



VNIVERSITAT E VALÈNCIA

TESIS DOCTORAL

**VALIDEZ Y EFICACIA
DE LOS PACTOS MATRIMONIALES**

Lucía Rozalén Creus

Director:

Dr. Javier Plaza Penadés

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Valencia

Programa de doctorado:

Derecho, Ciencia Política y Criminología

Facultad de Derecho

Universidad de Valencia, febrero 2018

A Pepe, mi marido,
mi amor, vida, sin ti no lo sería

ÍNDICE

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO I. CUESTIONES PREVIAS	19
1. CONCEPTO DE PACTO MATRIMONIAL	19
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	27
2.1. Diferentes posturas en la doctrina.....	27
2.2. Diferencias con otras figuras. En especial con el convenio regulador	28
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	30
3.1. Influencia de la CE 1978.....	30
3.2. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.	34
3.3. La Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio	39
3.4. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio	43
3.5. Reglamento (UE) N° 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales	49
3.5.1. Importancia del Reglamento y su ámbito de aplicación.....	50
3.5.2. Eficacia civil en materia de pactos	56

4. ACTUALIDAD.....	58
4.1. Estadística	58
4.2. Modelos más utilizados en la práctica notarial.....	62
CAPITULO II. LOS PACTOS MATRIMONIALES.....	71
1. CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	71
1.1. Régimen económico matrimonial	71
1.2. Clasificación de los regímenes económicos matrimoniales.....	75
1.2.1. Por su origen	75
1.2.2. Por su contenido.....	79
1.2.2.1. Régimen de Gananciales.....	82
1.2.2.2. Régimen de Separación de bienes	93
1.2.2.3. Régimen de Participación.....	101
1.3. Contenido del régimen económico primario. Los artículos 1.315 y siguientes del Código Civil.....	108
1.3.1. Levantamiento de las Cargas del matrimonio	108
1.3.2. Litis Expensas	115
1.3.3. Potestad doméstica.....	117
1.3.4. Derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia	120
1.3.5. Atribución del ajar doméstico al cónyuge supérstite... ..	121
1.3.6. Necesidad de actuación conjunta de los cónyuges	122
1.3.7. Libertad de contratación entre cónyuges	123
1.3.8. Confesión sobre la propiedad de los bienes.....	126
1.4. Contenido Atípico. Posibles materias a incluir y materias excluidas	130
1.4.1. Limitación de instar la separación o divorcio.....	132
1.4.2. Pactos sobre establecimiento de causas de separación o divorcio	136
1.4.3. Pactos sobre los deberes conyugales	137

1.4.3.1. Deber de respeto	141
1.4.3.2. Deber de ayuda y socorro mutuo	142
1.4.3.3. Actuar en interés de la familia	143
1.4.3.4. Deber de convivencia y domicilio conyugal	144
1.4.3.5. Guardar Fidelidad	146
1.4.3.6. Atribución de representación	148
1.4.4. Pactos sobre hijos.....	149
1.4.4.1. Patria potestad, irrenunciabilidad	151
1.4.4.2. Guarda y custodia	153
1.4.4.3. Alimentos.....	157
1.4.5. Orden de los Apellidos	161
1.4.6. Derechos sucesorios.....	165
CAPITULO III. PACTOS PREMATRIMONIALES	171
1. PENSIÓN COMPENSATORIA. SU POSIBLE RENUNCIA.	173
2. ALIMENTOS ENTRE LOS CÓNYUGES	182
3. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	185
4. CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO, LA REGLA DEL ART. 1.438 DEL CÓDIGO CIVIL	187
5. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO	188
6. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	193
7. PACTOS SOBRE LA ELECCIÓN DE DOMICILIO	197
8. PROMESA DE MATRIMONIO	197
9. DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO	202
9.1. Concepto y naturaleza.....	202
9.2. Requisitos y capacidad.....	203
9.3. Aceptación de las donaciones	204
9.4. Forma	205
9.5. Obligación de saneamiento	205

9.6.	Objeto de la donación	205
9.6.1.	Bienes presentes y futuros	205
9.6.2.	Presunciones	206
9.7.	Ineficacia por falta de matrimonio	206
9.8.	Revocación.....	207
9.8.1.	Causas	208
9.8.2.	Restitución	211
9.9.	Donaciones durante el matrimonio	212
10.	EL PROTOCOLO FAMILIAR	212
CAPITULO IV. PACTOS REALIZADOS EN EL MOMENTO DE LA CRISIS MATRIMONIAL. EL CONVENIO REGULADOR.....		217
1.	CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONVENIO REGULADOR	217
2.	CONTENIDO INDISPENSABLE	219
2.1.	Patria potestad	220
2.2.	Guarda y custodia.....	223
2.3.	Visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio.	226
2.4.	Vistas y comunicación con abuelos	231
2.5.	Uso de la vivienda familiar	235
2.6.	Alimentos a favor de los hijos	239
2.7.	Contribución a las cargas del matrimonio	243
2.8.	Liquidación del régimen económico matrimonial	244
2.9.	Pensión compensatoria.....	247
3.	OTRO POSIBLE CONTENIDO	250
4.	RENUNCIA A DERECHOS EN EL CONVENIO REGULADOR, EN ESPECIAL LA RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	252
5.	ALIMENTOS ENTRE LOS OTORGANTES	255
6.	VALIDEZ Y EFICACIA DEL MISMO.....	257
7.	EL CONTROL DEL CONVENIO	263

7.1.	Control judicial y aprobación del convenio.....	263
7.2.	El papel del Ministerio Fiscal. Protección a menores e incapaces	268
CAPITULO V. VALIDEZ.....		275
1.	REQUISITOS	276
1.1.	Personales.....	276
1.1.1.	Acto Personalísimo. ¿Cabe representación?.....	276
1.1.2.	Capacidad.....	277
1.2.	Formales.....	281
1.3.	Materiales.....	287
1.3.1.	Objeto inexistente	287
1.3.2.	Causa ilícita.....	289
1.4.	Temporales.....	291
1.4.1.	Pactos Prematrimoniales.....	291
1.4.2.	Pactos Matrimoniales.....	292
1.4.3.	Convenio Regulator	293
2.	LÍMITES	293
2.1.	La Ley	295
2.1.1.	Límites establecidos en la Constitución	295
2.1.1.1.	La igualdad entre los cónyuge	295
2.1.1.2.	La igualdad entre hijos y su protección	298
2.1.1.3.	Protección a la familia	301
2.1.2.	Límites impuestos en el Código Civil	303
2.1.2.1.	Daños para los hijos.....	304
2.1.2.2.	Grave perjuicio para uno de los cónyuges.....	307
2.2.	Las buenas costumbres	307
2.3.	Limitativas de la igualdad de los derechos de los cónyuges.....	309
3.	LA PROTECCIÓN OTORGADA A LOS TERCEROS.....	310

4. PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	313
4.1. Registro Civil	314
4.2. La anotación en otros Registros.....	316
4.2.1. Registro de la Propiedad.....	316
4.2.2. Registro Mercantil	317
5. LAS MODIFICACIONES DE LAS CAPITULACIONES Y DEMÁS PACTOS ESTABLECIDOS.....	318
5.1. Requisitos.....	320
5.1.1. Personales	320
5.1.2. Reales.....	321
5.1.3. Formales.....	321
5.2. Publicidad de la modificación.....	322
5.3. Efectos a terceros	323
CAPITULO VI. EFICACIA	325
1. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL	325
1.1. Art. 1.334 del CC.....	326
1.2. Art. 1.335 del CC.....	327
2. INEFICACIA	329
2.1. Ineficacia de los pactos prematrimoniales cuando el matrimonio no se llega a celebrar	329
2.2. Declaración de nulidad del matrimonio celebrado	329
2.2.1. Efectos para los cónyuges.....	330
2.2.2. Efectos respecto de terceros.....	333
3. NULIDAD.....	335
3.1. Falta de consentimiento	335
3.2. Falta de forma	338
3.3. El objeto	339
3.4. La causa.....	340
3.5. Simulación	343

4. ANULABILIDAD	345
4.1. Error	347
4.2. Violencia	349
4.3. Intimidación	350
4.4. Dolo.....	353
5. RESCISIÓN	355
5.1. Fraude a acreedores.....	357
5.2. Por lesión a uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales	361
5.3. Influencia del transcurso del tiempo. La cláusula rebus sic stantibus	366
6. MUTUO DISENSO	374
7. CONTROL DE LOS PACTOS MATRIMONIALES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES.....	376
8. EFECTOS DE LA INEFICACIA	378
9. LEGITIMACIÓN PARA INSTARLA	380
9.1. Cónyuges.....	381
9.2. Acreedores	381
9.3. Terceros.....	381
10. PLAZO	382
CONCLUSIONES	385
BIBLIOGRAFÍA.....	405
ANEXO	425
1. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO	425
1.1. Los pactos matrimoniales en Estados Unidos.....	425
1.2. Regulación en el Derecho Inglés	431
1.3. Reseña de la legislación Alemana	434
1.4. Apuntes del Derecho Francés	437
1.5. Regulación en Italia	444
1.6. Rasgos del Derecho de Portugal	447

1.7.	Breves apuntes sobre Derecho de Perú.....	449
1.8.	Somera referencia a la regulación en Ecuador.....	451
1.9.	Breves apuntes del Derecho de Colombia	453
1.10.	Apuntes del Derecho de Marruecos.....	455
1.11.	Somera referencia a la regulación de Rumanía	457
2.	REFERENCIA A LA REGULACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES	463
2.1.	Derecho Catalán.....	463
2.2.	Derecho Valenciano.....	470
2.3.	Derecho de las Islas Baleares.....	474
2.4.	Derecho Aragonés.....	478
2.5.	Derecho Gallego	483
2.6.	Derecho Navarro.....	486
2.7.	Derecho Vasco	494
2.8.	Fuero Baylío.....	497

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAVV	Autores Varios
Aeafa	Asociación española de abogados de familia
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BGB	Código Civil de Alemania (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCom	Código de Comercio
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CE	Constitución Española de 1978
CF	Código de Familia
CR	Convenio Regulador
Dir.	Director
Ed.	Editorial
EE.UU.	Estados Unidos
EF	Empresa Familiar
ENSXXI	El Notariado del Siglo XXI
GEA	Gran Enciclopedia Aragonesa
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LOCT	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
Nº	Número
NCC	Código Civil Rumano
Ob. Cit.	Obra citada
Pág.	Página
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
REM	Reglamento (UE) Nº 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones en materia de regímenes económicos
matrimoniales

RRC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia

INTRODUCCIÓN

Los pactos matrimoniales es un tema de actualidad en nuestra sociedad. Se pretende abordar el tema de la validez y eficacia de los pactos matrimoniales y como encajan en nuestro ordenamiento jurídico.

Hace algunos años, aquí en España, si se oía hablar de pactos matrimoniales automáticamente se pensaba en que eso era cosa de Estados Unidos¹, y bien es cierto que el Derecho norteamericano en esta materia es uno de los que más nos ha influido en la introducción y evolución de los pactos matrimoniales, cuyo contenido no sea el típico de las capitulaciones que sí estaba presente en nuestro ordenamiento desde unos años atrás.

Aunque nos parezca lo contrario, ni siquiera en EE.UU. el tema de los pactos matrimoniales tiene una tradición que se remonte en el tiempo, sino que se puede fijar el inicio de su admisibilidad en el año 1972 con ocasión del caso *Posner v. Posner* (*Posner v. Posner*, 233 So. 2d. 381.).

Pese a lo que se pueda pensar no existe un tratamiento legal igual y unitario en cuanto a los pactos matrimoniales en el derecho norteamericano.

Podemos resumir que actualmente tienen un trato diferenciado de los demás contratos generales por razones de orden público. La autonomía de la voluntad de los contratantes goza en general de gran libertad, siempre

¹ Me parece interesante la consideración que hace ANTÓN JUÁREZ, ISABEL, *Acuerdos Prematrimoniales: Ley Aplicable y Derecho Comparado*, CDT, Vol. 8, N° 2, 2016, pág. 8, al poner de manifiesto que “*EE.UU. es una nación con un sistema plurilegislativo, no hay un único ordenamiento jurídico sino tantos como Estados Federales. Así, podemos decir que en EE.UU. existen 51 ordenamientos jurídicos –los ordenamientos de cada uno de los Estados más el del Distrito de Columbia–. El Derecho de familia es una materia federal lo que implica que cada Estado puede regular dicha materia, y por tanto, que existan 51 regulaciones distintas. Sin embargo no es del todo así, ya que, sin obviar matices, se puede decir que la regulación estadounidense respecto al Derecho de familia es similar entre Estados, ad. ex., el régimen económico matrimonial imperante es el de separación de bienes, salvo en tres Estados, California, Nuevo México y Louisiana. ... Los puntos comunes en Derecho de Familia entre Estados van a influir, como es lógico, en el tratamiento legal que reciban los acuerdos prematrimoniales. Así, se podría decir que por regla general los acuerdos prematrimoniales se admiten en los 50 Estados*”.

que no se trate de asuntos relacionados con la custodia de sus hijos. En definitiva podemos decir, que se deberá estar al caso concreto y que los Tribunales buscaran que los acuerdos sean justos para ambos cónyuges tanto en el momento de otorgarlos como en el momento de hacerlos valer.

En el ordenamiento jurídico español no existe una regulación precisa y completa acerca de la figura de los pactos matrimoniales.

No existe disposición legal que ofrezca una definición de las capitulaciones matrimoniales. El Código Civil se limita a decir en su artículo 1.325 que “*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*”, lo que no constituye una verdadera definición, sino que más bien, como dice Andrés Urrutia Badiola² se trata de una descripción de los que son las capitulaciones matrimoniales.

Por un lado tenemos que tener en cuenta la autonomía de la voluntad de las partes, pero se debe conjugar con el derecho de *ius cogens* y con los derechos inalienables tan presentes tradicionalmente en el derecho de familia.

Encarna Roca³ lo expresa diciendo que el derecho de familia siempre ha estado moviéndose entre dos polos, la condición de orden público, lo que implica inoperatividad y la autonomía de la voluntad. Para seguir afirmando que “*El tema de la imperatividad de las reglas del derecho de familia constituye una cuestión muy vidriosa, ya que en él influyen tanto problemas religiosos, como culturales, como al mismo tiempo sociales, que derivan de los anteriores. Ribot pone de relieve que lo más adecuado en este tipo de sociedad plural en la que nos encontramos es llegar a un acuerdo o contrato, de modo que... se reclama la efectividad de los acuerdos privados lo que determina los límites de la interferencia estatal...*”

² URRUTIA BADIOLA, ANDRÉS, “Concepto, Naturaleza Jurídica y Caracteres de las Capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, Dir., *Patrimonio conyugal: Los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación, capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 15.

³ ROCA I TRIAS, ENCARNA, *Libertad y Familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 73 y ss.

Se ponen de relieve las dos opciones que se sostienen acerca de la regulación del derecho de familia: sin negar la imperatividad, se intenta limitarla con el uso de la autonomía de la voluntad, también restringida, para evitar las injerencias de las regulaciones públicas”. Prosigue la autora manifestando que a día de hoy para resolver esta cuestión hay que determinar la finalidad y utilidad de los principios imperativos y distinguir entre los que afectan a menores o incapaces de aquellos otros en que se basan las relaciones entre cónyuges; viendo si los primeros se pueden negociar y hasta donde, respecto de los segundos la autonomía de la voluntad se admite más ampliamente. Junto con estas cuestiones hay que añadir los intereses públicos del Estado por controlar por un lado la efectividad de los derechos fundamentales y de otro una correcta política social.

Coincidimos con la autora en que existen determinadas materias de derecho de familia en que son necesarias las reglas imperativas, como puede ser en la parcela de los mencionados intereses públicos, o también en otras como el establecimiento de los requisitos de contraer matrimonio, la capacidad para contraer, las formas de éste, el establecimiento del divorcio como causa de disolución del matrimonio, y en otras donde la autonomía de la voluntad se puede ver mermada o restringida como en las relaciones con los menores o incapaces anteriormente mencionadas, a las que Roca da en llamar *“relaciones verticales”*.

Junto con estas normas, también existe espacio para proteger la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, sobre todo es palpable en las denominadas *“relaciones horizontales”*, es decir entre cónyuges, en las que pueden en palabras de la citada autora *“o bien ejercitan su autonomía y pactan lo que crean más conveniente, tanto en lo relativo a las relaciones contante matrimonio, como en lo que afecta a los efectos de la crisis matrimonial, o bien dejan de pactar o no ejercen su autonomía en todo lo relativo a estas materias y dejan actuar a las normas legales, que suplen los acuerdos. La autonomía llega hasta ciertas consecuencias de las crisis matrimoniales, especialmente en lo relativo a la reclamación de cantidades, como ocurre con la pensión compensatoria”*.

Para Polo Sabau⁴ *“Este proceso de institucionalización del matrimonio que, efectivamente, ha terminado en cierto sentido por oscurecer la dimensión íntima del contrato marital como manifestación de la autonomía de la voluntad, se ha dejado sentir, singularmente, en los momentos constitutivo y extintivo de la relación conyugal. Este intervencionismo legislativo y burocrático, al que agudamente se ha hecho referencia, se hace especialmente visible en el estricto y minucioso régimen de requisitos y prohibiciones a que se somete la constitución del vínculo, así como en la no menos estricta regulación de los supuestos patológicos en que puede incurrir el matrimonio. De ahí que este fenómeno, calificado como burocratización del matrimonio, sea sin embargo compatible con ese otro proceso al que se ha denominado como el vaciamiento institucional del matrimonio en la legislación civil; si se ha podido hablar de una cierta desjuridificación del matrimonio, ha sido, precisamente, en relación con el decaimiento de buena parte de su contenido tradicional. Ausente ahora de la regulación estatal”*.

Es un tema además eminentemente práctico que trata de resolver problemas, evitar futuros conflictos y ahorrar tiempo y gastos a las partes, lo cual se conseguirá en el momento que se disponga de una regulación clara y precisa sobre la materia. De igual modo piensan Añoveros y Ginés⁵, al decir, *“Es indudable que la posibilidad ofrecida a los futuros cónyuges de pactar las consecuencias económicas de una futura crisis conlleva una mayor seguridad jurídica, especialmente necesaria en aquellos casos en los que la pareja presenta un elemento internacional o interregional. Vivimos en una sociedad globalizada marcada por una clara tendencia a la movilidad de las personas... La seguridad jurídica que los pactos en previsión de ruptura pueden llegar a proporcionar puede verse cuestionada por la distinta (o en ocasiones inexistente) regulación de este*

⁴ POLO SABAU, JOSÉ RAMÓN, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2006, pág. 21.

⁵ AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ, GINÉS CASTELLET, NÚRIA, “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial como mecanismo de prevención y solución de posibles conflictos intraconyugales”, en ABEL LLUCH, XABIER (Coordinador), *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Capítulo VI. “Medidas de prevención de conflictos en el ámbito familiar y sucesorio”, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 2014, pág. 399.

tipo de pactos en los diferentes ordenamientos jurídicos. La diversidad normativa existente en la materia puede llevar a considerar nulos determinados pactos válidamente celebrados al amparo de un ordenamiento jurídico. Por ello, tanto desde la perspectiva ex ante como ex post será fundamental conocer la ley que determinará la validez del pacto prematrimonial suscrito, así como las posibles limitaciones. La problemática de los pactos prematrimoniales desde la perspectiva conflictual puede ser diversa y de hecho englobaría tanto los conflictos internos como internacionales”.

Además la transformación sufrida por nuestra sociedad, necesita respuestas a las nuevas demandas que existen en el Derecho de Familia. Como afirma Francisco Rivero Hernández⁶ hay dos grandes fases de ruptura histórica en la evolución de la familia. *“Si la primera transición demográfica supuso el paso de la familia extensa (típica de las sociedades agrarias, con mortalidad y fecundidad muy elevadas), a la familia nuclear-conyugal (propia de la sociedad urbana e industrial), formada por una pareja estable con pocos hijos (caída de la natalidad para adaptarse a una mortalidad bajo control); la segunda transición con la caída de la nupcialidad y ascenso de la divorcialidad, supone una eclosión de nuevas formas de familia:*

- *unipersonales (de solteros, divorciados o viudos),*
- *monoparentales o matrifocales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas),*
- *reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); y sobre todo,*
- *familias de cohabitantes, uniones informales de pareja sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo.*

Se trata, todas ellas, de familias postmatrimoniales, done le vínculo conyugal o ya no existe o es muy frágil e inestable, con riesgo de disolución”.

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*, en BARRADA ORELLANA, REYES, GARRIDO MELERO, MARTÍN, NASARRE AZNAR, SERGIO (Coordinadores), “El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 46.

Todo ello hace que aumenten considerablemente, junto con otros factores el número de divorcios, y también el número de parejas que, para llegado el caso, quieren tener regulados los efectos del mismo.

Actualmente no hay una regulación unitaria en el derecho español. Solamente existe algún derecho foral que aborda el tema parcialmente, pero el derecho común carece de regulación al respecto.

La idea es dar una visión unitaria y completa a un tema que aglutina diversas figuras tanto dentro del derecho de familia como en otras ramas del derecho de la persona, como el derecho hereditario, esto es, pensión compensatoria, promesa de mejorar o no mejorar,...

Por todo ello, y no existiendo en la actualidad una tendencia clara que permita realizar unos pactos matrimoniales con todas las garantías que en su día sean plenamente válidos y eficaces, es necesario abordar el tema para intentar llegar a soluciones que permitan lograr resultados satisfactorios, y por ende una verdadera seguridad jurídica.

Superada actualmente la discusión acerca de su admisibilidad⁷, se hace del todo necesaria la existencia de una regulación expresa, precisa y completa de los pactos matrimoniales.

Es imprescindible que el legislador establezca con claridad cuál es el contenido que puede abarcar y al tiempo determine si deja la puerta abierta o no a otras materias, y siendo así si veta alguna en concreto.

De igual modo debe pronunciarse sobre su validez, estableciendo los requisitos, pero sobre todo fijando con precisión los límites que operan.

El artículo 1.335 del Código Civil se limita establecer que *“La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de*

⁷ En este sentido se manifiesta, entre otros, PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, “La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, Revista de Derecho de Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, Nº 49, 2010, págs. 63 – 74, para el cual tal cuestión se desprende de la admisión por la Jurisprudencia de otros negocios de familia siempre que en los mismos *“concurran los requisitos esenciales para la existencia de todo negocio jurídico..., se cumplan requisitos de forma exigidos por la Ley en determinados acuerdos..., y se respeten tanto los límites legales establecidos con carácter general a la autonomía privada (art. 1255 CC) como los límites específicos impuestos por normas especiales en los contenidos que sean objeto de pacto o estipulación”*.

los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicará a terceros de buena fe”.

Entra aquí en juego una de las claves esenciales, desde mi punto de vista acerca del tema que nos ocupa, y que en la actualidad causa más controversias.

¿Dónde están los límites a la autonomía de la voluntad?

Si los pactos matrimoniales son el instrumento que tienen los cónyuges o futuros esposos para regir su régimen económico matrimonial, así como otras muchas materias conexas, o incluso aspectos referentes a sus hijos, vivienda, derechos sucesorios, etc., y no aplicar el régimen supletorio previsto en el Código Civil, sino que respetando unas reglas poderse confeccionar un “régimen a su medida”, siendo del todo imprescindible determinar cuáles son esas reglas que tienen que respetar y hasta donde su voluntad puede regir.

Al igual que respecto de los pactos previsores de las medidas que deben regir ante una futura crisis matrimonial, debe de perfilarse los contornos tanto de las materias de posible inclusión como una vez determinadas éstas, cuales son los requisitos para su validez y eficacia así como los límites que deben de operar.

Si bien es cierto, como dice María del Carmen Bayod López ⁸, que un gran porcentaje de sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian al respecto de la validez de los capítulos matrimoniales no se interponen por los otorgantes, sino por terceros que entienden que en algún modo les perjudica los pactos establecidos, es a los propios cónyuges a los primeros que les interesa saber las reglas acerca de la validez de los pactos matrimoniales que ellos mismos han convenido, puesto que en principio si ellos son los que han estado interesados en fijar dichas reglas es para que las mismas sean válidas, pues de otro modo no tiene sentido.

También respecto de la eficacia de las mismas se debe de hacer mención, puesto que una vez se otorgan esos pactos y los mismos son

⁸ BAYOD LÓPEZ, MARÍA DEL CARMEN, “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes, Nulidad: estudios sobre la invalidez e ineficacia”, N° 2, 2006.

plenamente válidos, tienen que desplegar su eficacia. Existen diferentes variables que pueden tenerse en cuenta a la hora de ejecutar un pacto matrimonial, como es el tiempo transcurrido desde su otorgación, si el matrimonio ha tenido hijos, si las circunstancias personales o económicas de los esposos han cambiado sustancialmente desde que se otorgaron. Todo ello podría llegar a ser motivos donde acogerse para llegar a solicitar su ineficacia. Porque, ¿es lo mismo un matrimonio que ha durado un año de casados que aquél que ha permanecido unido durante más de treinta? Es suficiente tal argumento para atacar su eficacia o sirve para graduar al menos los efectos del mismo, o por el contrario no se debe tener en cuenta ese hecho. Son algunas de las preguntas que se deben hacer al abordar el tema.

Por todo ello, es necesario partiendo de un análisis de la escasa regulación actual en el derecho común y haciendo una breve referencia a los derechos forales, algo más adelantados en éste ámbito, saber en qué punto nos encontramos en la actualidad, que cuestiones están resueltas sobre el tema y cuales quedan pendientes, ver cuáles son los pactos que más se suelen dar en la práctica, apuntar cual es el contenido tanto típico como atípico que pueden contener, materias que pueden abarcar, para luego poder realizar afirmaciones acerca de su validez y eficacia, detectar cuáles son sus carencias e intentar buscar soluciones.

CAPITULO I. CUESTIONES PREVIAS

1. CONCEPTO DE PACTO MATRIMONIAL

Podemos definir los pactos matrimoniales como aquellos acuerdos que dos personas que van a casarse o que ya son cónyuges otorgan con el fin de regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de su matrimonio. Pueden contener disposiciones acerca del régimen económico matrimonial que ha de regir constante matrimonio, reglas para su liquidación, fijar aspectos de su convivencia, respecto de los hijos, o determinados acuerdos respecto de derechos sucesorios (como la promesa de mejorar o no mejorar), normas acerca de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

En palabras de Pinto Andrade⁹ *“Los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial. De otra manera podrían definirse como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”*.

Tenemos en este punto que hacer una breve reflexión acerca de las formas en que la autonomía de la voluntad se puede expresar por los cónyuges según el momento y las circunstancias en que se produzca.

En primer lugar las capitulaciones matrimoniales, cuyo principal fin es el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico

⁹ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, “La genérica validez...”, ob. Cit.

matrimonial, aunque como dice el Código Civil pueden contener cualquier otra u otras disposiciones por razón del matrimonio.

Como segunda figura que recoge también la voluntad de las partes, tenemos el convenio regulador aprobado judicialmente, el cual establece los efectos personales y/o patrimoniales derivados de la nueva situación creada por la separación de los cónyuges o disolución de su matrimonio, creado una vez ya aparecida la crisis conyugal.

Por otro lado tenemos el convenio privado no homologado judicialmente, el cual puede pactarse en el seno de una separación de hecho o por cualquier otra circunstancia que haya impedido su homologación ante el Juez, los cuales también se habrán acordado una vez surgida la crisis matrimonial e igualmente tendrá por finalidad la regulación de la nueva situación tanto en las relaciones de los cónyuges entre sí como de éstos con los hijos si los hubiere, con una eficacia más limitada que los anteriores, como veremos, circunscrita a las partes.

Y los acuerdos prematrimoniales, los cuales pese a su nombre pueden ser otorgados antes o después de la celebración de matrimonio, aunque usualmente suelen pactarse antes de contraerlo, cuyo objeto principal es el pacto de las consecuencias de una futura ruptura matrimonial, realizándolo antes de que surja la crisis conyugal.

Moreno Velasco¹⁰ recoge: *“Dos son las características de estos pactos, según GONZÁLEZ DEL POZO, que los diferencian de otros negocios jurídicos de Derecho de Familia; son condicionales y preventivos.*

En primer lugar, son condicionales, ya que su eficacia queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio. De esta forma aunque puedan pactarse tras la celebración del matrimonio los pactos prenupciales suelen firmarse antes de contraerse el matrimonio. Si toman la forma de capitulaciones matrimoniales, deberá contraerse el matrimonio en el plazo de un año desde sus firma tal y como prevé el artículo 1334 del Código Civil.

¹⁰ MORENO VELASCO, VÍCTOR, *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2013, pág. 35.

En segundo lugar son preventivos, ya que son pactos proyectados para una situación eventual o contingente, ya que prevén los efectos de una crisis matrimonial futura que podrá no existir. En definitiva, anticipándose a los problemas o conflictos que puedan surgir ante una eventual crisis matrimonial dan una solución consensuada a sus efectos”.

Según García Rubio¹¹ los partidarios de estos acuerdos afirman su conveniencia, *“ya que a través de ellos las partes afrontan de manera más realista su relación y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos del divorcio o de la muerte de uno de los cónyuges”.*

Otras de las ventajas que cita la autora son el especial interés que tienen en el caso de las familias reconstituidas, también la reducción de costes financieros y emocionales que puede suponer una ruptura que ya se encuentra regulada¹².

¹¹ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, Segunda ponencia. Las relaciones económicas en la crisis familiar, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán a Tossa de Mar, Ed. Documenta Universitaria, Girona, 2005, págs. 95 – 121.

