debe reputarse que la administración de los bienes de la sociedad conyugal no la tenga el marido, cuando en varios de los artículos, antes mencionados, y con relación á diversas clases de bienes de la misma, se le reconoce tal condición; *por opuesto á las buenas costumbres*, porque en efecto, no resulta sancionado por el uso general el hecho de dejar al marido privado de esas iniciativas, ni ofrecer el espectáculo de un padre de familia que nada puede disponer acerca de las necesidades patrimoniales de la misma; y, por último, porque evidentemente es *depresivo para la autoridad que respectivamente corresponde en la familia á los futuros cónyuges*, que el marido y padre sea excluido ó colocado en condiciones tan humillantes, correspondiendo todas las iniciativas de administración á la mujer ó á un tercero, por ser esto también contrario á la naturaleza de la relación conyugal y «á la autoridad que respectivamente corresponde en la familia á cada uno de los cónyuges».

En verdad, este art. 1.316 revela un espíritu muy conforme con tal interpretación, si se atiende al concepto general del orden familiar y á la normal autoridad ó al poder de dirección y de gestión que generalmente disfruta el marido y padre, según las leyes, las costumbres y los dictados de la razón; y no deja de ser cierto, tampoco, que resulta *depresivo* para el marido privarle de las iniciativas de administración que ordinariamente tiene y necesita tener para cumplir sus fines directores en el seno de la familia, y aun para satisfacer los deberes de alimentación, educación, protección y defensa respecto de la mujer y de la prole, que el propio Código le asigna. Pero, aun reconociendo de buen grado todo esto, forzoso es convenir que las fórmulas legales empleadas por el Código en esa salvedad genérica é ilimitada del art. 59 y en el 1.316 que se invoca como el gran correctivo de esa generalidad, ó son insuficientes, vagas, poco terminantes y peligrosas en su aplicación, ó son por completo incongruentes.

Otro punto de vista en la exégesis delicada de la expresada salvedad del art. 59 es el que se deduce de relacionar dicho precepto con los arts. 61, 62, 1.347 y 1.412.

¿Cómo, se dice, ha de compadecerse el dar una inteligencia lata á la frase *salvo pacto en contrario*, que emplea el art. 59, mediante la cual se llegue hasta el extremo de considerar *legalmente posible* que la administración de los bienes de la sociedad conyugal se atribuya á un extraño, privando de ella al marido, ó pueda ser respecto de los mismos concedida *exclusivamente* á la mujer, en virtud de capitulaciones matrimoniales *irreformables*, conforme aquella salvedad con el criterio de libertad de la *Base vigésimosegunda* y con los arts. 1.315 y 1.320 del Código, dado el defecto de capacidad civil que para la mujer casada establecen los arts. 61 y 62, y la acción supletoria que éstos atribuyen á la especie de soberanía marital que en este punto consagran á favor del

otro cónyuge, ni menos tampoco con la declaración terminante del 1.357, que reconoce al marido las cualidades de *administrador* y *usufructuario* de la dote inestimada? Por esto opinan, los que así discurren, que tal salvedad del art. 59 y la libertad de la estipulación de los cónyuges, en materia de administración de los bienes de la sociedad conyugal, ha de entenderse sin perjuicio de la *reglamentación legal* que el Código establece y *derechos* que atribuye al marido respecto de las diferentes clases de aquéllos y de la acción complementaria de su consentimiento en cuanto al defecto de capacidad civil de la mujer casada.

Es decir, ha de entenderse: primero, que nunca tal salvedad autoriza para conferir dicha administración á un *tercero*, por oponerse á la ley, á las buenas costumbres y ser depresivo para la autoridad que al mismo le corresponde, y aun de la conjunta ó subsidiaria que en la familia pertenezca á la mujer, á tenor de la limitación que establece para la libertad de las capitulaciones matrimoniales el art. 1.316; y segundo, que en ningún caso ha de referirse dicha estipulación, sino á la *posibilidad legal* de conceder mayores facultades de administración á la mujer, nunca á un *tercero*; ya porque dicho art. 59 forma parte de la Sección 4.<sup>a</sup> (1), cuyo epígrafe es de los «derechos y obligaciones *entre marido y mujer*», es decir, que *sólo á ellos* se refieren y *no á otra persona alguna*; ya porque tal *administración* estipulada por *pacto en contrario*, en favor de la mujer, puede entenderse que no priva al marido de los *otros derechos* que aquellos distintos artículos le reconocen, y, en general, tampoco de su acción supletoria del defecto de capacidad civil de la mujer, puesto que ha de considerarse limitada en tal caso á la recaudación y cuidado de los intereses que se le confien, pero nunca á actos de libre disposición de que carece también todo administrador, como son las enajenaciones y constitución de gravámenes, ni siquiera á *obligarse* por título oneroso ni lucrativo, que sobre prohibir en general el art. 61 que realice la mujer actos de esta clase sin licencia ó poder de su marido—el cual no lo es todavía en el tiempo en que aquella estipulación en contrario se otorgara, toda vez que la misma ha de formar parte de las capitulaciones matrimoniales, y éstas se otorgan *antes* de la celebración del matrimonio—hay, además, preceptos especiales, concordantes con el general del 61, como es el art. 1.416, en el que se dice que la mujer «no podrá obligar los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido» (2).