¹² También hay autores que señalan los posibles inconvenientes o desventajas que pueden derivarse de los pactos prematrimoniales, como BARRIO GALLARDO, AURELIO, *“Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 – 2016, págs. 74 – 87, que recoge: “En contra de los pactos previsores de la crisis se alega que la perfección de estos acuerdos tiende a proteger a las grandes fortunas y evita el acceso a su propiedad por parte de extraños. La suscripción de estos acuerdos prematrimoniales responde a la defensa del vínculo consanguíneo, a favor de la descendencia, y en general de la parentela, frente al vínculo conyugal, en detrimento del intrusismo de quien sólo ingresa en el seno de la familia merced al casamiento. Los abogados matrimonialistas norteamericanos explican la historia de los pactos antenuptiales como la de los ricos buscando mantener el control de su patrimonio después del matrimonio (Katz, 2003), una fortuna que por regla general ha sido recibida del tronco familiar por título de herencia o legado. La tendencia a beneficiar al cónyuge en la sucesión, muy extendida en la actual cultura occidental, no tiene por qué contraponerse necesariamente con esta idea en tanto que la conservación del estatus conyugal depende de la subsistencia del matrimonio; extinguido éste, tras el divorcio, ya no queda consorte al que beneficiar, como no se trate de una persona diferente. Los detractores de la figura suelen presentarla como instrumento de opresión sobre aquella parte cuyos condicionamientos de partida (medios económicos, habilidades negociadoras, etc.) lo limitan a la hora de obtener un acuerdo más ventajoso. Se aduce, en suma, que el acuerdo prematrimonial perjudica al miembro de la pareja “más necesitado de protección” que se identifica,*

En nuestro ordenamiento jurídico español estos pactos carecen de un concepto autónomo que los identifique. Aunque en principio se reconoce a los cónyuges el poder de contratar y realizar negocios jurídicos de diversa índole, lo cierto es que nuestra legislación no los reconoce como tal. Como veremos en algunos derechos forales sí que están expresamente recogidos y normados, como en el Derecho catalán pionero en esta materia.

Tenemos que hacer distinción entre las capitulaciones con otro tipo de pactos matrimoniales.

“En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”. De esta manera el Código Civil en su artículo 1.325 sin llegar a darnos una verdadera definición de las capitulaciones matrimoniales, abre el capítulo II del Título III del Libro IV fijando el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales y dejando la puerta abierta a que quepa otra clase de estipulaciones, que constituirían lo que la doctrina ha dado en llamar el contenido atípico de las mismas.

Por lo tanto podemos afirmar que las capitulaciones matrimoniales son el acuerdo mediante el cual los cónyuges o futuros cónyuges establecen su régimen matrimonial, realizan modificaciones en el que ya tienen o constituyen uno nuevo, el cual debe constar en escritura pública, que puede contener otras estipulaciones o disposiciones que tengan su razón de ser por razón del matrimonio, y que no podrán ser contrarias a las Leyes ni a las buenas costumbres ni tampoco limitar los derechos que le correspondan a cada cónyuge.

todavía hoy aunque sólo por parte de algunos autores, con la mujer, en una suerte de percepción estereotipada, que siempre la concibe en su papel de esposa y madre, a quien parece quedar reservado el cometido, dentro del matrimonio, del cuidado del hogar y la crianza de los hijos”.

O como dice Pedro Chaparro¹³ “*Con la denominación de capitulaciones matrimoniales se alude al negocio jurídico celebrado por los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1326 CC), y accesorio a éste, por el que se establece el régimen económico matrimonial que va a regir las relaciones económicas de la familia ... Pero, además, pueden los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales para sustituir aquél por otro (ya sea previsto legalmente, o atípico), o modificarlo (art. 1325 CC)... Puede ocurrir que las capitulaciones matrimoniales contengan disposiciones que no revistan naturaleza capitular (art. 1325 CC). Éstas, no obstante lo anterior, serán válidas aun sin concurrir el formalismo previsto en el art. 1327 CC. De la misma forma, la modificación de estas estipulaciones que, contenidas en las capitulaciones matrimoniales, no revistan carácter capitular, no requerirá de escritura pública*”.

Esta posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales, con más o menos restricciones siempre ha sido aceptada por el Código Civil, el cual desde su redacción originaria ha reconocido esta facultad.

Hasta la reforma de 1975 su regulación era bastante estricta y se restringía a poder establecer el régimen económico¹⁴ y sin que se pudieran establecerlas ni modificarlas una vez contraído el matrimonio. Posteriormente se presentan modificaciones tendentes a ampliar la libertad de los otorgantes al permitir que las mismas se otorguen, y modifiquen, antes y después del matrimonio y suprimiendo también la referencia a la autoridad marital como uno de los límites que no podían contravenir anteriormente el contenido de las capitulaciones matrimoniales. Luego la reforma de 1981 se amplía el contenido de las mismas y se amplía considerablemente la libertad de pacto.

¹³ CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO, “Lección 8”, en VERDA Y BEAMONTE, J. R. DE, *Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, pág. 143.

¹⁴ El artículo 1315 del Texto original del Código Civil decía “*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, son otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá que el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*”.

Esta evolución está en sintonía con el modelo europeo y su avance. Como pone de manifiesto Cervilla Garzón¹⁵ los acuerdos matrimoniales son una institución típica y propia del Derecho europeo continental, y la regulación que cada uno de los países tiene es presenta semejanzas entre ellos puesto que todos derivan del modelo francés o alemán.

La citada autora afirma que estos acuerdos van a determinar cuál es el régimen económico del matrimonio y que *“no son pactos que estén mirando al momento de la ruptura, aunque los acuerdos que en ellos se alcancen sobre los bienes puedan repercutir, qué duda cabe, en las consecuencias económicas derivadas de la crisis. De entrada, pues, el pacto capitular excluye el acuerdo prematrimonial con previsiones para el caso de ruptura, caracterizándose estos ordenamientos por sentir una cierta repugnancia a su reconocimiento”*.

En ningún caso se pueden confundir las capitulaciones matrimoniales con los pactos matrimoniales. Estos son aquellos que independientemente que se pacten antes (prematrimoniales) o durante (matrimoniales) el matrimonio su contenido típico es el de establecer las consecuencias de una ruptura ante una eventual crisis matrimonial.

Estos pactos no tienen, en contra de lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales, una larga tradición en nuestro derecho matrimonial, sino que muy al contrario podíamos calificarlos como un tema novedoso.

Nuestro país sigue el fenómeno tendente en Europa durante los últimos años influido por el derecho norteamericano entre otros factores. Cervilla¹⁶ nos explica cuál ha sido la razón: *“Es la sociedad la que demanda un mayor margen de autonomía dentro del Derecho de familia, una de cuyas manifestaciones es el reconocimiento de una parcela de libertad que permita a los futuros contrayentes acordar previsiones para el caso de una hipotética ruptura. Igual que en Europa, esa demanda se presentó en Estado Unidos, y su Derecho, más flexible o receptivo a los cambios, halló*

¹⁵ CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, “Los acuerdo prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 19.

¹⁶ CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, Ob. Cit. Alt., pág. 24.

la forma de darle salida. Cuando esa demanda tiene lugar en Europa encuentra frente a sí un doble muro: de un lado, la propia estructura del Derecho, menos dúctil al cambio y que, hasta entonces, había manifestado un rechazo, una ignorancia a los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura; de otro, las capitulaciones matrimoniales, con un contenido y un régimen jurídico muy definido y consolidado, que parecía era inexpugnable”.

Por lo tanto, pese a lo que pudiera parecer, es en aquellos países donde existía más tradición de capitulaciones matrimoniales, donde más recelo ha existido a la hora de introducir en su ordenamiento jurídico los pactos matrimoniales dada su estructura ya formada y su contenido prefijado.

Otra forma de expresarlo es la que emplea Ginés¹⁷: *“Cierto es que, desde siempre, se ha respetado un cierto juego de la autonomía privada de los cónyuges a la hora de diseñar las reglas de orden económico que van a regir su vida matrimonial, siendo las capitulaciones matrimoniales el instrumento clásico y básico de canalización de esta acotada libertad contractual. La novedad estriba en la ampliación del campo de acción de la libertad de pacto intraconyugal a terrenos cuyo acceso a la autorregulación estaba, sin lugar a dudas, prohibido o, cuando menos, muy restringido, y uno de estos terrenos es el de la posibilidad de preestablecer por pacto las consecuencias, de orden económico e, incluso, de otra índole, de la ruptura de una relación matrimonial ya establecida o aún por establecer. Nos referimos, claro está, a los conocidos como pactos prematrimoniales. Advirtamos desde ya que no es esta la expresión más completa y correcta, puesto que solo hace mención a una de las posibilidades temporales de celebración de esta suerte de pactos, que, como veremos, pueden ser otorgados antes de las nupcias, pero también después de ellas, esto es durante el matrimonio. A lo que, en todo caso, deben ser previos, so pena de mutar su naturaleza jurídica, es a la crisis matrimonial en cuya eventualidad son otorgados”.*

¹⁷ AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ, GINÉS CASTELLET, NÚRIA, “Los pactos en previsión...”, ob. Cit., pág. 397.

Pero no solamente el derecho norteamericano, como hemos apuntado, pese a su gran influencia, es el único factor que ha incidido en la introducción de los pactos matrimoniales en nuestro derecho patrio. Existen otras muchas causas que han sido decisivas para ello, entre las que podemos citar la secularización del matrimonio, puesto que el cristianismo pugna por un matrimonio único e indisoluble incompatible con la introducción de previsiones para una futura ruptura la cual no se contempla; la introducción de la mujer en el mundo laboral, momento hasta el cual su papel quedaba relegado al cuidado de la casa y los hijos, lo que le privaba de una economía propia, y por lo tanto en la mayoría de los casos no tenía se pactaba un régimen económico que no fuera el legal de gananciales, junto con la autoridad marital existente lo que hacía que no se dieran tampoco otro tipo de pactos de carácter personal; o la introducción del divorcio en 1981, y su gran incremento de número de casos en los últimos años ha contribuido en proliferar los acuerdos matrimoniales, entre otras muchas causas¹⁸.

Volviendo a incidir en la diferenciación de los capítulos con los pactos matrimoniales, los cuales hemos dicho que son los que tienen por objeto regular los efectos de una posible ruptura matrimonial, que aún no existe, debemos estar a la diferenciación entre los diferentes tipos de documentos que los cónyuges pueden otorgar según ya hemos mencionado.

¹⁸ En este sentido se pronuncia MORENO VELASCO, VÍCTOR, *Autonomía de la voluntad...*, ob. Cit., pág. 27: “Con la evolución de la sociedad hacia una cultura de independencia personal y patrimonial de los cónyuges, es frecuente encontrarse con modelos matrimoniales en los que son ambos miembros de la pareja los que perciben ingresos. Se percibe una tendencia hacia una independencia económica, y por ende, personal de los cónyuges, si bien, asumiendo conjuntamente las cargas del matrimonio.- A esta independencia económica de los esposos debemos añadir una cultura divorcista que iniciada en el año 1981, ha visto su máxima expresión en la ley 15/2005, de 8 de julio.- La ruptura matrimonial ha dejado de ser algo infrecuente para percibirse socialmente como una posibilidad, y de ahí que se esté observando un interés por regular anticipadamente sus consecuencias.- Proliferan, de esta forma, familias reconstituidas en las que los cónyuges han aprendido de experiencias pasadas y pretenden “asegurarse” de controlar al máximo una eventual ruptura.- Todo ello lleva a la generalización de las capitulaciones matrimoniales mediante las cuales los cónyuges, o los que van a serlo, acuerdan regirse por el régimen de separación de bienes, o bien deciden pactar aspectos, tanto de su vida matrimonial, como de eventual y futura ruptura”.

2. NATURALEZA JURÍDICA

2.1. Diferentes posturas en la doctrina

En cuanto a su naturaleza jurídica tampoco la cuestión es pacífica, si bien la ubicación de su regulación en el Libro Cuarto “De las Obligaciones y Contratos”, hace que la mayoría de la doctrina acepte su naturaleza contractual no faltan autores que, aun dando por válida tal afirmación, aportan matices a tal carácter, como es el caso de Celia Martínez Escribano¹⁹ que entiende que *“Los pactos prematrimoniales participan claramente de una naturaleza contractual, pero más concretamente, y debido a su particular contenido, se aproximan a tres tipos de acuerdos propios del Derecho de familia: las capitulaciones matrimoniales, el convenio regulador y los acuerdos privados que se adoptan en los casos de separación de hecho”*.

Bayod López²⁰ afirma *“Los capítulos matrimoniales (contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio los denominaba el CC antes de la reforma de 1981) participan de la naturaleza de los contratos asociativos... y, en cuanto contrato, aun cuando presente caracteres especiales, deben cumplir los requisitos del art. 1261 CC”*.

La sentencia STS, Sección 1ª Civil, de 31 de Marzo del 2011, Recurso: 807/2007, siendo ponente Encarnación Roca Trías, recogiendo varias de las anteriores sentencias del propio Tribunal, refiere:

“La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución

¹⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, Pactos prematrimoniales, Madrid, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 84.

²⁰ BAYOD LÓPEZ, CARMEN, Sentencia de 15 de Enero de 2004 (RJ 2004, 202), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (Dir.), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones*, Ed. Aranzadi, 2009, Cizur Menor.

judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC". Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007)".

2.2. Diferencias con otras figuras. En especial con el convenio regulador

Podemos decir que el convenio regulador es aquel acuerdo al que han llegado los cónyuges por el cual regulan las medidas que deben regir entre ellos como consecuencia de su fracaso matrimonial, y que se recogerá en la sentencia de separación o divorcio una vez aprobado judicialmente.

Si bien es cierto que tanto los pactos matrimoniales como el convenio regulador tienen en común que ambos se estipulan para regular los efectos producidos por una crisis matrimonial, existen claras diferencias entre ambas figuras.

Tenemos que decir que el convenio regulador aprobado judicialmente se integrará en la sentencia, formando parte de ella y por tanto gozará de la fuerza ejecutiva de ésta.

Por tanto la diferencia con el pacto matrimonial suscrito por los cónyuges es palpable.

Sin embargo, ¿qué ocurre con un convenio regulador que los cónyuges han realizado en el seno de una separación de hecho? ¿O el que no ha sido ratificado por los cónyuges o que el juez no lo ha aprobado?

Aquí aunque, por supuesto que sigue existiendo diferencias entre el pacto matrimonial y el convenio regulador no aprobado judicialmente no son tan evidentes.

En primer lugar, la gran diferencia que existe entre ambas figuras es el momento en que se otorgan. Los pactos matrimoniales se pueden otorgar, antes de contraer matrimonio o constante éste, pero siempre antes de que surja la crisis matrimonial. Sin embargo el convenio regulador siempre se realizará una vez ya ha surgido la crisis matrimonial.

Por lo que el punto clave para distinguir ambos, es el comienzo de la crisis matrimonial, fecha que hará de barrera para delimitar en que figura nos encontramos.

Entendemos que en principio parece simplemente una fecha, pero tenemos que señalar que son dos momentos extremadamente diferentes por las circunstancias en que se producen.

Los pactos matrimoniales se otorgaran, como hemos dicho ya, antes o durante el matrimonio, en que los cónyuges acuerdan unos efectos ex ante para una posible futura ruptura matrimonial pero sin que la pareja esté todavía en crisis; por el contrario en el momento de pactar un convenio regulador de los efectos de la ruptura el matrimonio ya ha fracasado, por lo que es fácil que en este momento entren en juego los reproches, culpas, etc. o al menos la influencia del estado de ánimo de los cónyuges.

O en palabras de Cristóbal Pinto *“Frente a los Convenio Reguladores, las Capitulaciones Matrimoniales o los Convenios de separación de hecho, considerados también por la Jurisprudencia como negocios de familia, presentan un rasgo característico: son medidas convenidas por los cónyuges ex ante de la crisis convivencia, que se adoptan antes o después de celebrado el matrimonio pero en situación de normal convivencia y en anticipación a la crisis o la ruptura. Este es el rasgo que los distingue y diferencia. Gráficamente podríamos señalar que los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura participan de la naturaleza de los Capítulos Matrimoniales tanto por el momento en que pueden celebrarse como porque en la práctica suele utilizarse este “instrumentum” contractual (escritura notarial de capitulaciones matrimoniales) para su otorgamiento pero a la vez presentan elementos propios de los Convenios de separación de hecho y de los Convenios Reguladores tanto porque pueden contener estipulaciones propias del Art 90 CC como porque puede preverse que lo pactado sirva en el futuro precisamente como propuesta de Convenio Regulador”*.

García Rubio²¹ incide en su carácter preventivo o prospectivo para diferenciarlos de los convenios, pues precisamente esta naturaleza preventiva, y no que se celebren antes o después de la boda, son los que los distinguen del llamado convenio regulador previsto en los arts. 90, 91 y 97 del CC, para dar cauce a la autonomía de la voluntad una vez surgida la crisis y producida la ruptura, o incluso los contratos celebrados privadamente entre los cónyuges también surgida la crisis.

Por último podemos diferenciar ambas figuras en función de la diferente naturaleza jurídica de la que participan, puesto que el convenio regulador es un contrato jurídico sui generis de naturaleza mixta. Como señalan varios autores²² por un lado es un negocio jurídico en el que interviene la autonomía de la voluntad²³, y por otro es sometido al control judicial que perfila y determina sus efectos jurídicos.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

3.1. Influencia de la CE 1978

Como hemos dicho el tema que nos ocupa es bastante novedoso en nuestro derecho. En el ordenamiento jurídico español bien es cierto que no existe una larga tradición respecto a los pactos matrimoniales como puede ocurrir en otros países sobre todo de origen anglosajón.

En el Derecho de Familia tradicional tal y como apunta Víctor Moreno²⁴ la autonomía privada era muy limitada en su regulación, siendo las normas

²¹ GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad...”, ob. Cit.

²² Entre otros Juan Manuel Llopis Giner y Juan José López Burniol.

²³ Lo define el Tribunal Supremo como “*el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados que proclama el artículo 1255 C.C, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses*”, STS N° 250/2013, de 30 de abril, Recurso N° 988/2012, ponente José Antonio Seijas Quintana.

²⁴ MORENO VELASCO, VÍCTOR, *Autonomía de la voluntad...*, ob. Cit., pág. 27.

primordialmente imperativas y dejando poco espacio para la libertad de pacto entre los cónyuges.

En igual sentido se expresaba Carlos Lasarte²⁵ al afirmar respecto de la naturaleza y el carácter del Derecho de familia, que la mayor parte de las normas se caracterizan por ser de carácter imperativo. Añadiendo, que la relación entre el *ius cogens* y la capacidad auto normativa de los interesados prevalece generalmente el derecho imperativo estando muy limitada la autonomía privada.

Si tenemos que buscar un punto de inflexión, sin duda, este es la Constitución de 1978, la cual cambió de manera radical la concepción del derecho de familia que existía hasta la época.

Como dice Encarna Roca²⁶ *“la personalidad de los ciudadanos que les hace iguales ante la Ley, no tiene una traducción práctica en las normas del derecho de familia, en las que hasta la Constitución de 1978, no rigió el principio de igualdad, sino el de autoridad”*. Es precisamente la CE la que teje todo un entramado de protección de la familia²⁷ así como un catálogo de Derechos Fundamentales de los individuos que integran ésta,

²⁵ LASARTE, CARLOS, *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 7ª edición, 2008, pág. 9.

²⁶ ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1ª edición, 1999, pág. 30.

²⁷ La Constitución no ofrece una definición de familia, como apunta ROCHA ESPÍNDOLA, MARTÍN ANSELMO, “El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia”, Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, Número 2 (2), Valencia, 2016; con el que estamos plenamente de acuerdo en que lejos de ser criticable es una ventaja que permite adaptar a cada época el concepto jurídico de familia que se debe tomar. Así lo expresa el citado autor: “Sin duda existe una falta de definición de la familia por parte de la Constitución, pero sin embargo esta opción es correcta, porque aunque parezca paradójico la familia queda protegida y si se hubiese dado un definición constitucional de familia habría sido un problema otorgar protección a otros modelos, por lo cual hubieran quedado desprotegidos.

Además al excluir dichos modelos probablemente se estarían violentando los principios del Estado democrático y social, esta indefinición es necesaria para adaptarse a la realidad social.

La opción vigente permite que sea el propio legislador el que dependiendo de cada momento opte por una mayor o menor apertura, lo cual no significa crear a la carta los diversos modelos 70”.

que en opinión de Roca²⁸ justifica que las normas de Derecho de familia sean imperativas.

José Ramón Polo Sabau nos da su visión de este cambio y a su modo de ver, la Constitución, viene a romper la batalla que se venía librando entre el Estado y la Iglesia en torno a la figura del matrimonio y por ende del derecho de familia. Así lo expresa el citado autor al apuntar que *“El art. 32 de la Constitución española vino a clausurar, en este caso en beneficio del Estado, la pugna históricamente entablada entre éste y la Iglesia a propósito de la competencia normativa y jurisdiccional sobre el matrimonio...”*²⁹.

También el Profesor Lasarte en parecido sentido se pronuncia, pero apoyándose en el art. 16 de la CE, al afirmar *“Al declarar la aconfesionalidad estatal (art. 16.3), presupone la Constitución la recuperación del poder civil en la regulación del matrimonio, lo que implícitamente supone delegar en el legislador ordinario la posibilidad de existencia del divorcio”*³⁰.

Como decíamos son varios los artículos constitucionales en los que podemos encontrar respaldo a la proclamación de la autonomía de la voluntad respecto de los pactos matrimoniales.

Tienen especial relevancia e influyen de una forma o de otra el art. 1.1 CE que proclama como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad; el artículo 9.2 CE desde el que insta a los poderes públicos a promover la libertad y la igualdad de los individuos; el 10 CE que alude a la dignidad de la persona, y el libre desarrollo de la personalidad; el art. 14

²⁸ ROCA ENCARNA, ibídem, pág. 80. La autora dice al respecto: *“Seguramente, la única razón por la que se justifica que las normas de Derecho de familia sean imperativas reside en que la intervención de los poderes públicos, asegurando la protección social, económica y jurídica de la familia, de acuerdo con el artículo 39.1 CE, se justifica como garante de los derechos fundamentales de los individuos, de acuerdo con el artículo 53 CE. De aquí se deduce una importante consecuencia: los poderes públicos deben intervenir para controlar que la actividad de los miembros de la familia no produzca una lesión en los derechos fundamentales de algunos de ellos”*.

²⁹ POLO SABAU, JOSÉ RAMÓN, *Matrimonio y Constitución...*, ob. Cit., pág. 18.

³⁰ LASARTE, CARLOS, *Derecho de Familia...*, ob. Cit., pág. 6.

CE que proclama la igualdad; el artículo 32 CE que garantiza el derecho al matrimonio en plena igualdad; el 39 CE que asegura la protección de la familia, y el artículo 53 CE garante de los derechos y libertades fundamentales.

Para Moreno³¹ *“A la hora de buscar un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio debemos partir de los principios y derechos constitucionales, en concreto del principio de libertad y al libre desarrollo de la personalidad prevista en el artículo 10 de la Constitución Española.”*

Para este autor la libertad que se proclama como uno de los valores supremos del ordenamiento hace que el Estado tenga que garantizar que los individuos puedan organizar libremente su matrimonio y su familia, aunque eso sí, con ciertos límites constituidos por otros principios, señalando el de igualdad, el de seguridad y el de protección a la familia, además de algunos de *“menos calado constitucional, pero de igual importancia práctica”*, según palabras del propio autor, como el de protección a los acreedores.

Pero no todos ellos entraran en juego de la misma forma. Para la anteriormente citada autora Roca³² *“los derechos protegidos a través de la técnica constitucional e identificados en el grupo de los derechos fundamentales prevalecen en todo caso frente a un hipotético interés familiar. Si los intereses en juego no tienen categoría constitucional, prima entonces el interés de la familia. Porque en el sistema basado en derechos constitucionales, la familia es una institución instrumental, cuya finalidad esencial es facilitar a sus miembros el ejercicio de los derechos fundamentales y la promoción de los valores que se consagran en el art. 10 CE.”*

Tras la proclamación de la CE se ha producido un cambio en el Derecho de Familia español para su adaptación a la misma, que se ha ido desarrollando a través de las diversas normas que paulatinamente se han dictado para acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos constitucionales. Para ello el legislador ha tenido en cuenta los principios y

³¹ MORENO VELASCO, VÍCTOR, *Autonomía de la voluntad...*, ob. Cit., pág. 29.

³² ROCA ENCARNA, *Familia y cambio...*, ob. Cit., pág. 76.

valores que contiene nuestra norma fundamental para reflejarlos en el conjunto de leyes que desde 1978 hasta la actualidad han ido conformando el cambio en el actual derecho de familia.

Como señala María Ángeles Parra Lucán³³ *“El sistema de valores imprescindibles del que se deben deducir las reglas que permitan conformar las normas imperativas está recogido en la Constitución. El concepto de orden público, tradicional en la elaboración de los conceptos del estado civil y de las relaciones familiares, en la actualidad debe identificarse con los principios y valores constitucionales, con los derechos fundamentales. En consecuencia, el «orden público familiar», es decir, las reglas básicas sobre las que se organiza la familia, son las que están en la Constitución.”* Para la autora la autoridad y la jerarquía familiar, la estabilidad del matrimonio y la heterosexualidad ya no son orden público, formando los derechos fundamentales un nuevo orden público que se debe tener en cuenta para apreciar la validez de los pactos, junto con el interés superior del menor.

Pasamos ahora a reseñar las principales reformas que se han operado desde la proclamación de nuestra Carta Magna y que han tenido influencia en el tema que nos ocupa.

3.2. Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, como suele decir la doctrina, se empezó a producir una “personalización del matrimonio”. En palabras de José Ramón de Verda Beamonote³⁴ *“Poco a poco, se ha ido*

³³ PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “Autonomía de la Voluntad y Derecho de Familia” en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo I Derecho de la persona, familia y sucesiones, AAVV, Consejo General del Notariado, 2012, pág. 119.

³⁴ VERDA BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio”, *Revista Boliv. De derecho*, N° 17, enero 2014, págs. 10 – 31.

acentuando, en efecto, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes”.

O como dice Fernández-Coronado³⁵ *“el legislador actual ha podido, por fin, desplazar su centro de atención desde el colectivo a la persona individual o, lo que es lo mismo, desde la lucha continua por la reivindicación y la defensa de sus competencias matrimoniales frente al Derecho canónico, a centrarse en su propio cometido y desarrollar su concepción matrimonial de Estado personalista, que tiene en su punto de mira los derechos de sus ciudadanos derivados de su propia dignidad como personas, y necesarios para el libre desarrollo de su personalidad; cuestiones ambas, dignidad y libre desarrollo, que sustentan la libertad de conciencia individual de todos ellos”.*

Una de las principales Leyes que han operado el cambio de la regulación del derecho de familia sin duda ésta ha sido la Ley 11/1981, de 13 de Mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

Entre otros aborda reformas tan importantes como la que supone en materia de filiación y patria potestad, por lo que aquí nos interesa, especialmente el de la eliminación de los llamados “hijos ilegítimos” al desaparecer la distinción entre filiación legítima e ilegítima, eliminando cualquier distinción entre los hijos, y en materia de patria potestad como el establecimiento de que ésta será compartida por ambos progenitores, lo que supone dar cabida a los principios constitucionales de igualdad³⁶,

³⁵ FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, ANA, “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, Foro, Nueva época, Nº 3/2006, pág. 105.

³⁶ En la exposición de motivos del Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979 se refería esta idea de igualdad diciendo: *“La ley de 2 de mayo de 1975 rectificó, atendiendo demandas urgentes de nuestra sociedad, una orientación legislativa ya ampliamente superada en la jurisprudencia de los países desarrollados, al liberar a la mujer casada de las trabas personales y patrimoniales que le imponían, en obsequio al*

consagrado en el art. 14 y 39.2 de la CE, y a los mandatos de protección al menor consagrados en éste último artículo. En este campo la autonomía de la voluntad está sometida a un control más exhaustivo, puesto que se protege el interés del menor.

Además la citada Ley supone una revolución en cuanto al régimen económico matrimonial³⁷.

Regula novedosamente la sociedad de gananciales en régimen de igualdad entre el marido y la mujer, para así adaptarlo a lo prescrito con el

marido y por razón de un cierto modo de entender la unidad de los cónyuges y la familia, diversos preceptos de nuestro Código, inspirados, a su vez, en el de Napoleón. La nueva versión de 1975 establecía, como principio rector de las relaciones personales entre esposos, el de la igualdad de varón y mujer, pero no alteraba la organización económica de la sociedad conyugal o de las relaciones entre padres e hijos que, fundadas ambas sobre el principio de la superioridad del marido y el padre, atribuían al varón el gobierno, con amplios poderes, de la economía del matrimonio; e igualmente de la persona y los bienes del hijo menor. De donde la libertad concedida de esposa y los bienes del hijo menor. De donde la libertad concedida de esposa y madre por la nueva ley quedaba habitualmente muy incompleta, al no tener aquélla, en el régimen legal de sociedad de gananciales, acceso suficiente a los medios económicos más frecuentes e inmediatos de los cónyuges, que son las ganancias del trabajo y las rentas de sus bienes; caudal que, sujeto a la gestión del marido, correlativamente quedaba fuera de la esfera de influencia de la mujer y no podía servirle como medio de hacer valer la deseada autonomía personal. De igual modo la madre seguía apartada de cualquier nivel de decisión mínimamente importante en la incumbencia es de sus hijos menores”.