Aun en los casos de situación excepcional del marido, por incapacidad, ausencia, interdicción ó divorcio, en los cuales, por derecho propio, el art. 1.441 atribuye á la mujer la administración de los bienes del matrimonio, resulta establecido que si bien, según el 1.442, la mujer

(1) Tít. 4.º del lib. I.

(2) Fuera de los casos de excepción á que se refieren los arts. 1.362, 1.441 y 1.444, relativos á supuestos especiales que se explican en el lugar correspondiente. Núm. 46, letra e, cap. 18 y cap. 22 de este tomo.

tiene en tal supuesto idénticas facultades y responsabilidad que el marido en la administración, este ejercicio no la autoriza, según el artículo 1.444, para enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles, cuya administración se le haya transferido ó los que le hayan correspondido en caso de separación; ni, por último, los mismos bienes de la dote inestimada, los cuales sólo puede enajenar, gravar é hipotecar la mujer, según el art. 1.361, no obstante conservarse en su dominio, sin la licencia del marido, cuando aquélla fuese mayor de edad, y con la judicial é intervención del padre, la madre ó el que diere la dote, y en su defecto, el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, si la mujer fuese menor, con arreglo al art. 1.352.

De todas suertes, esta serie de datos no revela otra cosa sino que los actos de *administración* nunca pueden convertirse en actos de *enajenación*, de *gravamen* ni de *obligación* de los bienes administrados. El sentido del Código, cuando se trata de la administración de bienes del matrimonio por la mujer, es de carácter naturalmente *restrictivo*; pero sea lo que fuere, más amplia ó más reducida, es lo cierto que ninguna de estas disposiciones destruye la *posibilidad legal* de una administración, que por régimen normal del Derecho corresponde al marido, *salvo estipulación en contrario*, según el art. 59, y cuya estipulación, referida á la imputación personal de la administración, no parece que tenga otro significado sino el amplio de que pueda otorgarse á cualquiera persona ó el de que quepa establecerlo en favor de la mujer.

Más claro; que ninguno de estos dos artículos, á nuestro juicio, destruye la firmeza de aquella hipótesis legal de dicho art. 59, según viene á confirmarlo el mismo 1.412 al reiterar, con aplicación á los gananciales, la declaración hecha en otros pasajes del mismo que «el marido es el administrador de la sociedad de gananciales, *salvo lo dispuesto en el art. 59*», con cuyas últimas palabras se ratifica el sentido de dicho artículo y la virtualidad del pacto en contrario, de esa normal hipótesis legal, que de modo general reconoce en el marido la cualidad de administrador de los bienes de la sociedad conyugal y la repite y aplica, ya á la dote, ya á la sociedad legal de gananciales, en el 1.357 y en el 1.412, si bien en el primero de estos dos artículos no reproduce la expresa salvedad del 59, como lo hace en el último de ellos.

En el caso de que el *pacto en contrario*,—que es uno de los supuestos de *excepción* establecido por el art. 59 á la *regla general* de ser el marido el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, fuera de los casos de ese pacto y de los parafernales entregados por la mujer al marido con intención de que los administre,—consista en otorgar á la mujer la administración de los bienes presentes y futuros del matrimonio, se ofrece la duda de si dicha administración, estipulada á favor de la mujer, llevará implícita la facultad de ésta para comparecer en juicio y litigar sin la licencia y representación del marido. Entendemos que no, pues la administración y el litigio son cosas diferentes, y este último puede traer