³⁷ Diversas Sentencias del Tribunal Supremo recogen este espíritu de cambio operado por esta Ley “Profunda es la reforma introducida en el CC por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) sobre el régimen económico matrimonial, al atribuir protagonismo en el mismo a la mujer casada, conforme a los principios constitucionales, con lo que alcanzó la situación de igualdad y gestión con el varón, y por ello se vino a potenciar y preservar su haber ganancial, superando la casi plena disponibilidad que la legislación anterior y tradicional atribuía al marido, ya que era monopolizador de los bienes gananciales, como “jefe de familia”. Así, la reforma legal impuso a la jurisprudencia la necesaria adaptación al texto vigente y, con ello, entre otras situaciones, superar el concepto de actuación en interés de la familia para justificar las disposiciones del marido comprometedoras de los bienes gananciales, por atribución a sus deudas la condición de ganancialidad y atendiendo a los preceptos civiles vigentes, la literalidad de los mismos no la refieren y así resulta extralegal”, entre otras STS Sala 1ª de 21 de diciembre de 1985.

principio constitucional, al igual que proclama tal igualdad para el régimen económico general o primario perfeccionando lo anteriormente legislado³⁸.

Mediante ella se da nueva redacción a la mayoría de artículos referidos al régimen económico matrimonial, entre otros, se aprecia como a través de la redacción del art. 1325 del CC se puede distinguir entre el contenido típico y el atípico de las capitulaciones matrimoniales, al decir “*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualquiera otras disposiciones por razón del mismo*”.

Y es también obra de esta Ley la modificación de los límites de las mismas a través del artículo 1328 estipulando “*Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*”³⁹ al igual que la introducción del art. 1335 del Código Civil, diciendo “*La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe*”.

³⁸ En este sentido se pronuncia ESPIN CANOVAS, DIEGO, “La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil”, en AAVV, *El nuevo derecho de familia español*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1982, pág. 16, al referir respecto del régimen económico primario que “*La Ley de 2 de mayo de 1975, al suprimir la autoridad marital, aunque todavía dejó en vigor el poder de administrador conyugal a favor del marido, transformó la potestad doméstica de la mujer, regulándose en pie de igualdad para ambos cónyuges, de manera que si bien les colocaba en el plano igual en esa esfera, subsistía la desigualdad en los poderes de administración que excedieren del poder doméstico... La reforma actual, conservando la norma de la Ley de 1975, que más sistemáticamente incorpora al título sobre el régimen económico matrimonial, con leves modificaciones que mejoran su texto a mi juicio, faculta a ambos cónyuges para realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma (artículo 1.319, ap. 1). Esta norma, cobra un sentido plenamente igualatorio al establecerse también un régimen de iguales facultades para los actos de gestión y disposición de los bienes gananciales (artículo 1.375)*”.

³⁹ En la regulación originaria del Código Civil decía “no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges”, art. 1.316; la reforma de la Ley de 2 de mayo de 1975 modificó el precepto transcrito diciendo “no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio”.

Por tanto los límites fijados por el Código Civil después de ésta reforma a los pactos que pueden estipular los cónyuges son: los que contravengan las leyes imperativas; límites derivados del régimen económico matrimonial primario; pactos contrarios a las buenas costumbre; los que sean limitativos de la igualdad de derechos que correspondan a cada cónyuge; y los que perjudiquen a los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

En cuanto al contenido de las capitulaciones matrimoniales, el típico será el establecimiento, modificación o sustitución de un régimen económico matrimonial, pero podrán también contener cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio.

Lasarte dice⁴⁰ que “... en numerosos supuestos conflictivos las propias normas legales de Derecho de familia reclaman y presuponen ante todo un acuerdo o un convenio entre los interesados... Esta línea de desarrollo, se ha acentuado profundamente en algunos de los aspectos de Derecho de familia, instaurados sobre la base de nuevos principios, en las reformas descritas de 1981. La autonomía privada o capacidad de autorregulación propia de los cónyuges desempeña, asimismo un papel extraordinariamente relevante en el ámbito de las relaciones patrimoniales, pues el principio básico en materia de régimen económico del matrimonio radica en la libertad de elección por parte de los cónyuges del sistema que consideran preferible de entre los diversos modelos regulados por el legislador o, incluso, en la libertad de elaboración del régimen económico-matrimonial que consideren necesario estatuir”.

Como hemos afirmado ésta Ley junto con la 30/1981, de 7 de julio, como ahora explicaremos, han supuesto el principio de la gran revolución de la autonomía de la voluntad en el campo del derecho de familia y la apertura de las puertas de los pactos patrimoniales.

⁴⁰ LASARTE, CARLOS, *Derecho de Familia...*, ob. Cit., pág. 10.

3.3. La Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Anteriormente a la entrada en vigor de ésta Ley el matrimonio era indisoluble⁴¹, solamente era posible su terminación bien por la muerte bien por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

Tras la entrada en vigor de la Constitución era necesario dar una respuesta, acorde con los tiempos, a las necesidades de las parejas que su matrimonio entra en crisis. O como decía en la época Vega Sala⁴² *“La tradición en la aplicación de Derecho canónico, ..., nos obliga a establecer el sistema matrimonial vigente en España como marco en el que, necesariamente, se tiene que desarrollar el matrimonio y los institutos jurídicos que la ley establece para cuando aparece la crisis de la relación conyugal”*. Como seguía afirmando el citado autor la CE de 1978 por sí sola no modificó el sistema aunque proclame los principios de igualdad, aconfesionalidad, la no obligación de declaración ideológica o religiosa, o la vinculación de todos los poderes públicos; además de proclamar que la Ley regulará las causas de disolución del matrimonio.

⁴¹ A excepción del breve periodo de tiempo que duró la II República, cuya Constitución de 9 de diciembre de 1931 es la precursora de la Ley del Divorcio, siendo la que por primera vez lo introduce en nuestro ordenamiento jurídico, la cual en su artículo 43 predicaba *“El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con la alegación en este caso de justa causa”*. De ello derivó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 la que establecía en su art. 1 que el divorcio disuelve el matrimonio cualquiera que hubiera sido la forma y fecha de celebración. Y en el art. 2 decía *“Habrá lugar al divorcio, cuando lo pidan ambos cónyuges de común acuerdo, o uno de ellos por alguna de las causas determinadas en esta Ley, siempre con sujeción a lo que en ella se dispone”*, estableciéndose en el artículo 3 las causas de divorcio. Ésta Ley fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, la cual en su único artículo declara la vigencia de nuevo del Código Civil en la materia, anteriormente fue suspendida la tramitación de los pleitos de separación y divorcio por Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de marzo de 1938.

⁴² VEGA SALA, FRANCISCO, “El nuevo derecho del matrimonio”, en AAVV, *El nuevo derecho...*, ob. Cit., pág. 243.

Se dejó abierta la puerta al legislador para que desarrollara tales principios y confeccionara las premisas para la disolución del matrimonio.

A partir de entonces se incluye una causa de extinción del matrimonio, el divorcio. Ello supone el poder poner fin a un matrimonio contraído válidamente, aunque eso sí, siempre que concurran unas causas tasadas. Éstas se contenían en el antiguo art. 86 del CC, hoy en día derogado, en el que en lista de numerus clausus se recogían hasta un total de cinco causas por las que se podía solicitar la disolución del matrimonio⁴³.

En principio, el divorcio no podía ser de mutuo acuerdo, o no al menos por la sola voluntad de los cónyuges, puesto que tenía que estar sustentado por alguna de estas causas, lo que hace que algunos autores hablen de un sistema culpabilista⁴⁴, aunque otros muchos lo tilden simplemente de

⁴³ El citado art. 86 del CC, tras la reforma operada por la Ley 30/1981 establecía: *“Son causas de divorcio: 1ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto trascurrido un año desde la celebración del matrimonio.- 2ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si trascurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.- 3ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.- 4ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.- 5ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”*.

⁴⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, “Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870”, en AUTORES VARIOS, *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, coedición Idadfe, UNED, y El Derecho, Madrid, 2006, pág. 303, distingue dentro del divorcio judicial: *“ a) La tesis del divorcio-sanción, según la cual determinados hechos antijurídicos se configuran como una causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido (al que comúnmente se denomina “inocente”), como una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste,*

causalista pero sin tintes sancionadores, en este sentido se decanta la profesora Martínez de Morentin⁴⁵ entre otros.

La introducción del divorcio junto con la separación judicial supone un gran paso adelante en cuanto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Así lo cree también el citado Profesor Jiménez⁴⁶ al afirmar “*En este sentido, La Ley de 1981 parece orientar las normas matrimoniales desde el Derecho imperativo hacia el ámbito del Derecho dispositivo, destacando los aspectos consensuales del matrimonio y su mantenimiento en tanto subsista la affectio maritalis, permitiéndose en cambio su disolución cuando cese el consentimiento continuado en su pervivencia, lo que se pone de manifiesto en que varias de las causas de divorcio se basen en el mutuo disenso o en un cambio del consentimiento otorgado en el momento de la celebración del matrimonio, exteriorizado por medio de determinadas conductas y fundamentalmente del cese efectivo de la*

mediante el ejercicio de la acción de divorcio. Por ello, el proceso de divorcio incide básicamente sobre la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, y en este sistema se hace hincapié en causas que entrañen incumplimientos graves de los deberes conyugales: abandono, adulterio ...” de ésta otra tesis que describe “b) La más reciente tesis de frustración o del divorcio-remedio o divorcio-quebra entiende que, cuando existe un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio, su mantenimiento sería perjudicial, y por ello se considera más conveniente darlo por concluido, sin acudir a una difícil indagación de las causas de ruptura; se trata así de resolver una situación de los cónyuges en todas las situaciones en que la vida en común, por la concurrencia de determinadas causas, ha resultado intolerable. En este sistema, las causas de divorcio se objetivizan y residen básicamente en la ruptura de la vida conyugal cuando es razonablemente previsible la imposibilidad de recomponerla”.

⁴⁵ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M^a LOURDES, “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, Aequalitas, N^o 19, 2006, págs. 20 – 27. Como decíamos la citada autora en este sentido manifiesta: “*Sin embargo hay que recordar, que le sistema instaurado por la Ley 30/81, fue un sistema, no de búsqueda de culpables, sino un sistema mixto en el que además de haberse dado entrada a la separación consensual, verdadera innovación en 1981, se introducía la separación constatación de la quiebra de la vida matrimonial (separación-ruptura), a la vez que se mantenían una serie de causas de tipo subjetivo, pero no en un intento de sancionar conductas reprobables, sino de proteger al cónyuge que se veía perjudicado ante una serie de situaciones producidas por el otro cónyuge, y ello en un intento de aproximar la justicia a ese tipo de supuestos, en los que no podía premiarse al cónyuge causante de la ruptura matrimonial”.*

⁴⁶ JIMÉZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, “Una visión de la evolución...”, ob. Cit., pág. 311.

convivencia conyugal, que se hace equivaler a una declaración de voluntad presunta”.

Si bien es cierto que la Constitución ya había dejado la puerta abierta al legislador para que pudiera introducir la disolución del matrimonio al establecer en el apartado segundo del artículo 32 que: *“La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”*, lo cierto es que es la Ley 30/1981 la que establece esta causa de disolución, lo que supone, como apuntábamos, la ruptura con el sistema matrimonial que regía hasta ese momento, presidido por el principio de indisolubilidad del matrimonio.

Decíamos que es toda una novedad en éste campo la introducción de la separación consensual entre los cónyuges. Así el art. 81 en su punto primero rezaba *“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”*.

Por primera vez se reconoce la posibilidad de pactar los efectos derivados de la separación o del divorcio del matrimonio al introducir la figura del Convenio Regulador.

Se reconoce en un texto legislativo por primera vez la posibilidad de que sean los cónyuges los que a través de la figura del convenio regulador sean ellos mismos los que en manifestación de su autonomía regulen los efectos derivados de su separación o divorcio expresando al menos los extremos que se fijan en el art. 90 del CC. Aunque esta autonomía no es ilimitada puesto que como bien apunta Cristóbal Pinto Andrade ⁴⁷ *“El Convenio Regulador del art. 90 CC es un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares la autoridad pública, de forma que la facultad que se les concede a los esposos de regular los efectos sustantivos del mismo no supone un reconocimiento ilimitado de su autonomía, al menos en los extremos del mismo que afectan a materias*

⁴⁷ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *El convenio regulador y su aplicación práctica*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat, 1ª Edición, 20013, pág. 7.

indisponibles para las partes –tales como los acuerdos referentes a los hijos menores de edad- si no interviene como es preceptivo el Ministerio Fiscal y no resulta luego aprobado judicialmente”.

3.4. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

“La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable transcendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.- En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.- Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor transcendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa ineludible situación de separación”.

Es la propia Ley en su Exposición de Motivos la que nos da las claves para entender el espíritu de la misma señalando los motivos por los cuales se elaboró. Como vemos destaca la ampliación de la autonomía de la voluntad mermando la intervención de los poderes públicos⁴⁸.

⁴⁸ La mencionada Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dice al respecto: *“La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes*

Varias son las novedades introducidas en este sentido, en primer lugar destaca la supresión de las causas de separación o divorcio⁴⁹. A partir de su entrada en vigor solamente es necesario el transcurso de tres meses⁵⁰ desde la celebración del matrimonio para que sea suficiente solamente la voluntad de uno de los cónyuges para que, sin separación previa, se pueda solicitar el divorcio. Ello supone dar mayor autonomía al individuo puesto que de la misma forma que se recoge el derecho a contraer matrimonio, de esta manera se reconoce una mayor libertad de poner fin al mismo⁵¹.

no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Solo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas”.

⁴⁹ Aunque para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GULLERMO, *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*, ed. Reus, Madrid, 1ª edición, 2013, pág. 41, opina que aún existe algo de cuasalista en el sistema introducido por esta Ley, al decir: *“Al margen de tal requisito temporal, se vanaglorian los creadores de la ley 15/2005 en decir reiteradamente y abiertamente que con esta ley el sistema de separación y de divorcio es abstracto o sin causa. E insiste en ello buena parte de la doctrina”*. Y haciendo referencia al art. 81.2 CC prosigue *“En esta norma subsiste, ahora como una modalidad más, no como la única, la separación /divorcio unilateral causal o circunstancial de los antiguos arts. 82 y 86.5ª CC; tan es así, que la genérica y amplia redacción del art. 81.2º CC vigente puede ejemplificarse con la casuística de las antiguas normas (82 y 86.5ª CC), así como para éstas servía el más antiguo art. 105 CC, sobre separación en vigor desde 1958 hasta 1981”*.

⁵⁰ No es necesario el transcurso de este plazo cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, de conformidad con el apartado 2º del art. 81 del CC.

⁵¹ En palabras de ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2006, pág. 16: *“Con la derogación de los artículos 82, 86 y 87 y la modificación del artículo 81 del Código Civil, el legislador español ha optado por introducir un sistema de absoluta consensualidad en la relación matrimonial, no únicamente referida al momento de la constitución de la unión, sino también respecto a la finalización de la relación y la extinción del vínculo. Puede afirmarse que el presupuesto esencial de la propia existencia del matrimonio es, a partir de ahora, la voluntad común de constituir y de mantener la unión. En tanto que persista la determinación de ambos cónyuges, en el entramado de derechos y deberes que la ley prevé estará vigente, pero en el momento en el que la permanencia de este elemento subjetivo desaparezca, tanto bilateral como unilateralmente, el matrimonio termina. En uno y otro caso el requisito que persiste es el control formal por el órgano judicial: en el momento de contraer matrimonio, para asegurar la inexistencia de impedimentos, asegurar la libertad de la expresión de la voluntad, y dar publicidad registral a la unión que se constituye; en el momento de la separación o el divorcio, con los mismos fines y, además, para regular los efectos de la*

Para muchos autores esta Ley, junto con la Ley 13/2005, de 1 de julio⁵², ha supuesto una revolucionaria reforma en la regulación del matrimonio y de sus efectos tanto durante como tras el fin de éste. Pero sobre todo la mayoría de la doctrina destaca lo que han dado en llamar la “personalización del matrimonio”.

En este sentido se pronuncia José Ramón de Verda Beamonte⁵³, y añade *“Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre un valor social, lo que ha*

ruptura de carácter personal, cuando existan hijos comunes, o de naturaleza patrimonial”.

⁵² La citada Ley 13/2005, en su exposición de motivos nos dice respecto de su afán por llevar a cabo esa desarrollo de la personalidad a través de la institución del matrimonio *“La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social ... Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base a la Constitución ... El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquello que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta... Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben de ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución), y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta”.*

⁵³ VERDA Y BEAMONTE DE, J.R. (Coordinador), “Derecho Civil IV. Derecho de Familia”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 34.

estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia de la heterosexualidad de los contrayentes”.

En palabras de Lorenzo Prats Albentosa⁵⁴ *“se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad justifica reconocer mayor transcendencia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge; ... se ha considerado que el ejercicio por uno de los consortes de su derecho a no continuar casado sólo puede hacerse depender de la manifestación del fin de esa voluntad expresada en la demanda, y, que desde luego, no puede someterse, ni dejarse en suspenso su realización al paso de un lapso de tiempo, previo e ineludible, de separación...”*

Aunque éste es el parecer de la mayoría de la doctrina, en contra Cerdeira⁵⁵ al expresar *“La libertad que reconoce la ley 15/2005 no es esa, no es la genuina autonomía de la voluntad; su fin ha sido igualar la libertad para casarse y «descasarse». Y si en efecto hay casamiento, el matrimonio no dejará de ser con esta ley un acto jurídico obligatorio, donde el margen de autonomía privada para fijar y observar su dimensión personal será tan inexistente como antes de la ley 15/2015”.*

Evidentemente en segundo lugar como ya hemos apuntado se configura el divorcio como una figura autónoma a la separación. Ya no es necesario acudir a una previa separación para poder tener acceso al divorcio, de forma que se evita un doble procedimiento.

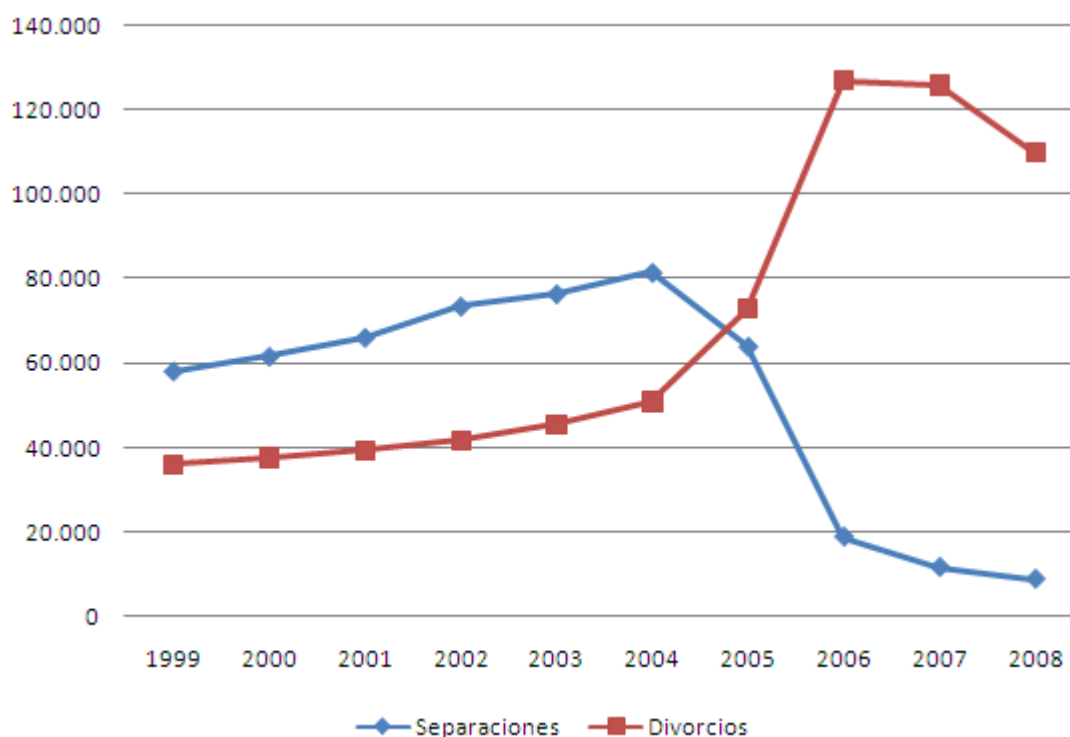
Y además mantiene la separación como figura propia dejando libertad para aquellos esposos que queriendo cesar su convivencia en común y regular los efectos derivados de la nueva situación no quieran disolver su vínculo matrimonial.

⁵⁴ PRATS ALBENTOSA, LORENZO, “La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios”, AFDUAM 10, 2006.

⁵⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, *Matrimonio y Constitución...*, ob. Cit., pág. 75.

Son varios los autores que entienden que la separación tras la aprobación de esta Ley se queda como una figura residual⁵⁶.

Evolución de las separaciones y divorcios tras la promulgación de la ley.



⁵⁶ Entre otros MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “El nuevo matrimonio civil”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pág. 52. El citado autor afirma “Con dicha reforma la separación pierde buena parte del sentido que tenía en nuestro Derecho, hasta el punto de que cabe aventurar que se convertirá, en buena medida en una figura residual. En la regulación derogada la separación estaba contemplada como un paso previo al divorcio... Las cosas cambian con la reforma: por un lado, ya no es precisa esa separación previa, y por otro, la coincidencia total entre las causas (meros: la ausencia de causas) de separación y de divorcio hace que previsiblemente, se vaya a optar directamente por el divorcio, y no por una separación inicial, seguida de divorcio, con la consiguiente duplicidad de procedimientos (y de costes). La separación quedaría reservada para quienes quieren darse un periodo de reflexión, dejando la puerta abierta a una posible reconciliación, o para quienes optan por la separación como mecanismo estable de salida de su crisis conyugal. Como queda indicado, previsiblemente una figura residual”.

Existen de igual modo otras novedades introducidas por ésta ley que afectan a la posibilidad de pacto entre los cónyuges acerca de las medidas que a consecuencia de la crisis matrimonial regirán a partir de ese momento; como ejemplo citar la reflexión que hace Francisco Javier Forcada⁵⁷ en este sentido *“Es novedosa, igualmente, la actual mención expresa de la posibilidad de fijación de la prestación compensatoria en el convenio regulador, algo que antes no preveía expresamente este artículo pero que sí permitía el art. 90 apartado e) anterior, hoy f), y la práctica habitual con la mayor naturalidad. Ello no hace sino dar gran prevalencia al principio de libertad de regulación por los cónyuges en la fijación de las consecuencias de la ruptura de su relación.- En la propia exposición de motivos de la Ley 15/2005, late, de forma reiterada, la voluntad del legislador de potenciar el acuerdo de las partes respecto a las mediad derivadas de la ruptura, teniendo en cuenta la mediación un papel muy importante en esta materia.- Se observa claramente el impulso dado a la voluntad negocial de las partes en la reforma, incluso potenciando el contenido del convenio regulador cuando en el encabezamiento del art. 90 del CC, se ha sustituido la expresión “deberá referirse” por la de “deberá contener”.- Ahora, en el precepto reformado, se incluye específicamente la posibilidad de acuerdo entre los cónyuges como una exclusión a la facultad del juez de fijar la compensación a petición de parte, lo que parece mejor respecto al sistema anterior que consideraba los acuerdos de los cónyuges como una circunstancia más a tener en cuenta para la fijación de la cuantía de la prestación”*.

Como vemos son importantísimas las reformas operadas por ésta Ley en el derecho de familia y su incidencia en el campo que nos ocupa, posibilitando una mayor autorregulación a los cónyuges tanto durante su matrimonio como los efectos que van a regir después del cese de éste o de su convivencia, en caso de optar por una separación.

Pese a todo como apunta el anteriormente autor citado Martínez de Aguirre⁵⁸ *“Las leyes 13/2005 y 15/2005 han supuesto un de la más*

⁵⁷ FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER, “Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pág. 117.

⁵⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “El nuevo...” ob. Cit., pág. 16.

importantes modificaciones del Derecho de Familia español de los últimos decenios. Pero no un cambio radical, son el último eslabón de una evolución que se inició con la ley 30/1981, de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”.

A nuestro entender y en relación con el tema de esta tesis creemos que si bien es cierto que supone una continuidad de la reforma iniciada por las leyes de 1981, o incluso nos atreveríamos a decir, de la iniciada por la Constitución de 1978, discrepamos del autor en cuanto a lo del último eslabón puesto que a nuestro juicio todavía queda camino que recorrer legislativamente hablando sobre todo en el derecho común.

3.5. Reglamento (UE) N° 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales

La Unión Europea siendo consciente de la movilidad cada vez más creciente de ciudadanos y la consecuente formación de parejas de distintas nacionalidades, o que residen en un país diferente al de su origen, incluso que poseen propiedades en otros estados, el 2 de marzo de 2016 aprobó una propuesta de acuerdo de cooperación reforzada entre 17 Estados⁵⁹, para clarificar las normas aplicables a los regímenes patrimoniales de las parejas casadas y las parejas de hecho internacionales registradas.

El objetivo o finalidad de este compromiso es:

1. Aclarar cuál es el órgano jurisdiccional nacional competente para ayudar a las parejas afectadas a gestionar su propiedad o dividirla en caso de divorcio, separación o fallecimiento (normas de competencia);

⁵⁹ Inicialmente fueron: España, Suecia, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Croacia, Eslovenia, Francia, Portugal, Italia, Malta, Luxemburgo, Alemania, República Checa, Países Bajos, Austria y Finlandia. El acuerdo deja la puerta abierta para que se puedan sumar otros miembros en momento posterior.

2. Aclarar qué legislación se aplica cuando podrían aplicarse al asunto las de varios países (normas sobre la legislación aplicable); y

3. Facilitar el reconocimiento y la ejecución en un Estado miembro de una resolución sobre asuntos de propiedad dictada en otro Estado miembro.

Resultado de esta propuesta es el Reglamento (UE) N° 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el Reglamento (UE) N° 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Dado que este trabajo versa sobre los pactos matrimoniales, y no siendo objeto del mismo las parejas de hecho, vamos a referirnos al primero de ellos, viendo la regulación que la Unión Europea ha previsto para los regímenes económico matrimoniales.

3.5.1. Importancia del Reglamento y su ámbito de aplicación

Es una de las normas de derecho comunitario que más afecta a nuestro tema, este Reglamento, que por una parte se ocupa de materia de derecho internacional privado como es el caso de la ley aplicable y del fuero, y por otra tiene eficacia privada. Es indudable esta última cuestión, puesto que nos encontramos ante una norma europea cuya incidencia en el derecho privado es directa, sin necesidad de transposición.

Se aplica a los regímenes económicos matrimoniales, no a las cuestiones fiscales, aduaneras o administrativas, quedando también excluidas una serie de cuestiones ya tratadas en otras normas⁶⁰.

⁶⁰ El apartado 2 del artículo 1 enumera las siguientes excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento:

“a) la capacidad jurídica de los cónyuges;

b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio;

c) las obligaciones de alimentos;

d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges;

Por régimen económico matrimonial, la propia norma, apunta a un concepto amplio donde tiene cabida también lo estipulado por los interesados y no solamente lo previsto por el ordenamiento jurídico. Así la consideración (18) recoge:

“El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución”.

En cuanto al fuero, someramente referir que siendo la finalidad del Reglamento el dar un tratamiento unitario pudiendo ser sustanciado en un solo procedimiento diversas materias conexas. Así de este modo el órgano judicial⁶¹ de un estado miembro que de conformidad con el Reglamento

e) la seguridad social;

f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este;

g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y

h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro”.

⁶¹ En la introducción de la norma se precisa: *“A efectos del presente Reglamento, el término «órgano jurisdiccional» debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no solo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen*

(UE) N° 650/2012 sea competente en cuestión de materia sucesoria lo será también para resolver sobre el régimen económico matrimonial conexo a ese procedimiento⁶².

Igualmente en caso de divorcio separación o nulidad matrimonial el mismo juzgado que en virtud del Reglamento (CE) N° 2201/2003 sea competente para conocer del asunto⁶³ también lo será para pronunciarse sobre el régimen económico del matrimonio en cuestión.

Fuera de estos casos el juez competente será el del Estado miembro de la residencia habitual de ambos en el momento de interponer la demandada;

funciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional. Todos los órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el presente Reglamento, deben regirse por las normas de competencia establecidas en el mismo. Por el contrario, el término «órgano jurisdiccional» no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales” (29).

⁶² Para ver la competencia referida véase el apartado 1.1.4.6.Derechos sucesorios, del Capítulo II.

⁶³ De conformidad con el art. 3.1 Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 1347/2000:

“1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) en cuyo territorio se encuentre:*
 - la residencia habitual de los cónyuges, o*
 - el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o*
 - la residencia habitual del demandado, o*
 - en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o*
 - la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o*
 - la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»;*

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común”.

Si de esta forma no se puede determinar la competencia se realizará conforme a las leyes de cada Estado miembro.

en su defecto el de la última residencia habitual siempre uno de ellos todavía resida en el momento de la interposición; a falta de éste el de la residencia habitual del demandado; y por último a falta de todos los anteriores el de la nacionalidad común de ambos.

Pero estas reglas solamente entrarán en juego a falta de pacto entre los interesados, que podrán otorgar acuerdo mediante el cual elijan que el juez competente para conocer del tema sea el del Estado miembro cuya ley sea aplicable según las reglas que a continuación vamos a ver.

Brevemente apuntar que la ley aplicable será la que se determine aunque no sea la de un Estado miembro, y regirá con carácter unitario, es decir, una para todo el conjunto patrimonial del matrimonio.

La primera regla es la elección de la misma por los cónyuges o futuros cónyuges, entre la del Estado de la residencia habitual de ambos o de uno de ellos en el momento de la celebración del acuerdo, o la de la nacionalidad de cualquiera de ellos en idéntico momento.

La elección deberá constar por escrito, además si el Estado miembro del lugar de la residencia habitual de ambos cónyuges exige requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, éstos deben observarse.

El requisito material lo encontramos en el art. 24 *“1. La existencia y la validez de un acuerdo sobre la elección de la ley o de sus disposiciones se determinarán con arreglo a la ley que sería aplicable en virtud del artículo 22 si el acuerdo o la disposición fueran válidos.*

2. No obstante, un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1”.

Respecto de este tema, de la elección de la ley aplicable, encontramos en la consideración (47) del Reglamento que dispone: *“Las normas relativas a la validez formal y material del acuerdo sobre la elección de la ley aplicable deben definirse de manera que la elección informada de los*

cónyuges resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia. Por lo que respecta a la validez formal, es conveniente introducir ciertas salvaguardias para garantizar que los cónyuges son conscientes de las consecuencias de su elección. Como mínimo, el acuerdo sobre la elección de la ley aplicable debe expresarse por escrito, fechado y firmado por ambas partes. No obstante, si en el momento de celebrarse el acuerdo la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual estableciese requisitos formales adicionales, estos deben cumplirse. Si, en la fecha de celebración del acuerdo, los cónyuges tienen su residencia habitual en Estados miembros diferentes que establecen requisitos formales distintos, bastará con que se respeten los requisitos formales de uno de esos Estados. Si, en la fecha de celebración del acuerdo, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro que establece requisitos formales adicionales, estos deben respetarse”.

Llama la atención en cuanto al requisito formal, tanto para la elección de la Ley aplicable al caso, como para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, de que debe constar por escrito, que considera como tal toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

Por lo que cualquier pacto que realicen los cónyuges o futuros esposos, bien sea para la elección de la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, bien para formalizar capitulaciones matrimoniales, se puede realizar de tres formas: mediante documento privado, por documento público o bien a través de documento electrónico⁶⁴.

En defecto de este acuerdo la ley será la del Estado de la primera residencia en común después de la celebración del matrimonio; en su defecto, la de la nacionalidad común en el momento de contraer; y en defecto de ésta la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en

⁶⁴ En España encontramos la definición de documento electrónico en la Ley 59/3003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, el apartado 5 de su artículo 3 dice: “Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

el momento de celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

En cuanto al ámbito de la Ley aplicable lo expresa el art. 27: *“La ley aplicable al régimen económico matrimonial con arreglo al presente Reglamento regulará, entre otras cosas:*

a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges en diferentes categorías durante la vigencia y después del matrimonio;

b) la transferencia de bienes de una categoría a otra;

c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro cónyuge;

d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio;

e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o la liquidación del patrimonio;

f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero, y

g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales”.

Por último hacer mención que las resoluciones que un Estado miembro dicte en esta materia serán reconocidas en los demás Estados miembros directamente⁶⁵, sin necesidad de procedimiento alguno, teniendo fuerza ejecutiva en cualquiera de ellos.

Cualquiera de las partes puede solicitar el reconocimiento de una resolución, declarándose de inmediato la fuerza ejecutiva de la misma una vez cumplidas las formalidades que se prevén en el art. 45⁶⁶, sin llevar a cabo ningún examen.

⁶⁵ Salvo las excepciones contempladas en el artículo 37 del Reglamento.

⁶⁶ Este artículo es el encargado de ordenar el procedimiento: *“1. El procedimiento de solicitud se registrá por la ley del Estado miembro de ejecución.*

2. El solicitante no estará obligado a tener dirección postal ni representante autorizado en el Estado miembro de ejecución.

3. La solicitud deberá ir acompañada de los documentos siguientes: a) una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad; b) la certificación expedida por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen mediante el formulario previsto de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 67, apartado 2, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Solamente se podrá denegar por motivos tasados, a saber: si fuera contrario al orden público (en el Estado en que se pretende ser reconocido); si fue dictada en rebeldía del demandado, salvo que no recurriera cuando pudo hacerlo en cuyo caso no será motivo de denegación; si existiera una resolución entre las mismas partes en ese Estado inconciliable con la que se solicita el reconocimiento; o cuando exista una de un tercer Estado inconciliable, que afecte a las mismas partes y el mismo objeto y sí sea reconocible.

3.5.2. Eficacia civil en materia de pactos

Como anteriormente apuntaba, el REM, tiene incidencia directa en nuestro ordenamiento jurídico pues está prevista su obligatoriedad sin necesidad de transposición.

Además de tratarse de una norma de derecho internacional privado por la que se regula cuestiones de competencia, conflictos de leyes, así como cooperación procesal entre estados, también contiene disposiciones con eficacia civil en materia de pactos matrimoniales.

Ya hemos visto que la norma se refiere a régimen económico matrimonial en sentido amplio, es decir, comprensivo tanto de disposiciones de *ius cogens*, o de régimen económico primario, como de otras materias o estipulaciones pactadas por los cónyuges.

El anteriormente transcrito artículo 27 que circunscribe el ámbito de aplicación de la ley habla de que será aplicable a la disolución y liquidación del régimen económico.

Prevé de esta forma el Reglamento que de forma unitaria los cónyuges que por cualquier causa disuelvan su régimen económico matrimonial, o uno de ellos con los herederos, en caso de muerte, puedan realizarlo de forma unitaria para todo el conjunto patrimonial con independencia de su nacionalidad y del lugar donde se encuentren.

De igual modo trata de los efectos de la relación entre uno de los cónyuges y un tercero. Tendrá sentido en el caso en que, por ejemplo, un acreedor pretenda la rescisión por fraude de una modificación del régimen

económico matrimonial sustituyendo el de gananciales por el de separación de bienes.

Además abarca la validez de las capitulaciones matrimoniales. Sobre ellas establece: *“Las capitulaciones matrimoniales son un tipo de disposición sobre el patrimonio matrimonial cuya admisibilidad y aceptación varía entre los Estados miembros. Con el fin de facilitar que los derechos económicos matrimoniales adquiridos de resultas de las capitulaciones matrimoniales sean aceptados en los Estados miembros, deben definirse normas sobre la validez formal de estas últimas. Como mínimo, las capitulaciones matrimoniales deben expresarse por escrito, fechado y firmado por ambas partes. No obstante, las capitulaciones matrimoniales también deben cumplir los requisitos de validez formal adicionales previstos en la ley aplicable al régimen económico matrimonial que determine el presente Reglamento y en la ley del Estado miembro en el que los cónyuges tengan su residencia habitual. El presente Reglamento también debe determinar qué ley ha de regular la validez material de las capitulaciones matrimoniales”*.

Por capitulaciones o en virtud de cualquier otro pacto matrimonial los cónyuges, antes o después de su enlace pueden establecer el régimen económico matrimonial que deseen, y los pactos que tengan a bien relacionados con el conjunto de su patrimonio, así como la elección de la ley que ha de regir en la materia y el órgano jurisdiccional que, en caso de conflicto, deberá conocer del asunto.

De esta forma el derecho europeo ha venido a reforzar lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil, resaltando la autonomía de la voluntad al permitir a los cónyuges elegir en virtud de pacto aspectos patrimoniales de su matrimonio, otorgando los pactos que tengan a bien para establecer tanto su régimen económico como cualquier otra disposición que haya de regir para la clasificación de sus bienes, dándoles el carácter de ganancial o privativo según su voluntad, la transferencia de bienes, las obligaciones y derechos que cada uno de ellos asumirá, así como la posible disolución y posterior reparto de los bienes que lo integren.

4. ACTUALIDAD

4.1. Estadística

NÚMERO DE ESCRITURAS DE CAPITULACIONES

PRENUPCIALES

AÑO	Separación de Bienes	Gananciales u otro comunidad	Régimen de Participación	Otro Régimen	SUMA
2007	18.925	1.106	372	781	21.184
2008	18.178	1.027	242	894	20.341
2009	16.837	1.005	163	781	18.786
2010	17.435	962	202	783	19.382
2011	17.538	935	158	758	19.389
2012	18.200	938	192	716	20.046
2013	17.799	845	153	698	19.495
2014	19.600	947	211	730	21.488
2015	20.611	823	220	581	22.235
2016	23.712	913	239	667	25.531

POSTNUPCIALES

AÑO	Separación de Bienes	Gananciales u otro comunidad	Régimen de Participación	Otro Régimen	SUMA
2007	22.689	1.570	299	1.669	26.227
2008	22.275	1.691	326	1.169	25.461
2009	20.575	1.663	347	1.037	23.622
2010	20.393	1.795	332	894	23.414
2011	18.986	1.707	298	788	21.779
2012	19.457	1.709	348	729	22.243
2013	18.854	1.730	300	748	21.632
2014	19.580	1.623	351	760	22.314
2015	19.455	1.729	308	697	22.189
2016	20.711	1.733	353	737	23.534

SIN PACTAR RÉGIMEN

AÑO	Sin pactar régimen	TOTAL CAPITULACIONES
2007	371	47.782
2008	302	46.104
2009	281	42.689
2010	280	43.076
2011	229	41.397
2012	270	42.559
2013	240	41.367
2014	268	44.070
2015	227	44.651
2016	280	49.345

LIQUIDACIÓN DE COMUNIDAD CONYUGAL Y DE CUALQUIER RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

AÑO	Inter Vivos (Cuantía Promedio €)	Mortis Causa (Cuantía Promedio €)
2007	242.387'58	32.632
2008	316.971'65	23.516
2009	348.305'40	20.000
2010	284.019'33	22.546
2011	333.460'86	22.574
2012	334.076'60	22.286
2013	333.356'36	21.482
2014	276.040'62	22.206
2015	292.454'13	22.700
2016	257.922'34	22.711
2017	283.927'18*	21.607*

* Datos hasta el mes de noviembre, pudiendo contener el último trimestre datos parciales.

APORTACIÓN A LA SOCIEDAD CONYUGAL

AÑO	(Cuantía Promedio €)
2007	48.003'23
2008	52.342'08
2009	56.793'19
2010	59.165'31
2011	54.302'37
2012	52.304'07
2013	47.297'65
2014	49.477'96
2015	49.406'47
2016	58.115'07
2017	60.181'10*

* Datos hasta el mes de noviembre, pudiendo contener el último trimestre datos parciales.

ESCRITURA DE CONFESIÓN DE PRIVATIDAD U OTROS ACUERDOS QUE AFECTEN AL CARÁCTER COMÚN O PRIVATIVO DE LOS BIENES

Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Nº	1.018	966	890	958	918	984	922	907	1.073	945

ACUERDOS DE SEPARACIÓN DE HECHO

Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Nº	354	326	319	335	296	401	473	643	769	609

ACUERDOS TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

TIPO DE CONTRATO	AÑO 2015	AÑO 2016
Contenido Convenio Regulador	728	2.177
Modificación de Convenio Regulador	19	62
Escritura de Celebración de Matrimonio	458	5.592
Escritura de Separación Matrimonial o Divorcio	1.429	6.374
Modificación Acuerdo de Separación o Divorcio	13	33

CAPITULACIONES DE SEPARACIÓN DE BIENES EN CATALUÑA Y COMUNIDAD VALENCIANA

AÑO	CATALUÑA		C. VALENCIANA	
	Prematrim.	Postmatrim.	Prematrim.	Postmatrim.
2007	220	198	2.475	4.609
2008	210	225	1.391	4.178
2009	238	175	483	3.325
2010	234	175	358	2.865
2011	240	167	341	2.369
2012	202	203	261	2.349
2013	195	144	261	1.935
2014	206	179	310	1.909
2015	181	177	240	1.783
2016	216	188	1.827	2.445

Datos consultados en: Consejo General del Notariado, Centro de Información Estadísticas del Notariado, Estadísticas al completo.

4.2. Modelos más utilizados en la práctica notarial

Modelo de Escritura de Capitulaciones matrimoniales otorgada antes de la celebración del matrimonio.

ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

NÚMERO .-----

En ****, mi residencia, a .-----

Ante mí, ****, Notaria del Ilustre Colegio Notarial de , Distrito de ,

-----**COMPARECEN:**-----

De una parte, .-----

De otra parte, .-----

INTERVIENEN: En su propio nombre y derecho.-----

Identifico a los Señores comparecientes por sus reseñados Documentos Nacionales de Identidad, y tienen a mi juicio, en el concepto en que intervienen, capacidad legal y legitimidad necesaria para otorgar esta escritura de **CAPITULACIONES MATRIMONIALES**, y al efecto,

-----**EXPONEN:**-----

PRIMERO.- Que tienen intención de contraer matrimonio en próxima fecha, dentro del plazo establecido en el artículo 1334 del Código Civil, hecho que, según les advierto, deberán acreditar a los efectos del artículo 266 del Reglamento del Registro Civil.-----

SEGUNDO.- Que es su voluntad que dicho matrimonio se rija por el Régimen Económico Matrimonial de **SEPARACION DE BIENES**, y con arreglo a los siguientes, -----

-----**PACTOS:**-----

PRIMERO.- Que el Régimen Económico de su matrimonio será el de

absoluta Separación de Bienes, regulado en los artículos 1.435 a 1.444 del Código Civil, teniendo y conservando cada cónyuge el dominio, administración y disfrute de aquellos cuya titularidad ostente y haciendo suyos los frutos y rentas de sus bienes y los que obtenga de su trabajo o por cualquier título o como consecuencia de su actividad personal.-----

SEGUNDO.- Que los bienes que en lo sucesivo se adquirieran pertenecerán en propiedad exclusiva al cónyuge titular y tal titularidad vendrá determinada por lo que resulte de la escritura pública, de la póliza de contratación de valores, del documento privado, en defecto del público, de la cuenta corriente, depósito o libreta de ahorro o cualquier otra operación o documento bancario y en definitiva del contrato o documento que conforme a la legislación o a la práctica usual confieran la titularidad, con independencia de si se expresa o no la relación matrimonial.-----

Si adquirieran conjuntamente los cónyuges algún bien, su titularidad se determinará por lo convenido al tiempo de su adquisición y, a falta de ella, se entenderá que les pertenece por mitad y proindiviso. -----

TERCERO.- Que en ningún caso los bienes de uno de los cónyuges responderán de las deudas, obligaciones y responsabilidades contraídas por el otro, ni derivadas de cualquier actividad del mismo, salvo el caso de que expresamente uno de ellos avale o afiance al otro.-----

CUARTO.- Que cualquiera de los cónyuges por sí solo podrá pedir y obtener la inscripción o constancia de los presente capítulos en los Registros Civil, Mercantil, de la Propiedad o en cualquier otro Registro, Oficina Pública o Privada, otorgando a tal efecto los documentos aclaratorios, descriptivos de bienes o complementarios que se necesiten, sin precisar para ello la intervención del otro cónyuge.-----

---- Por todo lo expuesto,-----

-----**OTORGAN:**-----

Que en los anteriores términos dejan formalizada la presente escritura de **CAPITULACIONES MATRIMONIALES.**-----

Hago las reservas y advertencias legales, en especial las de carácter fiscal.-----

Los señores comparecientes solicitan se haga constar en el Registro Civil el Régimen Económico Matrimonial pactado.-----

Leo esta escritura a los comparecientes por su elección, advirtiéndoles de su derecho, que no usan, a hacerlo por sí mismos. La aprueban y firman conmigo. Y Yo, la Notaria, **DOY FE** del contenido del presente instrumento público, que va extendido en folios de papel exclusivo para documentos notariales, serie y números .-----

Modelo de Escritura de Capitulaciones matrimoniales otorgada después de la celebración del matrimonio.

ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

NÚMERO .-----

En , mi residencia, a .-----

Ante mí, ***, Notario del Ilustre Colegio Notarial de , Distrito de ,

-----**COMPARECEN**-----

INTERVIENEN: En su propio nombre y derecho. -----

Identifico a los Señores comparecientes por sus reseñados Documentos Nacionales de Identidad, copia de los cuales conservaré en los sistemas de esta notaría de acuerdo con la legislación vigente, resultando sus circunstancias personales de sus manifestaciones. -----

Tienen, a mi juicio, en el concepto en que intervienen, **capacidad legal y legitimidad necesaria** para otorgar esta escritura de **CAPITULACIONES**

MATRIMONIALES, y al efecto,-----**EXPONEN**

PRIMERO.- Que contrajeron matrimonio en el día , el cual se inscribió en el Registro Civil de .-----

SEGUNDO.- Que al tiempo de contraer matrimonio no otorgaron Capitulaciones Matrimoniales, por lo que dicho matrimonio se ha venido rigiendo en su aspecto económico por el sistema de separación de bienes según la legislación catalana. -----

TERCERO.- Que quieren variar su régimen económico conyugal, sustituyéndolo por el régimen de comunidad de bienes previsto en la legislación catalana, lo que llevan a efecto por medio de esta escritura de Capitulaciones Matrimoniales, que otorgan con arreglo a las siguientes

-----**CLAUSULAS**-----

SI ES DE GANANCIALES A SEPARACION

PRIMERA.- DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES. -----

Los comparecientes disuelven la sociedad legal de gananciales que hasta ahora ha venido rigiendo económicamente su matrimonio y proceden a liquidar la misma en los siguientes términos: -----

I.- INVENTARIO.-----

- 1.- CASA -----
- 2.- AJUAR DOMÉSTICO, valorado en -----
- 3.- VEHICULO TURISMO.- -----
- 4.- LA CANTIDAD de EUROS en efectivo metálico.-- -----

El valor de los bienes descritos asciende a EUROS, por lo que corresponde percibir a cada una de las partes integrantes de la disuelta sociedad legal de gananciales la cantidad de EUROS. -----

II.- ADJUDICACIÓN.- Partiendo de las precedentes operaciones y teniendo en cuenta la existencia de los bienes descritos, los interesados han

convenido en adjudicar dichos bienes del modo que se pasa a indicar:----

A) Se adjudica a íntegramente la finca descrita con el número 1, que representa un valor total de .-----

B) Se adjudica a íntegramente el vehículo turismo, inventariado al número tres, el ajuar doméstico del número dos, y el dinero metálico del número cuatro. Todo lo cual representa un valor total de .-----

SEGUNDO.- ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES. -----

Establecen como régimen económico de su matrimonio a partir del día de hoy el de separación absoluta de bienes. En consecuencia, desde esta fecha:-----

1º.- Son bienes propios de cada cónyuge los que con anterioridad a esta escritura hayan adquirido o posean como propios y privativos; los adjudicados en esta escritura; y los que con posterioridad a ella adquieren por cualquier título oneroso o lucrativo, sus subrogados, ampliaciones, cesiones y mejoras, así como usufructos, rentas, pensiones, intereses y demás beneficios derivados de tales bienes. -----

2º.- Cada cónyuge tendrá el pleno dominio, disfrute, disposición y administración de sus bienes propios, sin más limitaciones que la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en los términos que luego se dirán. -----

3º.- Cada cónyuge podrá por sí solo adquirir toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones y valores; enajenarlos; gravarlos; aportarlos a sociedades y comunidades; y defenderlos en juicio y fuera de él. -----

4º.- Podrá un cónyuge conferir al otro, expresa o tácitamente la administración de sus bienes, y revocar, restringir, o condicionar en cualquier momento tal concesión. -----

5º.- Cada cónyuge responderá con sus propios bienes de las deudas y

obligaciones que contraiga a partir de esta separación, sin que el otro quede obligado a contribuir con los suyos a tales deudas y obligaciones, ni a los gastos que se originen por su gestión y defensa, a menos que hubiera prestado su consentimiento de modo expreso. -----

6°.- Los cónyuges vendrán obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, cuidados y educación de los hijos y demás atenciones de la familia, en proporción a sus respectivos bienes, frutos o rentas que de ellos deriven, y sueldos, salarios, remuneraciones y beneficios que obtengan por su trabajo, empleo o industria.-----

7°.- Si apareciesen otros bienes, derechos, acciones y obligaciones distintos de los expresados en esta escritura, y cuya titularidad privativa no pudiera determinarse con arreglo a las normas que resultan de las mismas se entenderá que pertenecen a ambos cónyuges por mitad e iguales partes entre ellos. -----

8°.- En todo lo no previsto en esta escritura, la separación de bienes que de ella se establece y regula se regirá con carácter supletorio por las disposiciones del Código Civil y demás normas de general aplicación.

SI ES DE SEPARACION A GANANCIALES

PRIMERO.- DISOLUCION Y LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO DE SEPARACION DE BIENES. -----

Los comparecientes disuelven el régimen de separación de bienes que hasta ahora ha venido rigiendo económicamente su matrimonio manifestando ambos consortes que ninguno de ellos adeuda nada al otro por razón de la liquidación del mismo. -----

SEGUNDO.- ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES.-----

Establecen como régimen económico de su matrimonio a partir del día de hoy el de COMUNIDAD DE BIENES previsto en los artículos 66 y siguientes de la Ley 9/1998, de 15 de julio, CODIGO DE FAMILIA. En consecuencia, desde esta fecha su régimen se regirá por las normas previstas para el mismo en la normativa catalana, en el caso de que dicha normativa fuese modificada los consortes desean que su régimen se rija por la nueva legislación. -----

TERCERA.- SOLICITUD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL. -----

Los comparecientes solicitan se haga constar en el Registro Civil de el cambio de régimen económico de su matrimonio. -----

CUARTA.- IMPUESTOS. -----

Los comparecientes solicitan la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados correspondiente, por el otorgamiento de la presentes Capitulaciones, según lo dispuesto en el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, aprobado por Real Decreto nº 828/95 de 29 de Mayo, artículo 88.I.B), número 3. -----

QUINTA.- ADVERTENCIA NOTARIAL. -----

Yo, notario, advierto a los señores comparecientes que las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por terceros. -----

ASI LO DICEN Y OTORGAN, adecuándose a la legalidad y a sus voluntades debidamente informadas, prestando libremente su consentimiento. -----

Hago a los comparecientes las reservas y advertencias legales.

De acuerdo con la legislación vigente, los comparecientes quedan informados y aceptan la incorporación de sus datos a los ficheros existentes

en la Notaria, que se conservarán en la misma con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones de obligado cumplimiento. -----

Advierto a los señores comparecientes de su derecho a leer este instrumento por sí, y no lo usan; les realizo su íntegra lectura en alta voz; se ratifican en su total contenido; y firman conmigo. -----

De haber identificado a los otorgantes, de que tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido prestado libremente, de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes y, en general, de todo lo contenido en este instrumento público, extendido en folios de papel timbrado exclusivo para documentos notariales, serie y números , Yo, el Notario, DOY FE. -----

Modelos facilitados por la Notaría de Valencia de Don Juan Vicente Escrivá Rubio.

CAPITULO II. LOS PACTOS MATRIMONIALES

1. CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1.1. Régimen económico matrimonial

Una de las principales razones por las que los cónyuges o futuros cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales es para establecer, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial.

El matrimonio además de producir determinados efectos personales, también tiene consecuencias en la esfera patrimonial de los cónyuges.

Podemos decir que el régimen económico patrimonial es el conjunto de normas que el ordenamiento jurídico destina a regular las relaciones económicas de los esposos entre sí y con los terceros, y los efectos patrimoniales derivados del matrimonio.

No todos los países tienen establecido un régimen económico matrimonial, así es el caso del Derecho matrimonial de Inglaterra y Gales donde no existe un régimen económico matrimonial como tal.

El régimen económico matrimonial español está regulado en el Título III del Libro IV del Código Civil, artículos 1315 al 1444.

El primero de ellos establece *“El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”*.

Por tanto el régimen económico del matrimonio será, en primer lugar, el que los cónyuges hayan pactado en capitulaciones matrimoniales, con amplia libertad, respetando solamente la limitación que le impone el precepto, alcanzando tal autonomía no solamente a su elección, sino

también como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo⁶⁷, a su cambio o modificación, constituyendo éste, como hemos dicho, el principal objeto de las capitulaciones, aunque como veremos más adelante las mismas pueden contener otros muchos pactos que tengan su razón de ser en el matrimonio.

De esta manera lo expresa Silvia Gaspar⁶⁸ *“Como es sabido, uno de los principios básicos que informan el Derecho patrimonial de la familia es el relativo a la autonomía de la voluntad o libertad de estipulación, en cuya virtud los cónyuges pueden ordenar convencionalmente, a través de las denominadas capitulaciones matrimoniales, las relaciones que a partir del matrimonio se establecen entre ellos y frente a terceros. El papel primordial de la autonomía de la voluntad en materia de régimen económico permite afirmar que el llamado régimen legal, más bien puede considerarse subsidiario de ella”*.

Aunque esto no siempre ha sido así puesto que el Código Civil, en principio, establecía la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio, pudiendo solamente modificarlas antes de contraerlo, sin que tampoco se pudieran otorgar tras el matrimonio, siendo así las cosas hasta la reforma operada por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Tenemos que decir que el número de contrayentes o cónyuges que se decantan por realizar este tipo de acuerdos ha ido en aumento en los últimos años. Como dice anteriormente citada autora *“en el siglo pasado la escasez de capitulaciones viniera más marcada en las regiones de Derecho común –inmutabilidad del régimen económico y prohibición de los pactos sucesorios- que en los territorios con Derecho foral propio; en segundo lugar, que la curva descendiente del número de capítulos que se pronuncia particularmente a partir de 1947 –cambio de estructura económica*

⁶⁷ En la STS, Sala 1ª, de 17 de Julio de 1997 *“El art. 1315 fija el principio de libertad de estipulación capitular de régimen económico-matrimonial, en relación no sólo a su elección, sino también a su cambio o modificación, incluso durante el momento de vigencia del vínculo conyugal, teniendo únicamente como límite el contenido del art. 1328 CC”*.

⁶⁸ GASPAR LERA, SILVIA, “La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias”, Estudios de derecho judicial, Nº 130, 2007, págs. 325-367.

familiar rural por otra de corte urbana- afectara particularmente a las regiones forales; en tercer lugar, que el ligero incremento de la frecuencia de las capitulaciones que se observa a partir de 1975 se refiere a los matrimonios sometidos al Derecho común, con el fin de salir de la comunidad y pactar la separación de bienes, por cierto, en no pocas ocasiones como estrategia de compartimentación de la masa común frente a eventuales acreedores de uno de ellos.

El cambio de siglo viene aparejado de un incremento relevante en términos globales –es decir, al margen de diferencias territoriales- del número de capitulaciones matrimoniales, respecto de las que se venían otorgando en los años inmediatamente precedentes. La decisión de las partes de acoger un régimen de separación de bienes, excluyendo el sistema de comunidad que en defecto de pacto se aplicaría automáticamente a la ordenación de su economía, permite explicar fundamentalmente, sin perjuicio de otras razones, el actual papel de la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial de la familia en España”.

Como vemos el Código Civil deja amplio margen a la autonomía de la voluntad para que los cónyuges determinen cual es el régimen económico que ha de regir en su matrimonio, existiendo gran flexibilidad a la hora de una vez elegido el régimen introducir cuantas disposiciones tengan por conveniente, con la única limitación que anteriormente hemos recogido.

Esta libertad llevada al extremo, dejaría al arbitrio de los cónyuges determinadas cuestiones que son básicas para el desarrollo de las relaciones patrimoniales conyugales, y su falta de regulación por los cónyuges dificultaría en extremo el normal desarrollo de las relaciones económicas de un matrimonio. Para evitar esta situación la Ley prevé unas normas básicas, aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen económico que rijan en el mismo.

Este conjunto de normas que rigen cualquier matrimonio, independientemente de su régimen económico, es lo que se conoce con la expresión régimen económico matrimonial primario⁶⁹.

⁶⁹ Una definición de régimen económico primario nos lo da BAYO DELGADO, JOAQUÍN, “Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia”, en ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN SAN, (Director),

Gaspar⁷⁰ lo expresa de la siguiente manera: *“La excepción a la libertad de estipulación de los cónyuges viene determinada por las normas que confirman el llamado por la doctrina “régimen económico matrimonial primario”. Se trata de un conjunto de preceptos heterogéneos que constituyen el estatuto jurídico fundamental del matrimonio y que, en esa medida, son punto de referencia obligado cualquiera que sea el sistema económico al que los contrayentes o cónyuges se someten. Dichos preceptos vienen a disciplinar, como regla general, los aspectos siguientes esenciales de toda comunidad de vida matrimonial: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares, la responsabilidad de éstos por las deudas que traen causa de dichas cargas y el límite a la libertad de disposición de la vivienda familiar aunque ésta sea de propiedad de uno solo de los cónyuges”*.

Estas normas están recogidas en el primer capítulo del título III del Libro IV, titulado “Disposiciones Generales”.

“Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pág. 82.

El citado autor expresa *“El matrimonio, como institución, produce una serie de efectos obligacionales de contenido económico que se derivan directamente de los arts. 67 y 68 del Código Civil. Podemos decir, aunque con matizadamente, que para esos efectos es indistinto el régimen económico matrimonial, o lo que es lo mismo que son los efectos obligacionales comunes a todos los regímenes. Ese conjunto de obligaciones y derechos constituyen el régimen económico matrimonial primario”*.