consecuencias de perjuicio irreparable para todo el patrimonio conyugal; y porque, además, siendo esta hipótesis de administración de bienes de la mujer una doctrina de *excepción*, referida exclusivamente al supuesto contractual á que se concreta el art. 59, no cabe ampliarla en su aplicación fuera de sus términos *taxativos*, ni sustraer la hipótesis de un litigio, entablado por mujer á quien se haya otorgado la administración de los bienes de la sociedad conyugal, del precepto general y terminante del art. 60, según el cual, «el marido es el *representante* de la mujer», y «ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio, por sí ó por medio de Procurador», á no ser en aquellos *únicos* casos que exceptúa el referido párrafo del mismo artículo, antes explicado, y que no es ninguno el del supuesto de que la mujer sea *administradora* de los bienes de la sociedad conyugal, á virtud de la estipulación á que se contrae el art. 59, ó lo que es lo mismo, que cuanto dice relación á la comparecencia en juicio de la mujer, se rige por el art. 60, y no por el 59.

55. En resumen, de todos estos textos y aspectos que ofrece el problema de exégesis que venimos examinando, y sin dejarse influir por criterio alguno *constituyente*, resultan evidentes las siguientes *conclusiones*:

1.<sup>a</sup> Que es innegable la eficacia de la legal hipótesis *del pacto en contrario* á la administración presunta y normal de los bienes de la sociedad conyugal, que por *regla general* corresponde al marido cuando ese *pacto en contrario* no existe. Otra inteligencia violenta el texto legal, porque no sólo sería arbitrario no atribuir á la salvedad expresa que así lo consigna del art. 59 todo el significado de aquellas palabras, sino porque viene reiterada tal salvedad en un artículo tan posterior como el 1.412, y al lado de aplicaciones de aquella declaración general de administración á favor del marido para cuando el pacto en contrario no exista.

2.<sup>a</sup> Que esta inteligencia es también una consecuencia del sentido amplio de la *Base vigésimosegunda* y de los artículos 1.315 y 1.320; disposiciones todas que consagran el principio de *libertad* como fundamento esencial de las capitulaciones matrimoniales respecto á los bienes presentes y futuros de la sociedad conyugal.

3.<sup>a</sup> Que es completamente arbitraria, dentro del tenor literal del Código y del sentido manifiesto de dicha *Base vigésimosegunda* y artículos 59, 1.315, 1.320 y 1.412, la opinión que, más que subordina, anula la declaración de estos artículos, y sobre todo, las salvedades acerca de la eficacia incondicional en sus términos de expresión de la *estipulación en contrario* del art. 59 y del 1.412, afirmando que han de entenderse sin perjuicio de los derechos que al marido atribuye la reglamentación legal del defecto de capacidad civil de la mujer y de los bienes de la sociedad conyugal, en los artículos 61, 62, 1.357 y demás concordantes, suponiendo que tal *pacto en contrario* habría de entenderse sin perjuicio de dicha *reglamentación legal y derechos*, que tales artículos confieren al marido.

4.<sup>a</sup> Que esto último podía ser compatible, á lo sumo, con los artículos 61 y 62, que se concretan á negar capacidad á la mujer casada cuando no tiene poder ó licencia del marido para «*adquirir*, por título oneroso ó lucrativo, enajenar sus bienes ú *obligarse*», lo cual es cosa distinta de la *administración*, y se rige siempre en este punto la capacidad limitada de la mujer casada por dichos artículos 61, 62 y 1.361 en sus relaciones con el 1.352, 1.387 y 1.416 (1), en cuanto á los actos de la mujer relativos á la enajenación y gravamen de bienes dotales, parafernales y gananciales, á que respectivamente se refieren dichos últimos artículos; excepción hecha de lo de *obligarse*, que por tal debe entenderse, por ejemplo, la celebración del contrato de arrendamiento de bienes, á pesar de que constituye un acto natural de administración, pero que produce inmediatas *obligaciones* para la mujer arrendadora.

5.<sup>a</sup> Que, por otra parte, no es de todo punto incompatible con los *derechos* del marido, dentro del mecanismo legal del Código, esto del *pacto en contrario*, que consiste en otorgar la administración á la mujer, si se observa que las excepciones del art. 59 son dos: la de *pacto en contrario*, y la del art. 1.384, relativo á los bienes parafernales, cuya administración otorga la ley á la mujer, fuera de los casos en que por su voluntad los hubiese entregado al marido ante Notario con intención de que los administre.