En palabras de QUINZÁ REDONDO, JACINTO, *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 44. *“En los ordenamientos jurídicos de derecho civil de la Unión Europea bajo la noción de régimen económico matrimonial primario o derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico se enmarcan una serie de disposiciones legales a las que se encuentran sujetos todos los matrimonios con carácter imperativo y sobre las que se articulan derechos y deberes generales de los cónyuges. Su contenido integrador es esencialmente económico o patrimonial y constituye una cuestión de orden público, pues se aplica con independencia del régimen económico matrimonial secundario, ya sea éste uno pactado por las partes –régimen económico matrimonial pactado– o, en defecto del anterior, uno de naturaleza legal –régimen económico legal–. Además no cabe aquí hacer referencia a la autonomía de voluntad por cuanto el simple hecho de que dos personas contraigan matrimonio provoca la aplicación automática de estas disposiciones, que obligan a los cónyuges de forma imperativa y solidaria”*.

⁷⁰ GASPAS LERA, SILVIA, “La ordenación de la economía familiar...”, ob. Cit.

Son normas diversa índole, las cuales no son todas aplicables de manera imperativa a todos los regímenes, existiendo alguna más específica según del que se trate.

Más adelante veremos su contenido.

1.2. Clasificación de los regímenes económicos matrimoniales

Muchas son las clasificaciones que se pueden hacer de los regímenes económicos matrimoniales, atendiendo a diversos criterios⁷¹. Nos centraremos aquí a diferenciarlos basándonos en dos de ellos, según su origen y por su contenido.

1.2.1. Por su origen

⁷¹ Existen autores, que hacen una distinción de los regímenes económicos matrimoniales según su vigencia. En este sentido CASTILLO SOLTERO, MARÍA DEL PILAR, “Clases de regímenes patrimoniales en el matrimonio”, en m.monografias.com/trabajos65/régimenpatrimonialmatrimonio/régimenpatrimonio2.shtml. “De acuerdo a este criterio los regímenes patrimoniales pueden ser de dos clases: Tradicionales y Modernos. Entendiéndose a la primera clasificación como aquellos que se hallan en desuso y los segundos a aquellos que mantienen plena vigencia. Dentro de los regímenes Tradicionales se encuentran los siguientes:

A) *Régimen de Absorción: Conocido también como “Régimen de Absorción de la Personalidad Económica de la mujer por el marido”. Este régimen tuvo lugar en el matrimonio cum manus del derecho romano donde el marido era el único propietario y administrador de todos los bienes.*

B) *Régimen de Unidad de Bienes: Por este régimen se le devolvía a la mujer el valor del patrimonio ante la disolución del matrimonio, siendo muy usado en Suiza hasta el año 1907.*

C) *Régimen de Unión de Bienes: Los cónyuges mantienen aquí la propiedad de sus bienes en forma separada, pero el marido mantiene la administración y el disfrute de todos los bienes excepto de aquellos bienes reservados de propiedad de la mujer, pero al momento de la disolución matrimonial el marido estaba obligado a reintegrar los bienes de la cónyuge. Este régimen fue establecido en Alemania hasta el año 1953, mientras que en Francia fue usado como régimen convencional bajo la denominación “sin comunidad”, asimismo el Código Portugués de 1867 lo denominó “simple separación de bienes”*

De otro lado en los regímenes modernos la tendencia es de clasificarlos de acuerdo a la libertad de las partes donde encontramos a los regímenes convencionales y legales, y por su estructura o contenido donde se encuentra el régimen de comunidad, el régimen de separación y a los regímenes mixtos o intermedios”.

Este criterio de clasificación hace referencia a su origen o fuente de producción, y en virtud de éste podemos sistematizar los regímenes económicos matrimoniales en convencionales, legales o judiciales.

El régimen convencional es aquel que los cónyuges establecen por su voluntad en capitulaciones matrimoniales, bien eligiendo uno de los que el legislador le permite, el llamado régimen de elección, bien elaborándolo a su libre voluntad como permite nuestro ordenamiento jurídico, también llamado de libertad absoluta, y que habitualmente la legislación preverá un régimen legal supletorio para el caso de inexistencia de pacto.

El régimen legal es aquél que establece el legislador, existiendo ordenamientos jurídicos en los cuales es el único válido sin dejar margen a los cónyuges para el establecimiento de otro o, como ocurre en España es supletorio, como enseguida veremos.

Por último, el régimen puede ser judicial, cuando es fijado en Sentencia por un Tribunal. Piénsese por ejemplo, cuando judicialmente se ha solicitado la disolución de la sociedad de gananciales, y en la resolución el juez fija que el régimen que estará en vigor en lo sucesivo entre los cónyuges será el de separación de bienes, ya que no puede existir matrimonio sin régimen ganancial.

Como hemos dicho con anterioridad, el régimen económico matrimonial que regirá entre los cónyuges será el que ellos mismos hayan determinado en capitulaciones matrimoniales.

Pero puede suceder que, por las razones que sean los consortes no hayan llevado a cabo ésta elección, y por tanto no hayan determinado convencionalmente cual es el régimen económico por el de debe regirse su matrimonio.

Ya hemos mencionado, que no puede existir matrimonio sin régimen económico, pues por el solo hecho de contraerlo, en todos ellos se producen una serie de efectos patrimoniales o económicos que han de ser regulados de algún modo.

Por ello la legislación prevé un régimen legal supletorio que regirá a falta de manifestación de acuerdo por el que los consortes establezcan su régimen.

El artículo 1316 del Código Civil dispone “*A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*”.

Desde su redacción original el Código establece la sociedad de gananciales como régimen económico legal supletorio. Así en el art. 1315 se disponía “*A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales*”.

Y siguió siendo así en todas las modificaciones que se fueron produciendo del Código Civil.

Tras la promulgación de la Constitución Española, se produjo una importante reforma del Código Civil en materia de derecho de familia para adaptarlo a los principios que aquella instauraba.

Una de las principales reformas se produjo, como ya hemos mencionado, en virtud de la Ley de 1981.

En el primer proyecto de reforma de la Ley por la que se pretendía reformar los regímenes económico matrimoniales, el de 4 de octubre de 1978, el cual fue retirado, se apuntó la necesidad de establecer un régimen económico matrimonial supletorio que rigiera a falta de capitulaciones matrimoniales estableciendo el pactado por los cónyuges. Se barajó la posibilidad, entre otras, que el régimen de participación fuera el legal supletorio, pero finalmente, dadas las circunstancias de la sociedad de la época se optó por mantener como régimen supletorio de primer grado el tradicional de sociedad de gananciales, con las reformas necesarias.

De igual forma, el proyecto de 14 de septiembre de 1979, también estudió la posibilidad de que fuere el régimen de participación y no el de gananciales el que fuera el legal supletorio, alzándose algunas voces a favor del mismo, sin embargo una vez más ganó la batalla éste último en detrimento de aquél, tal vez por ser demasiado desconocido para la sociedad española, ya que nuestro ordenamiento jurídico no introduce el régimen de participación hasta la reforma del Código Civil de 1981⁷².

⁷² En este sentido cuenta LACRUZ VERDEJO, JOSÉ LUÍS, “La reforma del régimen económico del matrimonio”, Anales del Derecho Civil, 1979, Fascículo 2 -3,

Siguiendo hasta la actualidad siendo la sociedad de gananciales el régimen legal supletorio de primer grado establecido por el ordenamiento jurídico español.

Además el Código Civil prevé un régimen legal supletorio de segundo grado, que es el de separación de bienes, al expresar el Código Civil en el art. 1435 que existirá la separación de bienes cuando en sus capitulaciones matrimoniales los cónyuges hubieran pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar cual son las reglas por las que se deben regir sus bienes.

Aquí en este punto sí que el Código ha sufrido modificaciones tras sus reformas. Así en el texto originario se preveía *“Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el artículo 1.315, hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo, y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en caso de existir aquella sociedad”*. Estando éste artículo ubicado en el capítulo dedicado a la dote,

pág. 349. *“Según creo, el Partido Socialista Obrero Español propugna en una futura regulación, como régimen legal, el de participación.*

Algunos vocales de la Comisión General de Codificación, de muy diversas tendencias, aunque probablemente ninguno del indicado partido, redactamos un voto particular, frente al proyecto definitivo, pidiendo que fuera este régimen de participación el que se estableciera como legal, si bien en parte esta petición estaba motivada, no por aversión al sistema tradicional de gananciales, sino precisamente por el temor de que no pudiera funcionar un sistema de gananciales como el del proyecto, que al romper con la tradición a favor de la gestión solidaria o conjunta de la comunidad, puede plantear en la práctica dificultades graves. Se nos opuso que el régimen de participación era demasiado nuevo e inusual en el país: la misma objeción que la doctrina francesa, a una proposición semejante, en la reforma de 1965. Se dijo entonces que era prematuro adoptar, a partir de la nada, como régimen legal, uno totalmente desconocido del público y de la práctica notarial. «Al menos por cierto tiempo, su lugar está en el banco de pruebas de los regímenes convencionales».

Es cierto, desde luego, que la opinión pública desconoce todo lo referente al régimen de participación, más parecido desconocimiento tiene de los otros regímenes, y asimismo, salvo en cuanto a un par de rasgos muy simples, de la vigente «sociedad legal de gananciales». Si, como dice Cornu, comentando la reforma francesa de 1965, «sociológicamente, por una anticipación bastante rara y poco frecuente, la ley parece estar, en diversos puntos de vista, avanzada sobre las costumbres», queda siempre la duda de si al público le hubiera sido indiferente uno u otro régimen, y tampoco parece que las dificultades prácticas que plantea el de participación en el texto proyectado sean superiores a las del sistema de gananciales”.

es éste régimen, el dotal, el que regía como régimen legal supletorio de segundo grado al publicarse el Código Civil.

La dote fue el régimen legal supletorio de segundo grado hasta la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En virtud de esta Ley se estableció el régimen de separación de bienes, que ha perdurado invariable hasta nuestros días.

1.2.2. Por su contenido

Referido este criterio a las diferentes formas o sistemas de organización de los bienes del matrimonio, podemos hacer una primera división en régimen de comunidad de bienes, régimen de separación de bienes, régimen sin comunidad o de comunidad de administración y régimen dotal.

Vamos a ver las características de cada uno de ellos:

➤ Régimen de Comunidad de bienes.

Se caracterizan este tipo de regímenes por la formación de un patrimonio en común, que a su finalización se dividirá entre ambos cónyuges o uno de ellos y los herederos del otro.

Dentro de éste régimen podemos subdividir los siguientes:

▪ Régimen de comunidad plena o universal.

Se hacen comunes todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges, tanto bienes muebles como inmuebles, adquiridos a título gratuito u oneroso. De esta forma se forma una masa común con absolutamente todos los bienes, sin que existan bienes privativos de los cónyuges, aunque se pueden excluir en ocasiones los bienes personalísimos.

▪ Régimen de comunidad limitada o restringida.

Se caracteriza por la coexistencia de un patrimonio común junto con los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges. Dentro del mismo nos encontramos a su vez:

• Régimen de comunidad de muebles.

En el que se hacen comunes todos los muebles, adquiridos de la forma que sea.

• Régimen de comunidad limitada de ganancias.

Aquí el patrimonio común está formado por lo ganado por cada uno de los cónyuges tanto con su trabajo como por las rentas de los bienes comunes y de los privativos, también por los bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso. El patrimonio privado estará formado por los bienes que cada uno de los cónyuges aportaba al matrimonio y por los adquiridos con posterioridad al mismo por herencia, legado o donación. En esta categoría se encuentra nuestro régimen de gananciales.

- Régimen de muebles y adquisiciones.

Partiendo de la misma base del anterior, con la particularidad, que todos los bienes muebles, sea su adquisición anterior o posterior al matrimonio, y por cualquier título incluso por herencia, legado o donación, devendrán en gananciales.

➤ Régimen de Separación de bienes.

Se caracterizan por la inexistencia de patrimonio común entre los cónyuges, de forma que solamente coexistirán los dos patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges, que conservan la titularidad y la administración de cualquier bien, tanto de los que tenían antes de contraer matrimonio, como de los adquiridos por cualquier título constante el mismo.

➤ Régimen Dotal.

Algunos autores lo consideran un subtipo del régimen de separación de bienes. Es de tipo separatista, coexistiendo respecto de la mujer dos categorías de bienes, en primer lugar, los bienes dotales⁷³, cuyo goce y

⁷³ Según la definición de Wikipedia “*La dote es el patrimonio que la futura esposa o su familia entregan al novio, siendo en muchos casos proporcional a su estatus social del futuro esposo. Su significado, según diferentes culturas, bien sería el de contribuir a la manutención de la propia novia o contribuir a las cargas matrimoniales. En todo caso, la dote se otorga al hombre quien la administra durante la duración del matrimonio y de producirse el repudio, la separación o el divorcio tendría que devolverla.*

En algunas culturas, la dote forma parte de un intercambio de riquezas entre las familias contrayentes acompañada de cierto pago del novio o su familia a la familia de la novia, denominado excres. ...

En algunas regiones de Europa se ha conservado la tradición del ajuar, que antiguamente consistía en el conjunto de enseres, muebles y ropas aportados por la familia de la novia y que hoy también puede hacerse extensible a la familia del novio”.

administración pertenecen al marido, cuyo destino es sufragar las cargas del matrimonio, pero que deben ser restituida a la mujer o a sus herederos en el momento en que finalice la unión conyugal, por lo tanto lo que se utilizará para contribuir con las cargas del matrimonio será los productos y las rentas que se obtengan de esos bienes. Junto con estos, en segundo término, coexisten los bienes parafernales, cuya propiedad y administración pertenece a la mujer, y a diferencia de los anteriores son alienables.

El nuestro ordenamiento jurídico, la primitiva redacción del Código Civil le dedicaba el Capítulo III, del Título

Según el artículo 1336 *“La dote se compone de los bienes y derechos que en este concepto la mujer aporta al matrimonio al tiempo de contraerlo y de los que durante él adquiera por donación, herencia o legado con el carácter de dotal”*.

Tenían también carácter dotal los bienes inmuebles adquiridos constante matrimonio por haber sido permutados con otros bienes dotales, los que se adquiriesen por derecho de retrato perteneciente a la mujer, por dación en pago de la dote, o por ser comprados con dinero de la dote.

En cuanto al tiempo en el que debía de realizarse la dote, lo fijaba el art. 1338, pudiendo ser antes o después de contraer matrimonio los padres, parientes de los esposos y personas extrañas, y el marido, pero éste solo antes de contraer.

Tanto la constitución como el aumento de la dote, siempre que se intente hacer valerla contra terceros deberá constar en documento público, 1280 del CC.

Existía un caso en que la misma era obligatoria, y es el padre o madre de la novia, cuando necesitando ésta el consentimiento de ellos para contraer el matrimonio, se casara sin obtenerlo.

La dote podía ser de dos tipos: estimada o inestimada⁷⁴.

La administración y el usufructo de la dote corresponde al marido, conforme a lo dispuesto al art. 1357 CC, conservando la mujer el dominio de los mismos.

⁷⁴ Art. 1346 CC redacción original *“La dote puede ser estimada o inestimada.*

Será estimada, si los bienes en que consiste se evaluaron al tiempo de su constitución, transfiriendo su dominio al marido y quedando éste obligado a restituir su importe.

Será inestimada, si la mujer conserva el dominio de los bienes, háyanse o no evaluado, quedando obligado el marido a restituir los mismos bienes.

Si las capitulaciones matrimoniales no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada”.

➤ Régimen de Participación.

Es un régimen con características mixtas de los regímenes de separación de bienes y del de comunidad, como veremos.

➤ Régimen sin comunidad o de comunidad de administración.

Es un régimen matrimonial en el que no existe comunidad, es decir, los bienes de cada uno de los cónyuges permanecen separados e independientes. Pero respecto del patrimonio de la mujer existen dos categorías de bienes: los bienes de aporte y los bienes reservados.

Los primeros están conformados por los bienes que posea con anterioridad al matrimonio y los que adquiera durante éste. Entre los segundos se encuentran los de uso personal, vestido y aseo, alhajas, instrumentos de trabajo, los que adquiera con su trabajo o industria, los asignados o donados por un tercero con este carácter, y los que así se declaren en el contrato de matrimonio.

En este régimen era el marido el que por imperativo legal gozaba de la administración de tales bienes y sobre los frutos.

1.2.2.1. Régimen de Gananciales

Se ocupa de este régimen el Capítulo IV del Título II del Libro IV del Código Civil, artículos 1344 a 11410.

Es un régimen de gran tradición jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, estando regulado desde antiguo. Así ya aparece regulado en cuerpos legales como el Fuero Juzgo y el Fuero Real.

Dice el Fuero Juzgo (4, 2, 17), que *“si viviendo de so uno ganan alguna cosa o acrecen... hayan cada uno tal partida como quedó escrito”*.

En el Fuero Real (3, 3, 1) que *“toda cosa que el marido y mujer ganaren o compararen, estando de so uno hánlo ambos por medio”*.

En redacción original el Código Civil decía en el art. 1392 que *“Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio”*.

Tras la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificaron numerosos artículos del Código en materia de régimen económico matrimonial, se produjo una gran transformación de la sociedad de gananciales, adaptándola a los nuevos tiempos y dejando atrás mandatos arcaicos sobre todo en materia de administración a favor del marido en detrimento de la mujer.

De esta forma se le dio nueva redacción, entre otros, a los dos artículos que ahora conforman la sección primera, de disposiciones generales, fijando el art. 1344 lo que tenemos que entender por sociedad de gananciales, con redacción que sigue vigente en nuestros tiempos con la salvedad del cambio operado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que adaptando dicho artículo a la posibilidad introducida por la propia Ley de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio, sustituye “marido y mujer” por la palabra “cónyuges”, quedando así redactado: *“Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*.

Como vemos el Código Civil no da una auténtica definición de la sociedad de gananciales⁷⁵.

Podemos decir que ésta en un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, que se caracteriza por la formación de un patrimonio

⁷⁵ En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 27 de julio de 1999, *“El Código Civil no contiene una verdadera definición de lo que debe entenderse por sociedad de gananciales ya que el artículo 1344 solamente hace referencia a una idea de su contenido, al decir que mediante ella se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, y que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla, y esto solamente de una manera imperfecta ya que se refiere a los efectos de la sociedad al momento de la liquidación. Completando esta fórmula con otros preceptos podemos decir, no obstante, y a modo de concepto legal, que la sociedad de gananciales es la sociedad que la ley declara existente entre los cónyuges y a falta de estipulación en contrario y por virtud de la cual se hacen comunes y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio, las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio (artículos 1315, 1316 y 1392 del Código Civil)”*.

común entre los cónyuges de carácter restringido, limitado a las ganancias, que a la finalización de aquél se dividirán por mitad entre los cónyuges, o entre uno de ellos y sus herederos, y que puede ser convencional o legal, puesto que el Código lo establece como régimen supletorio de primer grado en el caso de que los cónyuges no hayan establecido otro.

En cuanto a su naturaleza jurídica, y sin ánimo de extenderme, brevemente apuntaré que la doctrina no es pacífica en este punto, pero que la tesis más extendida es que se trata de una comunidad de tipo germánica o en mano común⁷⁶, de esta forma, a diferencia de la comunidad de tipo romano, los bienes no están distribuidos por cuotas, no pudiendo disponer individualmente los cónyuges de tales bienes por actos inter vivos⁷⁷.

En cuanto al contenido de la misma, ya hemos dicho que por la misma se hacen comunes determinados bienes, conviviendo con el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges; vamos por tanto a señalar cuáles son unos y otros.

El Código Civil señala en el artículo 1346 “*Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges:*

1º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.

2º Los que adquiriera después por título gratuito.

3º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

4º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.

5º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos.

⁷⁶ En este sentido, entre otros, Albadalejo, De Los Mozos, o Lasarte.

⁷⁷ Diversas Sentencias del Tribunal Supremo, así lo afirman: “*Constante el matrimonio, el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. CC, y, en consecuencia, no puede atribuirse por mitad la propiedad de los bienes gananciales, en cuanto constituye aquélla una propiedad en mano en común de tipo germánico que no permite la división de cuentas ideales, siendo necesaria para saber si éstos existen o no la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la adjudicación, no teniendo los cónyuges hasta entonces más que un derecho expectante que no les legitima para entablar la reclamación de los bienes por mitad, con independencia de que puedan tener otros procedimientos para impugnar los actos efectuados por el otro cónyuge si son contrarios a la ley o en fraude de sus derechos*” (STS, de 12 de junio de 1990).

6º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

7º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4º y 8º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.

Por tanto serán bienes privativos todos aquellos que les pertenecían a cada uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio (o antes de que empiece a regir la sociedad de gananciales) cualquiera que fuera el título por el que los hubiere adquirido. Serán gananciales por esta regla los bienes que los contrayentes hubieran adquirido conjuntamente antes del matrimonio, existiendo entre ellos respecto de los mismos una copropiedad ordinaria.

También serán privativos los bienes que se adquieran después del matrimonio por título gratuito, es decir, en virtud de herencia, legado o donación.

Son igualmente privativos los bienes adquiridos a costa o en sustitución de otros bienes privativos, o los adquiridos por el derecho de retracto perteneciente a solo uno de los cónyuges.

Otra categoría de bienes que son privativos son aquellos a los que el Código llama inherentes a la persona y los que no son transmisibles inter vivos. Aquí cabe incluir pensiones, jubilaciones, pensión de invalidez, etc.

Y los recibidos por daños inferidos en la persona o los bienes privativos de uno de los cónyuges.

Son siempre privativos las ropas y objetos de carácter personal, sea cual sea el origen del dinero con el que se han adquirido⁷⁸.

⁷⁸ Así lo recoge la SAP de Las Palmas de 3 de mayo de 2004 “*el apartado séptimo del artículo 1346 del Código Civil prevé no tanto el supuesto de que dichos bienes de uso personal fueran adquiridos por caudal o derechos privativos puesto que, sin duda alguna, seguirán teniendo su misma naturaleza; sino fundamentalmente el que fueran adquiridos con fondos comunes, en cuyo caso se les sigue otorgando carácter privativo y no concede a la sociedad derecho alguno de reembolso*”.

Y por último los instrumentos imprescindibles para el ejercicio de la profesión u oficio, sin que formen parte de un establecimiento o explotación común.

Además de los enumerados en el art. 1346, también son privativos las cantidades que se cobran durante el matrimonio de un crédito privativo, disponiéndolo de esta manera el art. 1348 *“Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagaderos en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital del marido o de la mujer, según a quien pertenezca el crédito”*.

En el art. 1352 también se indican otros bienes privativos, las nuevas acciones u otros títulos o participaciones adquiridos por la titularidad de otros también privativos, y las cantidades recibidas por el derecho a suscribir.

Se consideran también privativos las mejoras realizadas en los bienes privativos, y los incrementos patrimoniales de las empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1359.

Por su parte el art. 1347 CC *“Son bienes gananciales:*

1º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

2º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

3º Los adquiridos a título oneroso a costa del cauda común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privados, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5º Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354”.

En cuanto al número uno del citado artículo tenemos que decir, que según el TS⁷⁹ el empleo, función o cargo tiene carácter privativo, sin embargo el rendimiento económico del mismo es ganancial siempre.

Son gananciales los frutos, rentas e intereses de todos los bienes que tenga el matrimonio por cualquier título, tanto en propiedad como en usufructo o cualquier otro.

También lo son los adquiridos título oneroso a costa del caudal común, bien se haga para la comunidad bien para solo uno de ellos. Cabe aquí que exista una copropiedad de la sociedad de gananciales con uno de los cónyuges si estos bienes se adquieren parte con dinero ganancial parte con privativo, o incluso cabría que la copropiedad fuera de la sociedad ganancial y con ambos cónyuges si la adquisición se hubiere efectuado conjuntamente con dinero ganancial, y con privativo de uno y de otro cónyuge.

Incluye también el Código los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo hagan con fondos privativos, caso en el cual la sociedad tendrá una deuda con el cónyuge que lo haya sufragado.

Y las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges a expensas de bienes comunes.

Tenemos que añadir que también son gananciales otros bienes pese a no aparecer en la lista del art. 1347.

Así el artículo 1353 CC dice *“Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiese dispuesto lo contrario”*.

Igualmente, en virtud de lo dispuesto en el art. 1350 CC lo son las ganancias realizadas en los bienes gananciales, y los incrementos patrimoniales de empresas gananciales, art. 1359 CC.

Lo serán también las cabezas de ganado que al disolverse ésta excedan del número aportado por los cónyuges privativamente.

Así como las ganancias obtenidas por cualquiera de ellos por el juego, art. 1351 CC.

⁷⁹ Así por ejemplo la STS de 25 de marzo de 1988.

Aunque en este punto tenemos que decir que dada la libertad de pactos que rige en nuestro ordenamiento jurídico, los cónyuges pueden pactar que devenguen en comunes más o menos que los bienes señalados por el Código.

Existe una presunción de ganancialidad para el caso de duda sobre un bien, expresado en el art. 1361 CC *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges”*.

En cuanto al momento en que empieza a regir la sociedad de gananciales tenemos que estar a lo dispuesto en el art. 1345 CC *“La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones”*.

Por tanto si los contrayentes lo pactan en capitulaciones matrimoniales la sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio; de igual forma entrará a regir a partir de éste momento cuando los futuros cónyuges no han otorgado capitulaciones o son éstas ineficaces, por ser el régimen supletorio de primer grado. Con posterioridad al matrimonio empezará la sociedad de gananciales cuando así lo pacten los cónyuges otorgando las correspondientes capitulaciones.

Pero aparte de los casos expresados, también cabe que empiece a regir este régimen porque los cónyuges constante matrimonio, sin celebrar pacto expreso procedan a la liquidación del régimen anterior, o a disponer que desde una momento determinado dejen de regirse por el régimen que tenían sin expresar uno nuevo, entrando entonces como supletorio el ganancial; también podemos señalar el caso previsto en el art. 1374⁸⁰, en virtud del cual también entrará a regir el presente régimen sin que los cónyuges lo pacten expresamente.

⁸⁰ El citado artículo ordena: *“Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales”*.

Se refiere el citado artículo a cuando se produce el embargo de bienes gananciales por petición del acreedor de uno de los cónyuges, por deudas propias, cuando el patrimonio privativo del deudor no es suficiente para satisfacerlas.

En cuanto a las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, tenemos que señalar que están reguladas en la Sección Tercera, y que no entraremos en ella por exceder su contenido del objeto del presente trabajo.

Entrando someramente a la administración de la sociedad de gananciales, decir que es una de las secciones que más fue reformada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Con anterioridad a la citada reforma era el marido quien ostentaba la administración de la sociedad de gananciales, pudiendo además enajenar bienes y contraer obligaciones a título oneroso sin el consentimiento de la mujer⁸¹.

Tras el cambio introducido por la meritada ley, por la que se consagraba la igualdad del hombre y de la mujer promulgada en la Constitución, y ampliando considerablemente la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la administración de la sociedad de gananciales se regirá por lo pactado entre los cónyuges. Solo en defecto de pacto regirá lo dispuesto en la sección cuarta.

Así el art. 1375 CC *“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”*.

Como acabamos de señalar en primer lugar se estará a lo convenido por los esposos⁸², y en defecto de pacto, como no podía ser de otra manera, el

⁸¹ Así lo disponía el Código Civil en su redacción original, arts. 1412 y 1413.

⁸² En cuanto al alcance de la autonomía de la voluntad en este punto la doctrina no es pacífica.

Así existen autores, como Tomás Giménez Duart, que representan la tesis más restrictiva, que defienden que no puede pactarse en contra de la administración conjunta de la sociedad de gananciales, y lo único que queda a la autonomía de las partes es la elección de llevar esta actuación conjunta de forma solidaria o indistinta, pues en otro caso se vulneraría el mandato imperativo de la igualdad de los cónyuges.

Otros autores hacen una distinción entre los actos de administración y los de disposición, pudiendo convenir respecto de los primeros pero no de los segundos.

Y, en el extremo más favorable, se encuentran autores como, Lacruz o Lasarte, entre otros, que entienden permitido cualquier pacto incluso los que atribuyen estas facultades a uno solo de los cónyuges.

En esta última línea permisiva se encuentra también FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M^a DEL CARMEN, *La cogestión de los bienes gananciales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 186. En sus conclusiones a la citada obra afirma la autora: *“El art. 1.322.1 del Código civil viene a ser para nosotros*

Código dispone que la administración de la sociedad de gananciales sea conjunta.

Esta actuación conjunta que proclama la Ley no significa que para todos los actos deban concurrir ambos cónyuges, sino que en determinados se faculta para que solo uno de ellos pueda actuar en nombre de la sociedad⁸³, habiendo un consentimiento expreso o tácito del otro, anterior, basado en la mutua confianza que se presume a los cónyuges, simultáneo, porque concurren ambos, o posterior, ratificando el acto.

Luego el Código acoge toda una serie de artículos que contienen reglas acerca de esta administración, en las que no vamos a entrar.

el equivalente a la prueba del nueve para determinadas operaciones matemáticas: bien a ratifica la que desde el principio ha sido nuestra tesis, esto es, que en nuestro Derecho la gestión conjunta de los bienes gananciales no es nunca una imposición legal sino que, por el contrario, queda reservada a la voluntad de los cónyuges; éstos pueden, si quieren, actuar de consuno; pero pueden también actuar con igual eficacia individual o separadamente cada uno de ellos siempre que cuenten con la conformidad al acto por parte del otro, manifestada ésta en cualquier modo o en cualquier tiempo.

Para aquellos a quienes los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo en apoyo de esta idea, en todo o en parte, no les hayan convencido, es sin duda el que acabamos de exponer un argumento irrefutable: da igual cuán amplio se considere el ámbito de la cogestión, cuánto se restrinja la posibilidad de pacto y la rigidez con que se exija el consentimiento del cónyuge, porque, en última instancia, al dejarse en manos del preterido la posibilidad de confirmar o anular los actos contrarios a lo dispuesto en los arts. 1.375 y ss., la efectividad de la cogestión pasa a depender de él, de hecho y de Derecho”.

⁸³ Lo expresa LÓPEZ RICHART, JULIÁN, “De la administración de la sociedad de gananciales”, en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dikynson, Madrid, 2005, pág. 471.

“El Código Civil, en aras a garantizar la seguridad y agilidad de las transacciones y la mejor gobernabilidad del consorcio, pese a que parte del principio general de cogestión, reconoce la facultad individual de administrar o disponer ciertas situaciones o en relación con determinados bienes y derechos pertenecientes a la comunidad, lo que a la postre significa reconocer que uno de los esposos puede vincular frente a terceros el patrimonio ganancial sin necesidad de contar con el concurso del otro (art. 1365) Es más, la amplitud de los supuestos en que uno (o cualquiera) de los cónyuges está legitimado para actuar sin necesidad de contar con el concurso del otro, hace que desde el punto de vista de la reiteración en el tráfico los actos de gestión individual sean mucho más frecuentes que los de actuación conjunta, aunque ello no es óbice para seguir defendiendo que en el plano conceptual la gestión conjunta sigue siendo la regla y la individual la excepción...”.

Por último, en cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales tenemos que estar a lo dispuesto en el art. 1392 *“La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:*

1º Cuando se disuelva el matrimonio.

2º Cuando sea declarado nulo.

3º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.

4º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”.

Acto seguido el artículo 1393 CC también expresa otras situaciones en las que se extingue este régimen.

“También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:

1º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos de dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

4º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código”.

Referente al primer artículo transcrito, tenemos que destacar que conforme dice el Código las causas expresadas en el mismo producen la conclusión de la sociedad de gananciales de pleno derecho, es decir, por la mera concurrencia de la causa, sin que sea necesario acto alguno tendente a la misma.

En cuanto a la primera, la disolución del matrimonio puede producirse bien por el fallecimiento de uno de ellos, bien por divorcio.

Respecto de la nulidad, mentada en el número dos, podemos distinguir los siguientes supuestos: que ambos cónyuges hayan actuado de buena fe,

en cuyo caso se mantienen los efectos civiles producidos para ellos y los hijos, y por tanto se aplicarán las reglas generales; si uno actúa de mala fe, para el otro se respetan también los efectos producidos, y además se prevé una regla específica, contenida en los arts. 1395 y 95.2º CC⁸⁴; y por último, si ambos han actuado de mala fe, al no haber existido matrimonio no puede haber régimen económico matrimonial, y por ello no procederá liquidarlo.

La tercera causa, la separación de los cónyuges, se producirá por la firmeza de la sentencia dictada por el Juez. En cuanto a la posible reconciliación de los cónyuges, una vez se produce la disolución, ya no tendrá efecto alguno.

En cuanto a la última causa, la convención de régimen económico distinto, entiendo debe ser realizado en capitulaciones matrimoniales, pues en el citado artículo se exige la forma prevenida en el Código.

Las causas expresadas en el segundo artículo, no son inmediatas, sino que la disolución deberá decretarla un juez a petición de uno de los cónyuges.

Una vez disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su disolución. Ésta como dice el art. 1396 CC comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad. Los bienes que comprenderán son los señalados en los artículos 1397⁸⁵ y 1398⁸⁶ CC respectivamente.

⁸⁴ Los mencionados artículos facultan al cónyuge de buena fe a optar entre la disolución general de la sociedad de gananciales tras la declaración de nulidad de su matrimonio, o por el contrario realizarla conforme a lo dispuesto para el régimen de participación, sin que el contrayente de mala fe tenga derecho a participar de las ganancias obtenidas por el cónyuge de buena fe, si finalmente éste opta por la elección de ésta liquidación.

⁸⁵ Artículo 1397 CC *“Habrán de comprenderse en el activo:*
1º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.
2º El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados.
3º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste”.

⁸⁶ *“El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas:*
1ª Las deudas pendientes a cargo de la sociedad.
2ª El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad.

Terminado el inventario se procederá en primer lugar a pagar las deudas de la sociedad, luego pagadas éstas, se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada uno de los cónyuges, compensando si éstos tienen deudas con la sociedad.

Una vez hechas todas las deducciones pertinentes, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, el cual se dividirá por mitad entre los cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro. En esta división cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan preferentemente en su haber, hasta donde el mismo alcance, de conformidad con el art. 1406, los bienes de uso personal que no sean privativos, la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo, el local donde ejerce su profesión y, en caso de que uno haya fallecido, al otro la vivienda habitual.

Existen diversas reglas en este sentido en la sección quinta, incluyendo una cláusula de cierre, en la que se establece que en lo no dispuesto se aplicarán las reglas de la partición y liquidación de la herencia.

1.2.2.2. Régimen de Separación de bienes

Este régimen tiene como característica principal que no existe patrimonio común entre los cónyuges, sino que cada uno de ellos conserva su propio patrimonio, y por tanto la administración y disposición del mismo.

Cuando entró en vigor el Código Civil previó este régimen que regía en tres supuestos: cuando así constaba expresamente en capitulaciones matrimoniales, en virtud de providencia judicial, o en el supuesto del artículo 50⁸⁷, es decir, cuando se contraía matrimonio a pesar de las

Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad

3ª El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad”, art. 1398 CC.

⁸⁷ La regla primera del art. 50 CC en su redacción original establecía: “Si, a pesar de la prohibición del artículo 45, se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido; pero los contrayentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal, quedarán sometidos a las siguientes reglas:

prohibiciones establecidas en el artículo 45⁸⁸, como “castigo” por ello, siendo obligado en éste caso, sin que los cónyuges pudieran establecer otro distinto.

En la actualidad los supuestos en que regirá este régimen los expresa el art. 1435 CC *“Existirá entre los cónyuges separación de bienes:*

1º Cuando así lo hubiesen convenido.

2º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que hayan de regirse sus bienes.

3º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”.

Por tanto, en el primer supuesto en el que regirá la separación de bienes será por haberlo así pactado los cónyuges, como consecuencia de la autonomía de la voluntad de los esposos. Así, de conformidad con lo dispuesto con carácter general, para que rija este régimen de forma convencional, será necesario que otorguen capitulaciones matrimoniales⁸⁹.

1ª Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyo todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio”.

⁸⁸ El citado art. 45 CC incluía las siguientes prohibiciones: *“Está prohibido el matrimonio:*

1º Al menor de edad que no haya obtenido la licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponda otorgar uno y otro en los casos determinados por la Ley.

2º A la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

3º Al tutor y sus descendientes con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas de su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública”.

⁸⁹ Así lo dictaminó la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, número 401/2000, de 31 de julio. *“En lo que respecta al fondo del asunto, el recurrente entiende que aunque no lo hicieran constar en documento público, existió un compromiso verbal y amistoso estableciéndose un pacto antes y en el momento del*

El segundo supuesto, es la previsión legal que el ordenamiento jurídico hace para el caso que los cónyuges excluyan la aplicación de la sociedad de gananciales sin decir cuáles son las reglas por las que se deben regir. Por ello este régimen es calificado como régimen legal supletorio de segundo grado.

En cuanto al último caso, el que se extinga la sociedad de gananciales o el régimen de participación, sin expresar las reglas por las que quieran que siga su régimen económico matrimonial, constante matrimonio, tenemos que señalar que cabrá en primeramente en el supuesto que se produzca la separación de los cónyuges, puesto que en otros casos (divorcio o nulidad) no existe ya el matrimonio que se habrá declarado disuelto o inexistente. La cuestión es determinar si es necesario que exista un régimen económico matrimonial cuando existe una separación judicial de los esposos. Tras indicar que la doctrina no es pacífica en este asunto, tenemos que decir, que en principio si todo matrimonio tiene que tener un régimen económico, si el matrimonio todavía está vigente la respuesta debería ser afirmativa⁹⁰.

matrimonio, por el cual se iba a regir el régimen económico del matrimonio de separación de bienes, por el cual habría funcionado el matrimonio en la práctica.

Esta argumentación debe de ser rechazada, como así se hizo en la sentencia recurrida, que realiza una correcta aplicación de los artículos 1315, 1316 y 1435 del Código Civil, para concluir que, a falta de capitulaciones matrimoniales, dada la vecindad civil de los contrayentes, sujetos al derecho común, se impone el régimen económico de sociedad de gananciales. Frente a ello opone el recurrente la existencia de un pacto verbal que ha sido rechazado por la actora y un supuesto funcionamiento patrimonial del matrimonio que sería indicativo del régimen de separación (existencia de cuentas corrientes individuales).

Nada de esto, puede enervar la necesidad, como requisito constitutivo, de que estos pactos se formalicen en escritura pública, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1325, 1327 y 1280.3 del Código Civil. La doctrina jurisprudencial viene siendo en este extremo unánime; así la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 se expresa en los siguientes términos: «Establece la Sala, que, según el artículo 1327 del Código Civil en relación con el artículo 1280.3, para su validez, las capitulaciones matrimoniales y su modificaciones habrán de constar en escritura pública; de tal modo que, cuando no conste en ese documento público, son radicalmente nulas y no producen efecto alguno ni “inter partes” ni frente terceros.»

⁹⁰ Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992 “El artículo 95.1, que revela una técnica en verdad defectuosa, precisa ser interpretado partiendo de que, como es obvio, no son equiparables las consecuencias, en el aspecto que nos ocupa, de la nulidad del matrimonio o el divorcio y la separación, pues en esta última subsiste el matrimonio y ello hace necesario un régimen económico, siendo adecuado el de separación de bienes, solución concorde con el artículo 1435.3 que puede fundamentarse en que: a) Este es el criterio del Código Civil en supuestos de disolución de la sociedad conyugal por otras causas (así, artículo 1374); b) Cuando el

La posterior reconciliación de los cónyuges no tendrá ningún efecto si se produce una vez que la sentencia de separación ya ha devenido en firme, en este sentido el art. 1443 CC establece *“La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado”*. Aunque pueden convenir posteriormente a la reconciliación otra nueva sociedad de gananciales⁹¹, o el los pactos que tuvieran antes de la separación, lo que deberán otorgar en capitulaciones matrimoniales.

También regirá el régimen de separación según lo prescrito, respecto de la sociedad de gananciales y por remisión para el de participación, cuando estos regímenes hayan concluido por decisión judicial según lo previsto en el art. 1393 CC.

En este punto, no podemos compartir el razonamiento que hace Velázquez⁹² diciendo: *“La tercera forma de constitución es obvia: cuando se han extinguido o el régimen de gananciales o el de participación en las ganancias sin que los cónyuges hagan manifestación alguna, les*

artículo 1443 del mismo Código dispone que «la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal», presupone la existencia de aquélla; c) Aunque, en puridad, la «disolución del régimen económico matrimonial» prevista en el artículo 95.1 no se identifica con la necesidad de que se establezca el régimen económico matrimonial de separación de bienes, pudiendo quizá bastar la adopción de las medidas legalmente previstas en los artículos 90 y siguientes, nada se opone a entender aquel precepto en el razonable sentido de que, en aplicación del artículo 1435.3, al extinguirse la sociedad de gananciales anterior, se someta el matrimonio al régimen de separación de bienes, cuánto más si, como sucede en el presente caso, así se acordó en el convenio regulador de la separación matrimonial; y d) Por último, y aunque éste no sea el caso, tampoco se ve inconveniente en referir el artículo 95.1 sólo a los regímenes económico-matrimoniales comunitarios, pues en el supuesto de previa separación de bienes carece, en rigor, de finalidad”.

⁹¹ Así lo permite y recoge el art. 1444 CC *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes.*

Harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación”.

⁹² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, ob. cit., pág. 755.

corresponde este régimen de separación de bienes porque, si el régimen abandonado es el de gananciales, no puede su silencio llevarlos al mismo régimen; si el extendido fuera el de participación, porque si los patrimonios estaban separados por voluntad de los interesados, su silencio no puede llevarlos sino a otro régimen de separación patrimonial”.

Si bien la primera parte sí que es correcta, desde mi punto de vista, puesto que si los cónyuges acaban de extinguir la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas a seguir de ahora en adelante en cuanto a su régimen económico, cierto es que no tiene sentido que empiece otra sociedad ganancial y por tanto como régimen legal supletorio de segundo grado entrará a regir el de separación de bienes; ahora bien por la misma regla, discrepamos de la segunda parte, ya que si el régimen extinguido constante matrimonio es el de participación, entiendo que ante el silencio de los esposos, regirá también el régimen legal de primer grado, el de gananciales.

El Código Civil, en los diez artículos que le dedica a éste régimen y que componen el Capítulo VI del Título III del Libro IV, no da una definición del mismo, aunque sí se puede extraer de lo dispuesto en el art. 1437 el cual nos dice que *“En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviesen en el momento inicial del mismo y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes”.*

Por tanto, como ya decíamos, cada uno de los cónyuges será dueño de los bienes que adquiera, con independencia del momento bien sea, los que tenía antes del matrimonio como los que adquiera después, y con independencia también las adquisiciones sean a título gratuito u oneroso, todos los bienes pertenecerán exclusivamente a su patrimonio.

Ello no obsta para que los cónyuges puedan adquirir un bien conjuntamente, pero entre ellos existirá una comunidad ordinaria con el porcentaje que adquiera cada uno de ellos⁹³.

⁹³ Así lo afirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de marzo de 1994 al expresar: *“... el hecho de que entre dos cónyuges exista régimen de separación de bienes, no impide en modo alguno que los mismos (como cualesquiera otras personas) puedan adquirir un bien «por mitad e iguales partes en proindiviso», en cuyo caso, con relación a dicho concreto bien, surge entre los esposos compradores, no una comunidad conyugal (del tipo de la de gananciales), sino un condominio ordinario,*

Establece el Código una presunción, que admite prueba en contrario, cualquiera de las admitidas en derecho, al presumir el art. 1441 que corresponderá a ambos por mitad un bien o derecho cuando no se pueda acreditar a quien pertenece.

La administración, el goce y la disposición de tales bienes también corresponden a cada uno de los cónyuges respecto de los suyos.

Sin embargo ello no es óbice para que éstos estén sujetos a la contribución de las cargas del matrimonio, tal y como con carácter general se dispone en el artículo 1318 del Código Civil, y expresamente para éste régimen se desprende esta obligación que tienen ambos esposos a su contribución de lo expresado en el art. 1438 CC *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”*. Como vemos, la primera forma de repartir la contribución de las cargas del matrimonio es la que los cónyuges hayan así pactado entre ellos, solamente a falta de convenio lo harán proporcionalmente a su respectivos recursos económicos. Eso sí en los pactos se deben de respetar los límites generales con los que se encuentra la autonomía de la voluntad de los esposos, y además las reglas contenidas en el Código respecto de la contribución a las cargas del matrimonio, como veremos en el apartado correspondiente.

En cuanto a la forma de realizar esta contribución a las cargas del matrimonio el Código contempla una de las formas de llevarlo a cabo, el trabajo para la casa, por lo que se deduce que existen varias maneras de realizar la contribución, tanto en metálico como en especie.

Como dice el artículo transcrito, el trabajo para la casa de lugar a una compensación que ambos cónyuges determinarán de común acuerdo y a

como así lo dice expresamente el artículo 1414 del Código Civil para el régimen de participación (al que, durante la vigencia del mismo, se aplican las normas relativas al de separación de bienes –artículo 1413 del mismo Cuerpo Legal–), cuyo precepto (el primero de los que acaban de citarse) es, obviamente, también aplicable al régimen de separación, y siendo ellos así, y surgida entre los dos esposos, con relación al expresado piso, una comunidad de bienes (condominio ordinario), regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil...”.

falta de éste será fijado por el Juez en el momento de la finalización de éste régimen. Aquí comparto opinión con Ribera en que no en todo caso procederá la mencionada indemnización, puesto que si ambos tienen la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, y uno de ellos lo hace mediante el trabajo para la casa y el otro de otra forma (en metálico, en especie, con aportación de bienes, etc.) ambos habrán contribuido y no cabrá compensación, a no ser, que exista un exceso en el trabajo para la casa, en cuyo caso sí que habrá de compensarse⁹⁴.

Volviendo con la administración de los bienes, que como hemos dicho corresponde a cada uno de los cónyuges respecto de sus bienes, no es incompatible con que uno de ellos pueda administrar los bienes del otro. Así el art. 1439 CC expresa “*Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir*

⁹⁴ Respecto de la compensación del art. 1438 por contribuir a las cargas del matrimonio por el trabajo para la casa, la citada autora comparte la misma opinión respecto de éste tema. RIBERA BLANES, BEGOÑA, “Del régimen de separación de bienes”, en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *ob. Cit.*, pág. 900. Expresa: “*En este sentido consideramos que solamente cuando el cónyuge ha contribuido en exceso a las cargas es merecedor de una compensación, pero no por el simple hecho de haber contribuido mediante trabajo doméstico. De este modo, aunque el legislador no lo establezca expresamente debe entenderse que si hay un exceso de contribución, con independencia de la modalidad elegida para contribuir, corresponde compensar. El motivo por el que el legislador ha mencionado el trabajo doméstico y no otras formas de contribuir cuando hacer referencia a la compensación posiblemente resida en un intento de despejar las dudas que históricamente se han planteado en relación con el trabajo doméstico, en concreto, si podía considerarse como una forma de contribuir a las cargas y cómo debía valorarse. De alguna manera, el legislador ha querido manifestar que también el cónyuge que realiza el trabajo doméstico puede haber contribuido a las cargas del matrimonio por encima de lo que le corresponde y si eso es así, tiene derecho a ser compensado. Por esta razón la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de julio de 2003 (EDJ 203/181210) y, posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 10 de febrero de 2004 (BDA 2004/2476) rechazan el otorgamiento de la compensación porque el trabajo del hogar familiar de la recurrente no constituyó una sobreaportación al sostenimiento de las cargas familiares. En la misma línea establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 31 de julio de 2003 (EDJ 2003/160963) que el derecho de reembolso es el único susceptible de inclusión en la liquidación del régimen convencional de separación de bienes, para compensar la diferencia entre dos desplazamientos patrimoniales que se hubieren producido a favor de uno u otro de los cónyuges, a casusa de la sobreaportación en especie, vinculada al trabajo del hogar familiar”.*

cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en las atenciones distintas a las cargas del matrimonio”.

Por tanto en esta gestión de los bienes “ajenos” del cónyuge se aplicarán las reglas generales del mandato, a excepción de lo dispuesto en este artículo de la obligación de rendir cuentas respecto de los frutos.

Retomando la obligación que tienen los cónyuges a contribuir a las cargas del matrimonio, y previendo el legislador que pese a la separación de patrimonios, en el tráfico jurídico ordinario es lógico que los cónyuges tengan relaciones y asuman obligaciones con terceras personas tendentes a satisfacer esas necesidades, el Código Civil establece que *“Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad.*

En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este Código”, art. 1440.

Por tanto el precepto, en cuanto a las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges, pese a regir el régimen de separación de bienes en su matrimonio, en el ejercicio ordinario de la potestad doméstica⁹⁵, remite a las reglas generales establecidas para cualquier régimen económico matrimonial, por lo que, responderán sus bienes privativos en primer lugar, y luego a falta de comunes (que no existen en este régimen),

⁹⁵ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 21/2003 (Sección 24ª), de 15 de enero *“Es consecuencia de la naturaleza del sistema de separación de bienes que en él cada cónyuge es titular de sus propios bienes y derechos y que no se forma entre los casados ninguna comunidad de carácter conyugal. Si se forma alguna comunidad o algún tipo de comunidad será respecto de algún bien concreto. Así el artículo 1440 del CC declara de manera terminante que las obligaciones contraídas, por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad y las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges determinarán una obligación con pluralidad de titulares que seguirá las reglas generales de este especial tipo de fenómenos jurídicos: la mancomunidad en línea de principio o regla general y la solidaridad cuando expresamente se hubiere estipulado o cuando viniere impuesto por la ley. Dedicó el código una regla especial a esta materia en el artículo 1438 del Código Civil que resulta de la aplicación del llamado régimen primario (art. 1318 del CC) y es que ambos cónyuges están obligados a contribuir a las cargas del matrimonio y por ende a facilitar los medios financieros necesarios para hacer frente a los gastos que por esta razón se ocasionen. La medida de contribución se hace por convenio que las partes establezcan; a falta de convenio deber existir proporción con los respectivos recursos económicos; y, finalmente, lo antedicho queda complementado con la regla del artículo 1441 del CC en el sentido de que cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho corresponderá a ambos por mitad”.*

subsidiariamente responderán los bienes, también privativos, del otro cónyuge.

Además el cónyuge que haya satisfecho esas obligaciones con caudal propio tendrá derecho a que se le reintegre, la parte correspondiente siguiendo las reglas del art. 1438 CC.

Respecto de la extinción del régimen de separación de bienes, tenemos que decir, que éste finalizará, en primer lugar cuando los cónyuges determinen mediante capitulaciones matrimoniales que será otro el régimen que en adelante regirá entre ellos. Por tanto la modificación pactada respetando las normas al respecto hará que finalice éste régimen y entre a regir el nuevo pactado.

Luego, también terminará por la disolución del matrimonio, puesto que como venimos diciendo, si no puede existir matrimonio sin régimen económico, tampoco puede sobrevivir régimen económico sin matrimonio. Siendo así las cosas, el régimen de separación de bienes finalizará por la terminación del matrimonio, sea por la disolución del vínculo por sentencia de divorcio o de nulidad (en cuyo caso no habrá existido el matrimonio a excepción de los efectos que se mantengan a favor del cónyuge o cónyuges de buena fe), o sea por el fallecimiento o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

1.2.2.3. Régimen de Participación

Este régimen está regulado en el Código Civil, en el Capítulo V, Título III, Libro IV, arts. 1411 a 1434.

Se introduce en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 11/1981, de 13, de modificación del Código Civil. Hasta ese momento no existen antecedentes en nuestro derecho de la presente figura.

Podemos decir que en parte se trata de un régimen mixto, puesto que presenta características del régimen de separación de bienes y características del de comunidad. Durante la vigencia del matrimonio funciona como si fuera un régimen de separación de bienes, conservando cada uno de los cónyuges la propiedad y la administración de cada uno de sus bienes; sin embargo en el momento de la disolución del mismo tiene

caracteres similares al de comunidad, en concreto, cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias del otro.

En palabras del Código Civil *“En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere el derecho de participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”*, art. 1411 CC.

La ganancia se calculará determinando la diferencia entre el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada uno de los cónyuges y dividiéndose ésta cuantía entre ambos, o en su defecto, entre uno de los cónyuges y los herederos del otro.

Aunque existen varias formas de participar en las ganancias, y varias maneras de determinar éstas.

Como dice Algarra⁹⁶ *“Es al extinguirse el régimen llegado el momento de su liquidación cuando ese derecho se concreta y se produce el reparto de las ganancias, lo que tendrá lugar conforme a las reglas de liquidación previstas en la regulación del régimen, pues la participación –objetivo final que en definitiva se pretende conseguir en cualquier caso– puede llevarse a cabo mediante posibilidades o técnicas esencialmente diferentes: o bien al extinguirse el régimen se crea una masa común a repartir entre los cónyuges, o bien se hace un evaluación contable del patrimonio de cada uno de los cónyuges –sin que surja en ningún caso una masa común– y de su resultado se procede a la correspondiente nivelación de ganancias; de otra parte, la participación en las ganancias puede hacerse en especie o en valor, correspondiendo por regla general, cada una de estas posibilidades, respectivamente, a los dos sistemas de liquidación indicados”*.

Además según sigue afirmando la citada autora existen dos sistemas de determinación de las ganancias: la que ya hemos apuntado, que es la que sigue nuestro ordenamiento jurídico⁹⁷, donde la ganancia se determina comparando el favor del patrimonio de los cónyuges en dos momentos distintos, es decir, en el momento de su establecimiento y en el de su

⁹⁶ ALGARRA PRATS, ESTHER, *El régimen Económico-Matrimonial de Partición*, Ed. La Ley, Madrid, 2000, pág. 27.

⁹⁷ También es el seguido por el ordenamiento jurídico de otros países como el alemán y el francés.

liquidación, siendo la ganancia la diferencia entre ambos; y según el otro modelo, la ganancia se determina según el valor neto al concluir el régimen de un sector del patrimonio de cada cónyuge⁹⁸.

En nuestro derecho, que como hemos dicho, sigue el sistema de comparación entre el patrimonio inicial de cada cónyuge y el final, existen reglas contenidas en el Código Civil, para la determinación de ambos patrimonios.

De esta manera, el art. 1418 CC nos dice que el patrimonio inicial estará constituido por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen y por los adquiridos posteriormente por herencia, donación o legado, deduciéndose las obligaciones y cargas que tuvieran estos bienes.

El patrimonio final estará formado, según el art. 1422 CC por los bienes y derechos de que cada cónyuge sea titular en el momento de la terminación del régimen, deduciendo las obligaciones no satisfechas, incluyendo además el valor de los bienes que un cónyuge hubiere dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, excepto las liberalidades de uso.

Una vez determinados ambos patrimonios es cuando se procederá al cálculo de la diferencia entre ellos, y una vez calculada la ganancia, si en ambos cónyuges es positiva el de menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su incremento y el de su cónyuge; y si solamente arroja un resultado positivo uno de los esposos, es decir, que solo uno de ellos ha experimentado ganancia patrimonial, en este caso, el que no la ha obtenido tendrá derecho a la mitad de aquel incremento.

En cuanto a la forma de satisfacción, el art. 1431 CC dice: *“El crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder un aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados”*.

Sin embargo el crédito se podrá pagar mediante la adjudicación de bienes concretos en dos casos, el primero porque así lo han pactado los

⁹⁸ Es el seguido por los sistemas suizos y canadienses. Siendo una combinación de ambas formas de determinar las ganancias, como apunta Algara, el establecido por el derecho civil catalán.

cónyuges, y en segundo por concesión del Juez tras petición fundada del deudor.

Si no existieren bienes en el patrimonio del deudor para el pago de la ganancia correspondiente, el cónyuge acreedor puede impugnar las enajenaciones que hubiere hecho su consorte a título gratuito sin su consentimiento y las realizadas en fraude a sus derechos.

Tal acción caducará a los dos años de la extinción del régimen de participación y no podrá darse contra los adquirientes a título oneroso y de buena fe.

Una vez señaladas las principales características de éste régimen, tenemos que destacar como incide la autonomía de la voluntad en el mismo.

En primer término, la libertad de los cónyuges se reflejará en la elección de éste régimen. Y decimos esto porque el régimen económico matrimonial de participación es un régimen convencional, puesto que al no estar previsto por nuestra legislación como régimen legal supletorio ni de primer ni de segundo grado, solamente regirá por pacto entre los cónyuges o futuros cónyuges recogido en capitulaciones matrimoniales.

De forma excepcional, aunque los esposos no lo hayan pactado inicialmente, también podrán optar por éste régimen en los supuestos previstos en los artículos 95⁹⁹ y 1395¹⁰⁰ CC, pero incluso en este caso en el que es declarada la mala fe de uno de los contrayentes, se faculta para que el otro elija y decida y quiere que la liquidación de su régimen se realice

⁹⁹ El art. 95 prevé: *“La sentencia firme producirá, respecto los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.*

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.

¹⁰⁰ En idéntico sentido, esta vez en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, el citado artículo dispone: *“Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta Sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”.*

conforme a las reglas del de participación, siendo su voluntad la que determinará la aplicación de éste si así lo decide.

En segundo lugar, una vez pactado éste en capitulaciones matrimoniales, también existe margen para que los cónyuges hagan valer la autonomía de su voluntad pactando las reglas por las que se debe de regir su régimen económico matrimonial.

El mismo Código Civil faculta para que los cónyuges al constituir el régimen pacten una participación distinta a la que supletoriamente fija el cuerpo legal, eso sí, respetando lo indicado en el art. 1429 en el que se establece que deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y a favor de ambos cónyuges, y ciñéndose también al límite impuesto por el art. 1430 el cual veta que se convenga una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes.

Por tanto puesto que el Código permite pactar la cuota que tendrá cada uno de los cónyuges en la ganancia patrimonial del otro, pero sin que pueda existir desigualdad entre ambos, entiendo que los mismos pueden convenir que en vez de ser la mitad de las ganancias sea un 30 % ó un 60%, por ejemplo, el porcentaje que ellos decidan, pero para ambos igual, sin pueda haber diferencias en la proporción de cada uno, ni añadido, como se deduce que sólo uno tuviera derecho a participar en las ganancias del otro, sin que éste derecho fuera recíproco.

También cabría que los consortes modificaran las reglas de determinación del cálculo de la ganancia, siempre que fueran las mismas para ambos cónyuges.

Para Esther Algara¹⁰¹ no habría pacto desigual en una fórmula del tipo 75 % para el que menos ha ganado y 25 % para el que ha ganado más o viceversa. En este punto discrepo con la citada autora, pues opino que este caso vulneraría la regla imperativa contenida en el art. 1429 de partición en la misma proporción para ambos cónyuges.