6.<sup>a</sup> Que la esfera legal de acción de la *administración* de la mujer en los bienes parafernales no tiene otra determinación en el Código sino la que, *a sensu contrario*, se deduce del art. 1.387, según el cual, «la mujer no puede, sin licencia de su marido, enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, á menos que sea judicialmente habilitada al efecto», con la excepción del art. 1.388 relativa al caso en que los parafernales consistan en metálico, efectos públicos ó muebles preciosos, en el cual el marido tendrá derecho á exigir que sean depositados ó inventariados en términos que hagan imposible la enajenación ó pignoración, sin su consentimiento. Infiérese de esto, que todo lo que no sean esos actos prohibidos á la mujer sin licencia del marido, ó en su defecto, habilitación judicial, por los artículos 1.387 y 1.388, constituye la órbita legal en que puede moverse su derecho á la administración de los bienes *parafernales*, lo cual podrá ser un criterio, ya que otro no tiene el Código, para determinar hasta qué punto la estipulación en contrario puede autorizar á la mujer á una administración de igual sentido y alcance, pero no de *mayor*, que el derivado de los artículos 1.367 y 1.388 para los *parafernales*.

7.<sup>a</sup> Que, sin embargo de que es visible la mención de las dos excepciones, de origen *contractual* la una, por el *pacto en contrario* y de origen *legal* la otra, por referirse á los *parafernales*, ambos son supuestos *excepcionales* de administración respecto de la *regla general* de corresponder la de los bienes de la sociedad conyugal al marido; con la

(1) Insertos y explicados en los capítulos siguientes.

diferencia de que la administración legal de parafernales, á que se refiere el art. 1.384, está bien determinada en favor de la mujer por la cita de dicho artículo. En cambio, la generalidad de la frase «salvo estipulación en contrario» pudiera constituir la hipótesis, atendida su letra, de que tal estipulación en contrario de la administración de bienes de la sociedad conyugal, se refiera á un tercero, que es el supuesto que ha causado justamente mayor alarma, y contra cuya eficacia no se vislumbra otro remedio que el remoto de una jurisprudencia prudente que diera alcance suficiente á las vagas y genéricas limitaciones del art. 1.316, por considerar tal pacto «contrario á las costumbres ó á la ley, y depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia á los futuros cónyuges».

8.<sup>a</sup> Que, en rigor de interpretación legal, no cabe llegar á mayor extremo, siendo de lamentar, de todos modos, la generalidad indeterminada de la frase del art. 59, «salvo estipulación en contrario», ratificada en el 1.412, lo mismo que la vaguedad peligrosa del art. 1.316, por ocasionada á inteligencias distintas y necesitadas de explicación mediante resolución judicial.

56. Esto, en cuanto á lo que pudiera llamarse criterio de Derecho *constituido*; que, por lo demás, en lo que toca á uno de Derecho *constituyente*, hay que considerar inaceptable el principio de *libertad absoluta del pacto* en cuanto hace posible que pase el régimen económico de la familia á manos de un extraño; y porque esa libertad absoluta se armoniza mal con la naturaleza de las relaciones conyugal y paterno-filial y fines predeterminados de las mismas; produce una variedad excesiva en la organización de bienes de las distintas familias, constituidas al amparo de una sola ley general; y presta medios á que sean explotadas por la codicia ó el recelo ajenos, la pasión amorosa ó la debilidad de carácter ó irreflexión del esposo que va á contraer matrimonio, á quien por parte de la esposa ó de su familia se le proponga semejante pacto de excepción en las capitulaciones matrimoniales para la administración de bienes que, *irreformables*, como son aquéllas, á tenor del art. 1.320, le colocarán como marido y padre en situación poco airosa y tal vez imposible para el ejercicio de su autoridad, el goce de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes en la familia, siendo germen de abundantes motivos de desarmonía conyugal y ocasión abonada para conflictos sin cuento en el régimen y satisfacción de las necesidades de la familia.

En vista de todo, bien puede afirmarse que, ya para aclarar y precisar el Derecho constituido, si se persistiera en él, ya para adoptar un criterio constituyente más aceptable, es éste uno de los puntos que con más urgencia reclaman los beneficios de la reforma periódica del Código.

57. Finalmente, son también de anotar aquí, como *casos especiales*, aquellos en los que la capacidad civil del marido necesita el particular requisito del *consentimiento* de su cónyuge. Tales son los supuestos á

que se contraen: la segunda parte del párrafo primero del 1.053, para pedir el marido á nombre de su mujer la partición de bienes; el 1.359, para que el marido pueda sustituir los bienes dotales consistentes en efectos públicos, valores cotizables ó bienes fungibles, cuando no los hubiera asegurado con hipoteca, con otros equivalentes, y también para enajenarlos; el 1.363, para poder dar el marido en arrendamiento por más de seis años los bienes inmuebles de la dote inestimada; y el 1.383, para que el marido pueda ejercitar acciones respecto á los bienes parafernales.

58. Establecido en el primer párrafo del art. 59, que acaba de explicarse, la *regla general* que declara al marido *administrador* de los bienes de la sociedad conyugal, con las *dos* excepciones indicadas de la *estipulación en contrario* y de lo relativo á los *parafernales* que la mujer no le haya entregado con intención de que los administre y, por los 1.053, 1.359, 1.363 y 1.383, los *especiales* casos en que resulta necesario el *consentimiento* de la mujer, para completar la capacidad civil del marido, el resto de aquel artículo se consagra á determinar los diferentes *grados* de la capacidad civil de éste, en tales excepcionales hipótesis, según su *edad*, debiendo á tal propósito distinguirse tres situaciones legales, á saber: la del marido menor de diez y ocho años, la del que es mayor de esta edad y menor de veintitrés, y la del mayor de edad, civilmente hablando; distinciones, que son un mejoramiento visible del Derecho anterior, principalmente respecto de aquella *venia de edad* que, á título de privilegio para los casados mayores de diez y ocho años, fué concedida por la Pragmática de Felipe IV (1), mejorada, á su vez, por los artículos 45 y 46 de la ley de Matrimonio civil.

Sobre dicha base se ha de establecer toda la doctrina de la capacidad del marido, diferenciando á su vez *cinco* clases de actos: los de administración, los de enajenación y gravamen de bienes raíces, los de contraer préstamos, los de comparecer en juicio, y los *especiales* complementados por el consentimiento de la mujer.

a) El marido *menor de diez y ocho años*, no sólo no podrá realizar por sí ninguna de las cinco clases de actos indicados, sino que tampoco podrá administrar; necesitando para todo suplir su defecto de capacidad con el consentimiento del padre, á falta de éste el de la madre, y faltando ambos el del tutor; y con la *asistencia* de estas personas, para la comparecencia en juicio, supuesto respecto del cual, la palabra *asistencia* puede y debe ser tomada por *representación*.

Adviértase que, aunque este artículo del Código no menciona más que los actos de *enajenación* y *gravamen* de bienes raíces, de donde podía deducirse que tal prohibición no se refiere á los de *libre* disposición ni gravamen de bienes *muebles*, tratándose del marido menor de diez y ocho años, debe entenderse ampliada también la esfera de la prohibición á actos de esa clase relativos á bienes muebles, ya que re-

(1) Núm. 4, letra b, *cuarto*, de este capítulo.

sulta privado hasta de la facultad de administrar por sí sin el consentimiento complementario de las personas expresadas, y cualquiera acto de administración es de menos trascendencia que los de enajenación y gravamen, aunque tengan por objeto bienes muebles.

Una de las novedades del Código, comparado con su precedente, que es el art. 46 de la ley de Matrimonio civil, es haber suprimido la necesidad de la autorización judicial competente como *supletoria* de la falta de padre ó madre, y haberla sustituido por el consentimiento ó asistencia del tutor.

b) El marido mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, tiene plena capacidad para *administrar*, puesto que el tercer párrafo del art. 59 no exige para actos de administración el consentimiento de las personas antes expresadas; pero adolece de igual defecto de capacidad civil que el marido menor de dicha edad de diez y ocho años para los propios actos de contraer préstamos, gravar ó enajenar bienes raíces y comparecer en juicio, si bien podrá gravar y enajenar bienes muebles, toda vez que la ley habla sólo de los inmuebles, y no prohibiéndole administrar, como al menor de diez y ocho años, no puede deducirse de esta prohibición, lo mismo que en aquel caso sucede, la relativa á esos actos de libre disposición en cuanto á bienes muebles; solución, que confirma el art. 317, expresivo de la *regla general* de capacidad *relativa* del menor emancipado.