Sin embargo sí que comparto la opinión de la validez de pacto en sentido de atribuirse una proporción mayor de ganancias al cónyuge superviviente o incluso de atribución íntegra de las ganancias al éste, pero difiero de las razones, pues entiendo que no se debe a que puede ser cualquiera de ellos el que sobreviva al otro desconociendo cual es el

¹⁰¹ ALGARRA PRATS, ESTHER, ob. Cit., pág. 257.

patrimonio que incrementará, sino que en mi entender, se establece la misma proporción para ambos, es decir, si se pacta que el cónyuge superviviente participará en un 65 %, al marido le corresponderá el 65 % si es la mujer la que fallece primero, y a la mujer le pertenecerá el 65 % si es el marido el que le precede en el fallecimiento, de ésta forma se cumple la misma proporción para ambos cónyuges. Eso sí siempre que respete los derechos hereditarios respecto de las legítimas, y que no existan descendientes no comunes.

En cuanto al límite precisamente del art. 1430 CC, establece que si existen descendientes comunes no podrá convenirse una participación que no sea por mitad. La finalidad de este precepto es preservar la legítima que le corresponderá de solo uno de los cónyuges, el que sea su progenitor.

Para parte de la doctrina¹⁰² se puede establecer un porcentaje inferior a la mitad pero no superior, aunque del tenor literal del Código Civil no es lo que se desprende.

Siguiendo con la autonomía de la voluntad de los cónyuges en este régimen, tenemos que señalar otro pacto posible y expresamente recogido en la ley como es la posibilidad de que los consortes pacten que el crédito de la partición pueda pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, en vez de en dinero como establece el Código Civil a falta de pacto.

En cuanto a la extinción de éste régimen el artículo 1415 CC establece que se dará en los mismos casos convenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1394 y 1395.

Así de este modo tenemos que remitirnos al art. 1392 CC que establece las causas de disolución de la sociedad de gananciales, afirmando: *“La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:*

1º Cuando se disuelva el matrimonio.

2º Cuando sea declarado nulo.

3º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.

4º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”.

Y son también causas de extinción de la sociedad de gananciales, y por ende, de terminación del régimen que nos ocupa, las establecidas en el

¹⁰² Así lo piensan, entre otros, Lacruz Berdejo, Peña Bernardo de Quirós, Ávila Álvarez, Quílez Estremera o Morales Moreno.

artículo siguiente del Código Civil, el 1393 *“También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:*

1º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

2º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos de dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono de hogar.

4º Incumplir gravemente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la disolución de la sociedad por el embargo de la parte de uno de los cónyuges por deudas propias, se estará a lo especialmente dispuesto en este Código”.

De todas las causas expuestas en el transcrito artículo, las señaladas en los números 2º y 4º así como en el último párrafo deben de ser tomadas con cautela, puesto que el sentido de las mismas está pensado para la sociedad de gananciales, y por tanto deberemos adaptarlas al régimen de partición.

Así la segunda causa, la realización de esos actos que entrañen fraude, daño o peligro, deberá ser entendido respecto de los derechos a la futura participación, puesto la gestión y disposición de su propio patrimonio durante su vigencia es un rasgo inherente a éste régimen. La cuarta causa está un poco en conexión con la expuesta, pues ese deber de información deberá ser entendido también ajustado a las reglas de éste.

Además, al ser la extinción del régimen por ambas causas, al igual que el resto, por decisión judicial, éste será el que determine si concurren o no las mismas, adaptando como hemos dicho la 2ª y la 4ª a este régimen.

Respecto del último párrafo del artículo, devengará en inaplicable por carecer de contenido, puesto que en este caso no existe patrimonio común que pueda ser parcialmente embargado por las deudas de uno de ellos, siendo inembargable el futuro derecho de participación en las ganancias del otro consorte, puesto que es un derecho que todavía no ha nacido y no está en el patrimonio del cónyuge que tenga las deudas.

En todo lo no previsto en el capítulo dedicado a éste régimen el Código preceptúa que se aplicarán las reglas del régimen de separación de bienes.

1.3. Contenido del régimen económico primario. Los artículos 1.315 y siguientes del Código Civil.

1.3.1. Levantamiento de las Cargas del matrimonio

Contenida esta regla en el artículo 1318 del CC, establece: *“Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.*

Cuando uno de los cónyuges incumpliera su deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras”.

Según lo dicho, los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Debemos entender por éstas los gastos necesarios para la subsistencia de la familia, entendiendo ésta como la familia nuclear, compuesta por los cónyuges y los hijos que convivan en la unidad familiar.

Pese a lo dicho, no es posible dar una definición cerrada de lo que son las cargas del matrimonio, se trata más bien de un concepto algo indeterminado, abierto y que puede cambiar según el caso concreto o las circunstancias del tiempo y momento en que se dé.

Bustos Moreno¹⁰³ señala que la doctrina entre las necesidades ordinarias de la familia incluye los gastos de los diferentes miembros que no resultando imprescindibles para la subsistencia contribuyen al desarrollo y expansión en diferentes campos de la vida, como actividades culturales,

¹⁰³ BUSTOS MORENO, YOLANDA, “De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales”, en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *ob. Cit.*, pág. 376.

deportivas, o de recreo o esparcimiento. También los gastos médicos y sanitarios.

En cuanto a la cuantía o determinación de los mismos habrá que estar al caso concreto, puesto que como dice el Código Civil se estará a “*los usos y circunstancias de la familia*”, por lo que se deberá determinar caso por caso cual es el nivel de vida de la familia en cuestión.

Respecto de la sociedad de gananciales los enumera en el apartado primero del artículo 1362¹⁰⁴, y serán a cargo de los bienes gananciales si existen suficientes, en caso contrario con bienes privativos en proporción a su cuantía.

Para el régimen de separación prevé el art. 1438 que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio según lo convenido entre ellos, a falta de tal lo harán proporcionalmente a sus recursos económicos, añadiendo que el trabajo para la casa se computará como contribución a las cargas dando lugar a obtener una compensación a la extinción del régimen de separación.

Como vemos, la primera opción que regirá entre los cónyuges en relación con las cargas del matrimonio será lo pactado entre ellos, pero debemos delimitar. Si bien es cierto que los cónyuges podrán pactar tanto el porcentaje o cuantía que a cada uno de ellos le corresponderá en este sentido, y también la forma de llevar a cabo este sostenimiento, lo que queda absolutamente vetado, en mi opinión, es el pacto por el cual se exonere completamente a uno de los cónyuges de esta obligación. Si bien en este punto la doctrina no es pacífica, entiendo que sería nulo el pacto que dispusiese tal exoneración puesto que sería contrario en primer lugar a la ley, por contravenir a la obligación impuesta por el legislador en los arts. 1318 y 1438 como deber conyugal imperativo, y en segundo lugar, por ser

¹⁰⁴ En relación con la sociedad de gananciales el art. 1362 CC refiere “Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación”.

contrario al veto introducido por el art. 1328 respecto a las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge. Sin embargo entendemos posible el acuerdo por el que la contribución entre ambos cónyuges no sea proporcional, puesto que si la proporcionalidad se fija como regla subsidiaria a falta de estipulación, entiendo que sí cabe la estipulación que se aparte de la regla fijada como supletoria por el Código Civil, es más si no fuera así no tendría razón de ser que se dejara la puerta abierta a la posibilidad de pacto, para que el éste fijara lo mismo que la Ley.

En cuanto al régimen de participación, será de aplicación lo dicho para el régimen de separación de bienes, dado el carácter su supletorio en lo no establecido para éste régimen de conformidad con lo dispuesto en el art. 1413.

Tenemos que decir que lo expuesto hasta el momento se entiende referido a las cargas del matrimonio durante la subsistencia del mismo.

En el momento que surge la crisis conyugal seguida de un procedimiento de separación o divorcio, el concepto de cargas del matrimonio cambia. Se tiene que diferenciar esta figura de la pensión de alimentos a favor de los hijos, o la pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges que por sentencia se puede fijar, bien por homologar un acuerdo al que han llegado los cónyuges, bien por dictaminarlo en un proceso contencioso. Al margen de éstas pensiones pueden existir algunas cargas del matrimonio que subsistan y hasta su desaparición se tendrán que cuantificar y fijar su contribución.

Para la autora mencionada anteriormente, en este punto las cargas del matrimonio son *“principalmente, aquellas obligaciones que, contraídas frente a terceros por los cónyuges anteriormente a la separación o divorcio –durante el funcionamiento regular del régimen matrimonial– deben seguir siendo afrontadas hasta su extinción.... En concreto, las distintas audiencias provinciales vienen entendiendo que, en este periodo, las cargas del matrimonio son los pagos ocasionados por la amortización del préstamo hipotecario constituido para la compra de la vivienda conyugal, así como todos aquellos generados con ocasión de la propiedad de este inmueble”*.

Aquí punto discrepo con la mentada autora respecto de la consideración del pago de las cuotas del préstamo hipotecario constituido para la compra de la vivienda familiar como carga del matrimonio.

Según lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la Sentencia 188/2011 de 28 de marzo¹⁰⁵, la hipoteca no se considera carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del Código Civil porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ya el Tribunal Supremo se había pronunciado en el mismo sentido, STS 991/2008, de 5 de noviembre, Recurso N° 962/2002, Ponente Encarnación Roca Trias, expresando: *“La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce por el art. 90, d) del Código civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el art. 1362, 2ª del Código civil. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante”*.

¹⁰⁶ En este punto tenemos que incluir la precisión que hace la profesora Moreno-Torres al referir que el Derecho valenciano se apartaba del común en este punto considerando al pago del préstamo hipotecario una carga del matrimonio; así lo recoge en: MORENO-TORRES HERRERA, M. LUISA, “El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio”, In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero, 2017, *“La cuestión había recibido una solución distinta en el Derecho valenciano, que adopta un concepto de cargas del matrimonio más amplio que el seguido en el CC español. El art. 9.3 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (BOE nº 95 de 20.04.2007), declarado inconstitucional por STC, Pleno, 28.04.2016, (RTC 2016/82; MP: Encarnación Roca Trías) incluía entre las cargas del matrimonio “Los gastos de adquisición, conservación y mejora de los bienes y derechos de titularidad conjunta y los mismos gastos en relación con los bienes de titularidad privativa de alguno de los miembros de la familia, pero sólo en proporción al valor de su uso, cuando este corresponde a la familia y se ejercite efectivamente por ella”. En aplicación de lo dispuesto en este artículo, la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 25.03.2015 (RJ 2015/4989; MP: Juan Climent Barbera) declaró como doctrina jurisprudencial que “los pagos realizados por uno u otro cónyuge durante el tiempo de convivencia para satisfacer las cuotas de amortización hipotecaria de la vivienda podrán conceptuarse como contribución a cargas del matrimonio sin perjuicio del derecho del cónyuge a ser reembolsado por otro en los términos del artículo 11-2 de la citada ley autonómica cuando no guarde la debida proporción con su valor en uso”*.

Continúa la sentencia, recogiendo anterior doctrina del Supremo, diciendo que la noción de cargas del matrimonio, (sentencia TS 31-05-06), debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos (artículo 103-3ª del Código Civil).

Por tanto no cabe considerar como carga del matrimonio el pago de las cuotas correspondientes al pago del préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar, constituyendo éste una deuda de la sociedad de gananciales, en su caso, o si estamos ante un matrimonio con régimen de separación de bienes se estará a la normativa aplicable a tales bienes que será la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas.

Posteriormente el Alto Tribunal se ha mantenido esta misma postura, recogida en la Sentencia de 28 de marzo 2011: *“Discute el recurrente si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del Art. 91 CC , de modo que la sentencia recurrida impone el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Señala que entre las Audiencia Provinciales existen dos líneas de solución: a) la representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de fechas 3 marzo 2006, 2 enero 2003, 7 enero 2000, 18 octubre 1999, 13 octubre 1998 y 8 febrero 1999, y las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 27 junio 2005, 9 julio 2003 y 6 julio 2005. En ellas se excluye la naturaleza de carga familiar y, además, se argumenta que esta Sala requiere el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; b) en contra de esta línea, aporta el recurrente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 21 febrero 2005 , 29 junio 2004 y 29 mayo 2001 , en el sentido que aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de*

cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas.

Entiende también que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, independientemente de quién sea el atribuido del uso, no tiene el carácter de carga del matrimonio, por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altere.

El motivo se estima.

Los arts. 90 y 91 CC imponen a los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. A esta dificultad se une la cuestión relacionada con la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor que con ellos se quede, la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (Art.142.1 CC) y el régimen de bienes que rige la economía del matrimonio, de acuerdo con cuya reglamentación se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.

En este conjunto de temas, se debe primar el factor de protección a los hijos, al que responde la regla de la atribución del uso de la vivienda y que ha producido como resultado, no deseable en general, dejar de lado las reglas del régimen de bienes que rigen la forma de su adquisición constante matrimonio para fijar la atención en los demás problemas.

De acuerdo con este planteamiento, que responde a las actuales tendencias en derecho de familia, se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los Arts. 90, D) y 91 CC y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien.

1º La primera pregunta contenida en este recurso a que debe responder esta sentencia corresponde a si constituye o no carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar. La respuesta de esta Sala es negativa y así nos hemos ya pronunciado en la sentencia de 5 noviembre 2008, donde se dice que: "a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el Art. 90D CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de

gananciales y por lo tanto, incluida en el Art. 1362, 2ª CC. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante".

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC , que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el Art. 1362, 2 CC , "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes". Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad".

Dicho lo precedente, tenemos que referir que los pactos que realicen los cónyuges en esta materia tienen preferencia respecto de lo dicho, eso sí tendrá eficacia entre las partes, sin afectar a la responsabilidad que contrajeron con el tercero. Así lo recoge la jurisprudencia:

"La obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial siendo doctrina reiterada de esta Sala que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación (STS de 4 noviembre de 2011), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada por la sentencia recurrida se compadece con el acuerdo de las partes en esta materia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya habían admitido su validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997 (SSTs 31 de marzo 2011 ; 20 de abril y 10 de diciembre 2012), sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados que proclama el artículo 1255 CC , permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses, como aquí sucede. No se configura, por tanto, como un cambio de medidas por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura, en este caso de la

separación matrimonial y no del divorcio, cuando a este le precede aquel, sino de un contrato que debe mantenerse en el procedimiento de divorcio. De un lado, porque que sirve para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. De otro, porque en dicho pacto no se contempla el cambio a partir de una situación económica distinta del obligado, sino que se acuerda el pago íntegro de las cuotas del préstamo hipotecario con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro y de los derechos del acreedor derivadas del préstamo, que no se ven alterados por ese pacto”¹⁰⁷.

Por último remarcar, que pese a constituir las cargas del matrimonio una materia incluida dentro de lo que llamamos régimen económico primario y como tal está previsto y regulado por el Código Civil, existe margen para el pacto entre los cónyuges, tanto constante matrimonio como una vez producida la separación o la disolución del mismo para fijar tanto el nivel de vida que llevará la familia, que determinará el contenido de ésta figura, como el porcentaje o la forma de asumir cada uno de ellos la contribución a las mismas. Lo que no cabría, a mi entender, como ya se ha puesto de manifiesto, es el pacto por el cual uno de los cónyuges se viera totalmente exento de contribución a las cargas del matrimonio. En defecto de pacto regirá lo establecido legalmente, no pudiendo quedar por tanto esta materia sin previsión.

1.3.2. Litis Expensas

Como un tipo de carga del matrimonio específico prevé el artículo 1362 del Código en su 3ª causa la figura de Litis expensas: *“Cuando un cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en los litigios que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán de cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida al primero, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la obtención del beneficio de justicia gratuita”.*

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 250/2013, de 30 de abril, Recurso Nº 988/2012, ponente José Antonio Seijas Quintana.

En cuanto a éste último inciso que señala el citado artículo, respecto de que el cónyuge que carezca de bienes propios no pueda obtener el beneficio de la justicia gratuita por la posición económica del otro, existía diferentes posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de la necesidad de la previa solicitud y denegación de ésta.

La controversia ha sido zanjada en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo 184/2012, de 2 de abril, ponente Encarnación Roca, por la que se establece: *“Las litis expensas aparecen reguladas en el art. 1318.3 CC, dentro de la regulación de las cargas del matrimonio... La litis expensas tienen un origen jurisprudencial, derivadas del deber de alimentos entre cónyuges ... El art. 1318.3 CC contiene una redacción poco clara que además, debe complementarse con el art. 3.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que establece que los medios económicos del solicitante de justicia gratuita serán valorados individualmente, cuando dicho “solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia”.* De la interpretación conjunta de ambas disposiciones... hay que llegar a las siguientes conclusiones en la que se refiere a la aplicación del beneficio cuando un cónyuge litiga en contra del otro:

1. *En primer lugar, los gastos que el cónyuge acredite para seguir un litigio que sostenga contra el otro cónyuge, deben ser costeados por el caudal común.*
2. *A falta de caudal común, el cónyuge que no tenga bienes propios debe acudir al beneficio de la justicia gratuita, porque sólo hay derecho a litis expensas a costa del otro cónyuge cuando la posición de éste le impida al litigante obtener el beneficio y a la vista de lo que dispone el art. 3.3 Ley 1/1996, en este caso la existencia de intereses familiares contrapuestos permite la valoración individual de los medios económicos del litigante, por lo que la posición económica del cónyuge “rico” no va a impedir la obtención del beneficio de la justicia gratuita.*
3. *Subsidiariamente, cuando ello no sea posible, deberá aplicarse la última parte del art. 1318.3 CC, de modo que los gastos judiciales se “sufragarán a costa de los bienes del otro cónyuge”. Es en este momento en que interviene la previsión del art. 36.4 de la Ley*

1/1996, que prevé la coexistencia de las litis expensas y del beneficio de justicia gratuita”.

Por tanto, tal y como sentó el Alto Tribunal, a falta de bienes comunes, solo deberá pagar el coste del pleito el otro cónyuge cuando la computación de los recursos e ingresos por unidad familiar impiden al que carece de recursos obtener el beneficio de justicia gratuita, siendo por tanto imprescindible la previa solicitud de ésta para que resulte obligado a sufragar las litis expensas el cónyuge con posibles.

Por último apuntar, que formando parte las litis expensas del contenido régimen económico primario, cuando se termine ese régimen económico, sea cual sea, cesará la obligación de las litis expensas. De esta forma lo expresa Bayo delgado¹⁰⁸ *“Aquí interesa destacar que precisamente porque deriva del régimen matrimonial primario base de los arts. 67 y 68 del Código Civil, cuando media separación esos deberes interconyugales ya no rigen y por ello desaparece su fundamentación. En otras palabras, en sentencias de separación, divorcio o nulidad no proceden litis expensas. A esta conclusión llega acertada mente la S.A.P., Zaragoza (cuarta), de 10 de octubre de 1994. Ello no obsta para que el artículo 103.2ª del Código Civil, cuando todavía no hay separación definitiva (pero sí estamos en medidas provisionales de divorcio, por cambio de circunstancias), prevea litis expensas”.*

Siendo, como ya hemos apuntado, un tipo específico de carga del matrimonio lo dicho sobre la posibilidad de pacto en el apartado anterior es traslativo a la obligación de litis expensas.

1.3.3. Potestad doméstica

Podemos decir que la potestad doméstica es la facultad que tiene cualquiera de los cónyuges para realizar actos o transacciones cotidianas, dentro de la administración general de la economía de un matrimonio, tendentes a satisfacer las necesidades usuales de la familia.

¹⁰⁸ BAYO DELGADO, JOAQUÍN, “Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia”, en ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN SAN, “Régimen económico matrimonial...”, ob. Cit., pág. 99.

El Código Civil en el art. 1319 lo explica así: *“Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y circunstancias de la misma.*

De las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

Como recoge el citado artículo cualquiera de los cónyuges podrá realizar estos actos indispensables para atender las necesidades ordinarias de la familia, pues en caso contrario supondría una paralización de las tareas más ordinarias que se presentan en el día a día de una economía doméstica. Piénsese, por ejemplo, que para ir a comprar a un supermercado, adquirir un billete de autobús urbano, para contratar el servicio de una lavandería o para llevar pagar la factura del teléfono, fuera necesaria la actuación conjunta de ambos cónyuges.

Por tanto siempre que supongan gastos ordinarios, corrientes, y acordes con el nivel económico de la familia, se entenderán que están dentro de la potestad doméstica y podrán ser llevados a cabo por cualquiera de los cónyuges, y sea uno u otro quien los haya contratado o llevado a cabo, responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que los hubiere realizado y, si éstos no existen o no son suficientes, subsidiariamente los del otro consorte.

Con anterioridad al año 1975 correspondía a la mujer la gestión del hogar, y al hombre los actos de administración de todos los bienes del matrimonio; pero tras la reforma legislativa y la entrada en vigor de la Constitución que proclama la igualdad plena entre el hombre y la mujer, tanto la administración de los bienes comunes del matrimonio como la potestad doméstica les corresponden a ambos cónyuges.

Inciendo en la responsabilidad de los bienes que fija el art. 1319 CC, tenemos que ponerlo en relación con el art. 1365 CC que también habla de

la responsabilidad directa de los bienes gananciales en determinados ámbitos¹⁰⁹. En este punto Bustos¹¹⁰ entiende que ambos se deben poner en conexión con el art. 1369¹¹¹, y de conformidad con este último la responsabilidad será solidaria desde el momento de la exigibilidad de la obligación con la sociedad de gananciales y el patrimonio del deudor, y respondiendo solamente de forma subsidiaria el patrimonio del otro cónyuge, siendo ésta última una garantía adicional para los acreedores cuando se trate de obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica y no en otras deudas de la sociedad de gananciales; siendo además mayor el contenido del art. 1365 que el del art. 1319.

En cuanto al deslinde entre cargas del matrimonio y potestad doméstica, la citada autora manifiesta: *“Mientras que las cargas del matrimonio se ubican en las relaciones internas del pasivo y se miden con los parámetros que en este ámbito funcionan, como es la adecuación del gasto al nivel de vida de la familia y la correspondencia con los recursos económicos reales del núcleo familiar, la potestad doméstica se aplica frente a los acreedores. Aquí rige el criterio de la apariencia cuando actúa un cónyuge en dicho ámbito, por lo que no resultará extraño que el proveedor de la familia ignore si se da o no dicha correspondencia. La protección del tercero queda garantizada si el acto aparece externamente adecuado a los usos y circunstancias de la familia, conforme al art. 1319 CC”*.

De esta manera se configura esta potestad como indisponible e irrenunciable, no pudiendo uno de los cónyuges eliminar o limitar la potestad del otro ni renunciar a la suya, ni siquiera cabe pacto entre los cónyuges en alguno de los sentidos expuestos. Por tanto esta materia está vetada su limitación o exclusión por pacto matrimonial.

¹⁰⁹ Art. 1365 CC *“Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1º En el ejercicio de la potestad doméstica o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio”*.

¹¹⁰ BUSTOS MORENO, YOLANDA, ob. Cit., pág. 384.

¹¹¹ Art. 1369 CC *“De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta”*.

1.3.4. Derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia

El Tribunal Supremo definió, en la Sentencia de 16 de diciembre de 1996, el domicilio conyugal como *“la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”*.

Art. 1320 *“Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial...”*

Según lo prescrito en este artículo, para realizar cualquier acto de disposición de derechos sobre la vivienda familiar y los muebles ordinarios de la familia es necesario que exista el consentimiento de ambos cónyuges aunque los bienes sean privativos de uno de ellos.

De esta forma la Ley ha querido preservar el domicilio familiar junto con los bienes muebles en que el matrimonio, y los hijos que conviven con ellos si los hay, desarrollan su vida. En diversos artículos del Código Civil se hace referencia al domicilio familiar, refiriéndose tanto constante matrimonio como surgida la crisis conyugal, para ofrecer una protección especial de éste a favor de los miembros de la familia más vulnerables, con independencia de la titularidad del mismo.

En cuanto a los actos para los cuales será necesario el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, el artículo transcrito habla de *“disponer de derechos”*, por lo que se debe entender que no solo se hace referencia a la venta o enajenación de esa vivienda, sino a otros actos que supongan la restricción de derechos en la misma.

En este sentido Vázquez Iruzubieta¹¹² entiende que el inmueble no podrá verse afectado por ninguna carga real sin el consentimiento mutuo.

¹¹² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Administración y Liquidación del Régimen Económico del Matrimonio. Interpretación básica Jurisprudencia. Formularios*, ed. Dijusa, Madrid, 2004, 1ª edición, pág. 103.

Sin embargo entiendo que *“En cuanto a las obligaciones personales, la vivienda sigue respondiendo como cualquiera otro bien propio o común, en la forma y bajo las condiciones que la ley establece. Esta diferenciación se funda en la circunstancia de que los derechos reales establecen una relación directa entre el titular y el bien, mientras que los derechos personales establecen una relación indirecta respecto todos los bienes del deudor, como que es la masa patrimonial la que constituye la prenda común de los acreedores”*.

En cuanto a la posibilidad de que los cónyuges por pacto excluyan este derecho sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario, entiendo no es posible, puesto que su razón de ser, como hemos manifestado, es la protección que se dispensa a la familia, y ésta es un bien jurídico protegido superior opino que indisponible.

1.3.5. Atribución del ajuar doméstico al cónyuge supérstite

La especial vinculación que acabamos de ver que tiene la vivienda habitual y el ajuar doméstico, en cuanto a bienes tendentes a satisfacer la necesidad de la familia de establecerse, convivir y desarrollar su vida, se ve también reflejada en la atribución del ajuar doméstico al cónyuge supérstite.

En la Sentencia dictada por la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 7 de marzo de 2005, se definía el ajuar doméstico como el conjunto de bienes, muebles, objetos, electrodomésticos, vestuario, utensilios y demás enseres existentes en la vivienda familiar.

Según el art. 1321 *“Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”*.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”.

De esta forma la Ley acota lo que tenemos que entender por ajuar doméstico, restringiendo su cabida a bienes de un valor extraordinario, así como a las joyas, obras de arte o históricas.

Esta atribución de la totalidad del ajuar doméstico al cónyuge superviviente lo es con independencia del carácter ganancial o privativo de los bienes que lo integren, y sin ser computado en su haber hereditario.

También en sede de regulación de las crisis matrimoniales se regula la figura del ajuar doméstico. En este caso se permite y tiene prioridad lo pactado por los cónyuges, en procedimiento de mutuo acuerdo de nulidad, separación o divorcio, siendo materia indispensable a incluir en el convenio regulador, como dispone el art. 90 CC, el cual indica que el mismo entre otros extremos deberá contener la atribución del uso de la vivienda y ajuar doméstico. Aquí los cónyuges tienen la libertad de convenir que bienes incluyen en el ajuar doméstico y su reparto. En caso de no existir acuerdo será el Juez el que lo fije en Sentencia, de conformidad con lo establecido en el art. 96 CC, atribuyéndoselo a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Por lo expuesto podemos extraer que cabe pacto sobre el ajuar doméstico para el supuesto de crisis matrimonial, pudiendo realizar las previsiones bien en un pacto prematrimonial antes de que surja la misma o bien en el convenio regulador una vez ya iniciada ésta. Sin embargo lo que en ningún caso se podrá incluir en ninguna clase de pacto será una disposición del ajuar para el supuesto primero que tratábamos, como lo es en el caso de fallecimiento de uno de los esposos, puesto que imperativamente se atribuye al cónyuge superviviente por imperativo legal.

1.3.6. Necesidad de actuación conjunta de los cónyuges

“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de los que se determina en los artículos siguientes”, así reza el artículo 1375 CC, al tratar sobre la administración de la sociedad de gananciales.

De este modo, la primera regla que rige es la libertad de los cónyuges para que pacten lo que tengan por conveniente y dispongan en capitulaciones matrimoniales.

A falta de esta elección, la legislación prevé la necesidad de actuación conjunta de los cónyuges.

En sede de disposiciones generales, referentes a cualquiera que fuere el régimen económico que rija en el matrimonio, se dispone en el art. 1322 CC *“Cuando la Ley requiera para un acto de administración de disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresamente o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.*

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”.

Como regla general la Ley prevé que la sanción para la falta de consentimiento de uno de los cónyuges sea la anulabilidad, puesto que tales actos pueden ser convalidados de forma expresa o tácita, siendo el propio cónyuge que no prestó su consentimiento o sus herederos quienes están legitimados para el ejercicio de dicha acción.

Sin embargo para los actos gratuitos sobre bienes comunes, el Código Civil sanciona con la nulidad absoluta, sin que en este caso quepa la convalidación.

Tal y como empieza el artículo transcrito 1375 CC, “en defecto de pacto”, nos expresa claramente que en esta materia de deja la puerta abierta para que los interesados puedan establecer las reglas que convengan en cuanto a la gestión y disposición de los bienes gananciales.

1.3.7. Libertad de contratación entre cónyuges

Art. 1323 CC *“El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.*

Esto no siempre ha sido así. En el Código Civil no existía ningún precepto que regulara la contratación entre los cónyuges, existiendo a lo

largo de todo el articulado del cuerpo legal numerosos preceptos que prohibían que se llevaran a cabo determinados contratos entre cónyuges¹¹³.