Respecto á la de comparecer en juicio, al hacerse la edición reformada, se colocó equivocadamente esta adición al fin del segundo párrafo, que sólo se refiere al menor de diez y ocho años, en lugar de consignarse al final del artículo, para que comprendiera á los maridos *mayores* y *menores* de diez y ocho años, aunque ambos *menores* de veintitrés; pero tal deficiencia puede estimarse corregida por el art. 317, el cual, determinando los efectos de la emancipación en relación con el 314, que declara ser uno de los medios de que aquélla se realice el matrimonio del menor, establece igual limitación á su capacidad que las indicadas, en cuanto á contraer préstamos, gravar ó vender bienes inmuebles y *comparecer en juicio* sin el *consentimiento* del padre, de la madre ó de un tutor, ó sin la *asistencia* de dichas personas.

El *complemento*, pues, del defecto de capacidad civil del marido menor de edad, *cualquiera que sea la que éste tenga*, se halla establecido por la ley sucesivamente en el *padre, madre y tutor*. De esto resulta:

1.º, que el estado de *casado* es compatible con la *tutela* para ciertas aplicaciones; 2.º, que diciendo el Código *tutor* ha de regirse esta materia por la *tutela*, propiamente tal (1), y no por el supuesto de nombramiento de *defensor* á que se refiere el art. 165, pues aunque existiendo padre ó madre se diera el caso de que éste tuviera un interés opuesto en algún asunto al de sus hijos, no procederá el nombramiento de *defensor*, porque el art. 165 establece este recurso y representación de aquéllos, precisamente

(1) Art. 199 y sigs.

para los *no emancipados*, y es sabido que el matrimonio del hijo, según el art. 314, da lugar á la *emancipación*. Verdad es que, por análoga razón, y una vez que el art. 200 dice que «están sujetos á tutela los menores de edad *no emancipados legalmente*», resulta el Código, según se deja notado antes (1), en contradicción consigo mismo, hablando del *tutor* para el marido menor de edad que por el matrimonio tiene la condición de *emancipado* en la ley, á tenor del art. 314; y como dicho art. 59 no distingue si este tutor es el que pueda haber tenido antes de casarse el menor sin padres, á cuyo tutor se suponga *prorrogada* su tutela para aquellos efectos complementarios de la falta de capacidad del menor después de casado, mientras es menor, ó si es un tutor que ha de nombrarse para todos los casos en que se trate de maridos menores de edad que no tengan padre ni madre, á fin de que, mediante su consentimiento, suplan aquel defecto de capacidad civil, una vez que está suprimida para estos casos la *habilitación judicial*, es lo cierto que, á pesar del terminante texto del núm. 1.º del art. 200 y de la antinomia con el núm. 1.º del 314, es preciso reconocer que hay y puede haber tutores para los *emancipados legalmente* por el matrimonio, como excepción, sin duda, del núm. 1.º del 200.

Lo que el art. 59, que sólo menciona al *tutor*, ni ninguno otro, determinan con claridad, es si en estos casos de tutela *necesaria* y *transitoria* para completar la capacidad del marido menor de veintitrés años que no tenga padre ni madre que suplan su defecto de capacidad en la celebración de *ciertos actos*, habrá de ser *tutor* solamente, ó habrá de proveérsele por completo del *organismo tutelar*, es á saber: tutor, protutor y consejo de familia.

Lo primero que se ocurre es distinguir entre el caso del marido *menor* de *veintitrés años* que no tuviera tutor antes de contraer matrimonio, ó el del que lo tuviera al tiempo de casarse, que lo tendrá con todo el organismo tutelar, compuesto de tutor, protutor y consejo de familia, y no parece lógico que el matrimonio del menor de edad haga desaparecer estos dos últimos elementos y se conserve tan sólo el primero para los efectos del art. 59 de suplir su capacidad mientras cumple los veintitrés años; ni parece procedente, tampoco, que lo que en un caso *subsiste*, por hallarse establecido de antemano, lo cual no es más que un accidente, no hubiera de existir cuando se le nombrase después.

Sobre todo, obsérvese, en el caso de que el menor no tuviera tutor al tiempo de casarse porque la muerte de sus padres ocurriera después de haberse casado que, dentro del sistema del Código de hacer de la tutela una institución compuesta de esos *tres* elementos relacionados entre sí para el cumplimiento de sus fines, la posesión del tutor, por ejemplo, es el consejo de familia el único indicado para dársela (2), que aquél no puede empezar á ejercer su cargo sin la existencia del protu-

(1) Núms. 24, 25 y 26 de este capítulo.

(2) Art. 261.