A diferencia de lo que ocurría antes de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la Ley permite realizar entre cónyuges cualquier clase de transmisión otorgada por cualquier título, y respecto de cualquier tipo de bienes, así lo pone de manifiesto, entre otras la STC 146/1994, de

¹¹³ Pone de manifiesto SOLCHAGA LOITEGUI, JOSÉ JAVIER, “Negocios jurídicos entre cónyuges”, en ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN SAN, “Régimen económico matrimonial...”, ob. Cit., pág. 129, que en la redacción originaria del Código Civil, *existían prohibiciones especiales que implicaban excepciones al principio general de capacidad de los cónyuges, estando inhabilitados éstos para celebrar entre sí los siguientes actos, según José CASTÁN TOBEÑAS (Derecho Civil Español Común y Foral, tomo I, vol. I, pág. 131, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1936):*

1) *Otorgar capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio (art. 1.315).*

2) *Alterar, después de celebrado el matrimonio, las capitulaciones otorgadas antes (art. 1320).*

3) *Otorgarse donaciones a excepción de los regalos módico hecho con ocasión de regocijo para la familia (art. 1334).*

4) *Recibir Cosa alguna un cónyuge del otro por donación o testamento, si el matrimonio tuvo lugar con infracción del art. 45 (art. 50, regla segunda).*

5) *Constituir dote el marido a favor de la mujer después de celebrado el matrimonio (art. 1.338).*

6) *Transigir el marido y la mujer sobre bienes y derechos dotales, a no ser en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos u obligarlos (art. 1.811).*

7) *Renunciar a la sociedad de gananciales, a no ser en el caso de separación conyugal (art. 1.394).*

8) *Venderse bienes recíprocamente, excepto cuando se hubiera pactado la separación de bienes o cuando hubiera separación judicial de los mismos (art. 1.541).*

9) *Celebrar permutas puesto que se rigen por las disposiciones concernientes a la venta (art. 1.541).*

10) *Contraer sociedad universal, por ser personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna dotación o ventaja (art. 1.677).*

11) *Celebrar el contrato de transacción, puesto que, según el Tribunal Supremo, la transacción exige, por su analogía con la venta, los mismos requisitos de capacidad en los otorgantes, y le alcanza por consiguiente la prohibición de celebrarla impuesta a los cónyuges (sentencia de 12 de diciembre de 1899).*

12) *Constituir el marido hipoteca en seguridad de la dote conferida después del primer año de matrimonio, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros (resolución de 6 de abril de 1894).*

Según Solchaga los obstáculos tradicionales a la admisión de los contratos entre cónyuges han sido los siguientes:

- *La consideración de ser los esposos una sola carne y para contratar es necesario la intervención de dos personas.*

- *La necesidad de licencia marital.*

12 de mayo, expresando: *“nuestro ordenamiento jurídico ha establecido tradicionalmente una regulación restrictiva de los contratos entre cónyuges ... La situación descrita ha experimentado una profunda transformación. En el marco del Derecho privado, además de las modificaciones específicas en materia de donaciones y compraventa entre cónyuges que han afectado a los citados arts. 1334 y 1458 del Código, la Reforma de 1981 ha dado nueva redacción al art. 1323 estableciendo la regla general según la cual el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos; se posibilita de esta manera la celebración de toda clase de contratos entre los cónyuges, únicamente limitada por las normas generales”*.

Por tanto a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia, el único límite que deben de tener en cuenta los cónyuges a la hora de celebrar contratos o transmitirse bienes entre sí es el respeto a las normas generales. De este modo por ejemplo, será necesaria la causa¹¹⁴ al ser un elemento esencial de cualquier contrato.

Considera San Ramón Moreno¹¹⁵ *“El reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en relación con la libertad de contratación entre los cónyuges, proclamado en el art. 1323 del CC, no ha dejado de tener sus detractores, al considerar que a esa libertad de contratación debería haberse impuesto algún límite, pensando en el posible fraude de acreedores o legitimarios y apuntando la posibilidad de que a través de esa libertad de contratación pueda modificarse, por vía indirecta, es estatuto económico del matrimonio, o vaciarse de contenido el régimen de*

¹¹⁴ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 *“La sentencia de instancia declara acreditado que el precio, además de extraordinariamente bajo, nunca se pagó: hecho que no se ha combatido, ni puede discutirse en casación, so pena de querer convertirla en una tercera instancia (sentencias de 21 de enero de 2000, 25 de enero de 2000, 23 de noviembre de 2000). Lo cual implica una falta de causa y, por ende, inexistencia del contrato. Por ello, se ha infringido la doctrina de la carga de la prueba (artículo 1214) al no darse falta de prueba cuya carga haya de distribuir, ni el principio de libre contratación entre cónyuges (artículos 1458 y 1323) ya que no ha habido contrato verdadero”*.

¹¹⁵ ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN SAN, *“Régimen económico matrimonial...”*, ob. Cit., pág. 41.

comunidad. Pero aunque esos riesgos existen y puedan convertirse en reales en la práctica; sin embargo, se arbitran medios legales en el propio CC suficientes para corregir esa clase de conductas fraudulentas”.

Tenemos que apuntar que la transmisión de bienes concretos del patrimonio de un cónyuge al del otro no supone un cambio de régimen económico matrimonial¹¹⁶.

1.3.8. Confesión sobre la propiedad de los bienes

Refiere el art. 1324 del Código Civil *“Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges”.*

En virtud de esta disposición los cónyuges pueden darles carácter privativo a un bien que en principio se presumiría ganancial¹¹⁷, o en caso que rija entre los cónyuges el régimen de separación de bienes a ambos por mitad¹¹⁸.

Para que sea válida esta confesión es necesario que el sujeto que la realice sea uno de los cónyuges; y el confesante debe de tener la capacidad de disposición sobre el bien concreto objeto de la confesión; en cuanto al tiempo en que debe realizarse deberá ser constante la sociedad conyugal; y en cuanto a los requisitos formales, en principio no se requiere ninguno, pudiéndose realizar de cualquier forma admitirla en derecho, tanto en vida como mortis causa.

¹¹⁶ En este sentido se ha pronunciado la Dirección General de Registros y Notariado en su resolución de 7 de octubre de 1992.

¹¹⁷ Art. 1361 *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges”.*

¹¹⁸ Así lo presume el art. 1441 *“Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”.*

Como refiere SOLCHAGA LOITEGUI¹¹⁹ “*La confesión no podrá hacerse, manifiesta Pedro AVILA ALVAREZ («El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, págs. 1.384 y sigs., noviembre-diciembre de 1981, núm. 547), cuando exista un título de propiedad de un cónyuge, que viniera a desmentir la confesión. Si un cónyuge ha adquirido por donación un inmueble, no puede confesar que es propiedad del otro cónyuge, porque esta confesión se desmentiría por un título y la inscripción (en su caso) a favor del confesante; para destruir éstos (título e inscripción) habría que probar la existencia de otro título posterior por el que se transmitiera la propiedad al otro cónyuge (v. gr., una donación del cónyuge propietario al otro, una compraventa, etc.), la propiedad se adquiere «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», y la confesión no es ese contrato que se necesitaría para la adquisición por el otro cónyuge”.*

Ahora bien tenemos que distinguir el valor de esta confesión según se trate inter partes o frente a herederos forzosos del confesante y acreedores. En cuanto a la eficacia entre partes podemos decir que será plena, sin embargo respecto de los acreedores y de los herederos forzosos del confesante no perjudicará, no siendo por tanto suficiente para desvirtuar las reglas generales de presunciones¹²⁰.

Los herederos forzosos no podrán impugnar la confesión hasta que se produzca el fallecimiento del confesante, así lo pone de manifiesto

¹¹⁹ SOLCHAGA LOITEGUI, JOSÉ JAVIER, ob. Cit., pág. 140, siguiendo a AVILA ALVAREZ, PEDRO, “El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 547, 1981, págs. 1384 y ss.

¹²⁰ La RDGRN de 13 de febrero de 1999 establece que “*la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (cfr. arts. 1231, 1239 y 1324 CC); pero no lo es menos que la presunción de ganancialidad tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge –o a ambos pro indiviso–, sino uno más de los medios de prueba”.*

Vázquez Iruzubieta¹²¹ diciendo, “*El interés de los herederos forzosos nunca ha de surgir antes de la muerte del confesante, quien, por documento público o privado o en el mismo testamento, confiesa acerca de la titularidad de determinados bienes. Será entonces cuando los herederos tengan la facultad de corroborar en qué medida tal confesión “aclaratoria” del dominio de ciertos bienes puede llegar a alterar sus derechos a la legítima.*

Con los acreedores, la situación es distinta. El conflicto puede presentarse vigente el matrimonio cuando se pretenda ejercer el derecho persecutorio sobre algunos bienes y medie la confesión de que habla este artículo. En tales supuestos no cabe duda que la confesión será a todas luces ineficaz porque los cónyuges tienen a su alcance medios legales y formas establecidas para separar debidamente los bienes privativos de aquéllos que pasan a integrar la masa de gananciales. La confesión será insuficiente para paralizar una acción de los acreedores contra tales bienes, pretendidamente sustraídos de la masa mediante este procedimiento, en tal caso, inaceptable”.

Como pone de manifiesto este autor, dada la posibilidad de contratar entre los cónyuges, tal vez sería más conveniente a la hora de que la privacidad del bien tuviera eficacia frente acreedores, el acudir a otro tipo de pacto.

En cuanto a la inscripción en el Registro de la Propiedad de estos bienes respecto de los cuales se ha producido la confesión de privatividad, se estará a lo dispuesto en el art. 95. 4 del Reglamento Hipotecario: “*Si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquella. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia”.*

¹²¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, ob. cit., pág. 131.

A *sensu* contrario, el art. 1355 CC permite “*Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.*”

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”.

Se desprende de lo transcrito que existe dos formas de atribuir la ganancialidad a un determinado bien, en primer lugar por el acuerdo expreso de los cónyuges que así lo convengan, o en segundo término por la voluntad presunta según lo dispuesto en el párrafo segundo.

Como expresa el citado artículo uno de los requisitos para que se pueda atribuir el carácter ganancial por voluntad de los cónyuges es que la adquisición sea a título oneroso, por lo tanto las adquisiciones a título gratuito no tendrán cabida en este artículo, aunque como dice Torralba¹²² se podrá atribuir ese carácter de ganancial a un bien adquirido a título gratuito dada la amplia libertad de contratación de los cónyuges, si bien no apoyándose en este artículo.

Otro de los requisitos que exige el artículo 1355 del Código Civil es el común acuerdo de los cónyuges, por lo tanto, en primer lugar tenemos que acotar, en cuanto al espacio temporal, que solo se puede llevar a cabo esta atribución constante matrimonio, es decir, que por ejemplo, una vez que exista el divorcio entre los cónyuges, aunque todavía no se haya producido la liquidación del régimen económico no se podrá realizar tal pacto. Después, tenemos que señalar que no es necesaria la concurrencia en la adquisición de ambos cónyuges en el momento de la adquisición, sino que es suficiente que habiéndolo señalado solamente uno de ellos con posterioridad se ratifique el otro cónyuge en idéntico sentido.

¹²² TORRALBA SORIANO, VICENTE, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1631.

En cuanto a la forma no es necesario que se otorgue en capitulaciones matrimoniales, sino que se puede realizar a través de pacto expresado sin necesidad de forma alguna.

1.4. Contenido Atípico. Posibles materias a incluir y materias excluidas

Como ya apuntábamos la finalidad primitiva de las capitulaciones matrimoniales es la de determinar el régimen económico matrimonial que regirá entre los cónyuges que las otorguen.

Pero igual de cierto es que cada vez más, son las parejas que no se limitan a fijar solamente su régimen económico sino que aprovechan el instrumento capitular para incluir toda una serie de pactos que exceden de lo damos en llamar el régimen primario.

Estos pactos, que no necesariamente necesitan ser otorgados mediante escritura pública, pueden recoger toda una serie de acuerdos, todos ellos por razón del matrimonio, de materias tanto de carácter personal como patrimonial, cuyo contenido podemos calificar de atípico, y que pueden ser orientadas a la vida conyugal pero también a regular los efectos de una crisis matrimonial.

Esta evolución de los pactos matrimoniales o prematrimoniales, la expresa Leonor Aguilar¹²³ de la siguiente forma: *“La figura de los pactos prematrimoniales está dejando de ser una rara avis en la práctica jurídica de nuestro país. Así lo demuestra la cada vez más abundante jurisprudencia menor, destinada a resolver litigios en los que marido y mujer discuten la validez o se reclaman mutuamente el cumplimiento de este tipo de acuerdos prematrimoniales, generalmente en el curso del pleito de separación o divorcio, y al hilo de la determinación de las medidas definitivas. Se trata, en la mayoría de las ocasiones, de matrimonios formados por personas provenientes de divorcios anteriores*

¹²³ AGUILAR RUIZ, LEONOR, Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 331848).

que, decididas a contraer nuevo matrimonio, acuerdan pactar anticipadamente y de forma consensuada las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de una eventual y futura ruptura.-

Los pactos prematrimoniales –en su mayor parte, otorgados ante Notario en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales en la que el futuro matrimonio elige el régimen de separación absoluta de bienes- son el instrumento que ofrece a los futuros cónyuges nuestro ordenamiento jurídico para encauzar esta manifestación de autonomía de la voluntad.

Con una incipiente regulación positiva de ámbito foral –la reforma de 2010 del Código Civil de Cataluña incorpora la que hasta ahora es la regulación más completa de la figura de los acuerdos prenupciales-, inédita en Derecho civil común, los pactos prematrimoniales plantean numerosas zonas “grises” en cuanto a su admisibilidad, soporte formal y contenido exigible judicialmente, que en gran medida dependen de la percepción y la interpretación que el Tribunal de instancia haga de los pactos prematrimoniales sometidos a su jurisdicción”.

Las razones son varias, entre las que se incluyen: incorporación de la mujer al trabajo fuera del hogar; la responsabilidad profesional de los cónyuges; matrimonios tardíos; familias recompuestas, etc.

Todo ello ha llevado a que poco a poco el legislador haya ido introduciendo pinceladas de autonomía que van permitiendo a los esposos configurar los efectos de su matrimonio cada vez con mayor libertad. Siendo a partir de la promulgación de la Constitución Española cuando el ordenamiento jurídico ha sido más proclive al cambio.

De esta manera lo explica Víctor Moreno¹²⁴ *“A la hora de buscar un reconocimiento legal de la autonomía de los cónyuges para pactar cuestiones relativas a su matrimonio debemos partir de los principios y derechos constitucionales, en concreto del principio de libertad y al libre desarrollo de la personalidad prevista en el artículo 10 de la Constitución Española.- La libertad es proclamada constitucionalmente como uno de los valores supremos del ordenamiento jurídico, tal y como prevé el artículo 1 de la Constitución Española. Ello supone que el Estado debe garantizar que los individuos puedan organizar libremente, y según sus intereses, su*

¹²⁴ MORENO VELASCO, VÍCTOR, *Autonomía de la voluntad...*, ob. Cit., pág. 12.

matrimonio y su familia, aunque, evidentemente, con ciertos límites constituidos por otros principios como el de igualdad, previsto en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española; seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 del texto constitucional; protección a la familia, previsto en el artículo 39.1 de la Carta Magna, y otros de menos calado constitucional, pero de igual importancia práctica, como la protección de los acreedores”.

1.4.1. Limitación de instar la separación o divorcio

Se trata de dilucidar en este punto si sería válido un acuerdo por el que los contrayentes, de cualquier forma, limitaran la separación o el divorcio. La forma más habitual de realizar esta limitación sería el establecimiento de alguna cláusula por la que se obligara a abonar determinada cantidad a costa del cónyuge que inste la separación o el divorcio.

En este punto es del todo necesario hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de febrero de 2003, en la que el caso enjuiciado versa sobre un matrimonio en cuyo pacto prematrimonial había incluido una cláusula por la que el marido debía abonar una cantidad de dinero, para indemnizar a su mujer, para el supuesto en el que cesara la convivencia conyugal, estableciéndose durante el primer año la cuantía de un millón de pesetas e incrementándose tal cantidad según el transcurso de los años de convivencia, y con independencia de la pensión compensatoria establecida en el art. 97 del Código Civil.

Una vez producida la ruptura la esposa hace valer tal cláusula y el Juzgado de 1ª Instancia la declara nula e inadmisibile, así llevado el caso ante la Audiencia de Almería ésta se pronuncia en idéntico sentido:

“... de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito del matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial... Por otra parte la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos

de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual”.

Pese a la claridad de la Sentencia hay autores en contra al pronunciamiento indicado, y a favor de la validez de éstos pactos. Así García Rubio¹²⁵ afirma *“Entiendo que dicho pacto debe reputarse plenamente válido y eficaz, oponiendo al razonamiento empleado por la Audiencia las dos objeciones siguientes: de un lado, que la consideración de que la pena convencional pactada limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado a su pago, olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, éste sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo con acuerdos como el descrito; y de otra parte, debe tenerse en cuenta que el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo que afirma la Audiencia, más que impedir, induce a la separación”*.¹²⁶

¹²⁵ GARCÍA RUBIO, M^a P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, Anuario de Derecho Civil, 2003, págs. 1669 – 1670.

¹²⁶ En el mismo sentido PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, “Controversia: Validez y eficacia de un pacto prematrimonial penalizador de la ruptura”, Jurisprudencia Derecho de Familia, 23 de julio de 2013, consultado en www.google.es/amp/s/jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2013/07/23/controversia-validez-y-eficacia-de-un-pacto-prmatrimonial-penalizador-de-la-ruptura/amp/, el 8 de abril de 2017, que expresa: *“...resulta un verdadero contrasentido que, partiendo de la declarada plena validez de los pactos económicos entre cónyuges en previsión de una ruptura matrimonial, se pretenda declarar nula una cláusula como la descrita, suscrita y asumida por el propio obligado a su cumplimiento en uso de su autonomía privada; la interpretación que ha de darse a este tipo de pactos patrimoniales debe ser absolutamente contractualista. Desde este punto de vista y si a tenor del Art. 1255 C.C los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público y si los contratos son obligatorios siempre que concurren los elementos esenciales para su validez (consentimiento, objeto y causa) como dispone el Art. 1261 C.C, y si no se demuestra en el pleito la falta de concurrencia de estos requisitos, la cláusula analizada debiera haber sido declarada plenamente válida y eficaz”*.

En este punto tenemos que reiterar que el art. 1328 del CC proscribire aquellos pactos que sean contrarios o limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

En base a este argumento han sido numerosísimas las sentencias que han declarado la nulidad de pactos matrimoniales por existir cláusulas de las que se deriva una desigualdad entre los cónyuges de los efectos de las mismas.

Pero sin embargo, este concepto de igualdad, ha venido siendo matizado cuando se trata de pactos de materias de libre disposición fundamentalmente de carácter patrimonial.

Así se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 26 de julio de 2013, donde se permite a los cónyuges la sustitución de aquellas normas de carácter dispositivo por los pactos que ellos hayan alcanzado, diciendo que la igualdad debe entenderse como *“un concepto relativo, en el sentido de que para examinar su concurrencia deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada”*.

Lo que deriva en la transición de la exigencia de igualdad hacia la exigencia de reciprocidad.

Resumiendo, el establecimiento de un pacto que en sí limita o prohíbe que uno o a ambos cónyuges instar la separación o divorcio entiendo que sería nulo de pleno derecho por contravenir la ley, dado que el artículo 81 del Código Civil, referido a la separación, y el art. 85 CC remitiéndose al primero, respecto del divorcio, solamente exigen el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio para que baste la petición de uno de los cónyuges para decretar la separación judicial o la disolución del matrimonio, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se suprimieron las causas de separación y divorcio¹²⁷.

¹²⁷ Al respecto la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la falta de necesidad o supresión de las causas para decretar la separación o divorcio: *“... la Sala no comparte el criterio del apelante: partiendo de la pérdida por parte de la esposa —cuando menos— de la “affectio maritalis”, existe el hecho admitido por las partes de que desde hace dos años hacen vida en habitaciones separadas. Pues bien, resultando ya de por sí contrario a cualquier lógica humana imponer una convivencia no deseada a una*

Por lo que la inclusión de pacto que limite o prohíba el ejercicio de cualquiera de éstas acciones además de contravenir el espíritu de la reforma operada en nuestro derecho de familia, que permite la separación o divorcio por la sola voluntad de uno de los cónyuges, lo que supondría limitar esa voluntad, vulneraría también el principio constitucional de libertad e iría en contra del libre desarrollo de la personalidad.

Además como señala Domínguez Luelmo¹²⁸ afectaría al requisito fundamental de consentimiento matrimonial, puesto que la mera solicitud de separación o de divorcio es señal inequívoca de haber cesado ese consentimiento inicial que se prestó cuando se contrajo, dado que hoy día al desaparecer las causas todo indica que el único requisito para la continuación del vínculo matrimonial es el consentimiento, así lo expresa: *“Se puede afirmar entonces que, tal y como se ha venido a configurar el matrimonio por la Ley 15/2005, nos encontramos ante una institución jurídica que se basa en la existencia constante del consentimiento de los dos cónyuges. El matrimonio se inicia sobre la base del consentimiento de dos personas, y va a subsistir siempre que se mantenga constante ese consentimiento. Por ello concluye con la manifestación realizada por uno o por los dos cónyuges de que ya no mantienen ese consentimiento*

persona, con la última situación descrita no cabe duda que se está produciendo una violación al menos reiterada de los deberes conyugales, entre los que se encuentra, según el art. 68 del CC, los de vivir juntos..., que mal puede entenderse cumplido en la situación descrita, porque los términos indicados no pueden ser interpretados de una forma absoluta y total. Por otro lado, y para contestar a la petición subsidiaria que se articula en este motivo, es claro que tal solicitud (declaración de culpabilidad de la esposa) no puede admitirse porque, en primer lugar, se trata de una alegación deducida “ex novo” en este momento procesal; pero es que, además, la actual regulación de las crisis matrimoniales introducida en el CC por la Ley 30/1981, de 7 de junio, ha establecido un sistema de superación de los antecedentes criterios de culpabilidad o inocencia en cuanto determinantes no solo de las causas por las que podría declararse la separación o el divorcio, sino también de los efectos complementarios del nuevo estado civil, como lo demuestra el hecho de que se introduzcan en la nueva regulación una serie de causas no culposas y que se admita la suspensión o disolución del vínculo por mutuo acuerdo. Y de cualquier forma, careciendo de todo tipo de consecuencias una declaración en el sentido que pretende la parte apelante, carece de relevancia, interés o necesidad, la petición que se formula”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 19 de enero de 2004.

¹²⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil”, Revista Jurídica de Castilla y León, Nº 13, Agosto, 2007.

(divorcio), o de que lo mantienen pero sujeto a la separación. Resulta así que el matrimonio se basa en la actualidad en una sistema absolutamente consensual, tanto en lo que se refiere al momento de constitución de la unión como respecto al momento del fin de la relación y, en su caso, extinción del vínculo. Los derechos y deberes inherentes al matrimonio van a subsistir mientras así lo quieran ambos cónyuges, y desaparecerán por voluntad bilateral o unilateral de cualquiera de ellos”.

Cosa distinta es el establecimiento de cláusula que establezca una indemnización en caso de separación o divorcio que deberá satisfacer el cónyuge que inste la separación o divorcio a favor del otro.

Si bien es cierto que en cierta manera limita o digamos que “desfavorece” a que se pueda iniciar el procedimiento para poner fin al matrimonio, tratándose de una cuestión económica y plenamente aceptada por ambas partes, siempre y cuando respete las demás exigencias de igualdad entre los cónyuges y otros requisitos, será válida.

Frente a éstas, nos referíamos que son nulas aquellas que por ejemplo establecieran un límite temporal para el ejercicio de la acción de separación o divorcio, o que fijaran requisitos en función de la existencia o no de hijos o la edad de éstos.

Volveremos a incidir sobre la validez de cláusula por la que se establece una indemnización económica por razón de separación o divorcio con ocasión de su inclusión en un pacto prematrimonial que regule los efectos de una futura crisis.

1.4.2. Pactos sobre establecimiento de causas de separación o divorcio

En virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, entre otras novedades, se suprimen las causas de separación y divorcio.

Así no es necesario para obtener la separación o el divorcio alegar ni probar causa alguna, bastando solamente la voluntad de uno de los cónyuges y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio.

Estando así las cosas, entiendo, que el introducir mediante pacto la necesidad de concurrencia de alguna causa iría contra la citada Ley y además contra la libertad y el libre desarrollo a la personalidad principios constitucionales, que entiendo su vulneración harían que los pactos en este sentido se reputaran nulos.

1.4.3. Pactos sobre los deberes conyugales

Por el hecho de contraer matrimonio se derivan una serie de efectos personales, o como dice el Código Civil en el Capítulo V del Título IV del Libro I, una serie de derechos y deberes entre los cónyuges.

Tenemos que poner de manifiesto que estos deberes conyugales no constituyen verdaderas obligaciones puesto que carecen de coercibilidad, ya que su incumplimiento no comporta sanción jurídica y no puede dictarse su cumplimiento forzoso¹²⁹.

¹²⁹ Pese a aceptar que los deberes conyugales no son coercitibles, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en *Daños en el Derecho de Familia*, VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2006, pág. 164; señala que sí que su incumplimiento puede ser objeto de indemnización, aunque la doctrina no es pacífica en este tema, así expresa: *“La doctrina española se encuentra dividida en esta materia. Por un lado se afirma que «el legislador no ha tomado la iniciativa de apreciar responsabilidad en los supuestos de separación y divorcio, pero tampoco ha excluido expresamente éstas. Y frente a esa no exclusión, tenemos el texto del viejo art. 56 CC, confirmado con el número 68 por el legislador, caracterizando a la convivencia, la fidelidad y el socorro como verdaderas obligaciones. El hecho de que no sean coercibles no les priva de su juridicidad, sino que, al contrario, hace tanto más urgente arbitrar los medios precisos para mantenerlas en pie en esta condición suya plenamente jurídica. Medios que habrán de consistir en la sanción del incumplimiento: se trata de deberes concretos impuestos por una norma, que no podrían tener consideración o trato inferior a los impuestos mediante un contrato, obligaciones legales sin carácter patrimonial pero cuya infracción produce a veces consecuencias económicas y en todo caso un daño moral resarcible, y a ellas habremos de aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones –las llamadas culpa contractual, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales– y en último término las relativas al ilícito civil»*. No hay que olvidar que los deberes jurídicos «integran el núcleo mismo la causa del negocio matrimonial», se encuentran determinados en la ley y su carácter personal no justifica que se pueda dañar impunemente en el matrimonio, teniendo en cuenta que el deber de indemnizar el daño causado tiene un contenido patrimonial y es, por tanto, una obligación en sentido técnico...

Sin embargo, pese a lo manifestado, sí que podemos señalar una consecuencia jurídica del incumplimiento de los deberes conyugales, y es la desheredación del cónyuge que ha incumplido grave y reiteradamente estos deberes, según el art. 855 del CC¹³⁰.

Como caracteres de estos pactos tenemos que destacar:

- Rigen solamente para los cónyuges. A diferencia de los efectos patrimoniales del matrimonio que sí pueden afectar a terceros, los efectos personales solo se establecen para los contrayentes.
- Son recíprocos. Tras la consagración de la igualdad del hombre y la mujer desaparecieron los deberes individuales, que obligaban solo a la mujer a su cumplimiento, esto fue así hasta la promulgación de la Ley 18.802, de 9 de junio de 1989.
- Contenido ético. Como manifestamos con anterioridad son deberes de marcado contenido ético, sin que su incumplimiento tenga consecuencias legales.
- Necesarios. Para el cumplimiento de los fines del matrimonio el legislador ha entendido necesario incluir estos deberes.

Estos deberes conyugales se encuentran recogidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, que junto con el art. 66 son los que se leen en el acto de la ceremonia por la que se contrae matrimonio de forma civil.

Además de los caracteres que hemos indicado, todos estos deberes están presididos por la plena igualdad jurídica de los cónyuges, proclamada en el último artículo mencionado, el 66 CC *“Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”*.

Por el contrario otros autores señalan que «tratándose de deberes que sólo pueden ser cumplidos por libre decisión moral de uno y otro cónyuge parece contradictorio que puedan arbitrarse medios dirigidos a la compulsión indirecta de aquéllos».

Y en cuanto a la posición de los Tribunales la autora menciona que pese a que el Tribunal Supremo no es demasiado proclive a su admisión, parece que los tribunales comienzan, según su apreciación, a admitir la aplicación del art. 1902 CC en el campo del derecho de familia, sobre todo en los casos de daños dolosos.

¹³⁰ Artículo 855 CC *“Serán justas causas para desheredar al cónyuge además de las señaladas en el artículo 757 con los números 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes:*

1ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales ...”

En virtud de lo dicho, tenemos que señalar en este momento, que los caracteres de estos deberes, hacen que los mismos sean indisponibles, y con carácter general, no cabe pacto entre los cónyuges respecto de los mismos. Pues en primer lugar como hemos señalado son necesarios para el cumplimiento de los fines del matrimonio, por lo que no se pueden suprimir; en segundo lugar, tenemos que tener en cuenta su reciprocidad, así lo recalca el Código Civil remarcando la expresión “mutuamente”, que impide que se pueda introducir cualquier desequilibrio entre los cónyuges, que junto con la proclamada igualdad entre ambos, veta cualquier pacto que suponga una diferenciación entre los deberes de ambos cónyuges.

Además, como acabamos de decir, son indisponibles por lo que no se pueden limitar ni condicionar, así en virtud del artículo art. 45 CC, un pacto en este sentido se tendrá por no puesto, se haya otorgado en cualquier momento tanto anterior al matrimonio como coetáneo o posterior al mismo, ya que el consentimiento matrimonial es un consentimiento de adhesión a un determinado estatuto jurídico conformado, entre otras normas, por los arts. 67 y 68 Código Civil.

Otra cosa diferente es el pacto no en sentido de exclusión de los deberes matrimoniales, sino el acuerdo por el que se penaliza el incumplimiento de alguno de ellos.

Para Silvia Gaspar¹³¹ este pacto es posible, así lo manifiesta: *“Precisamente, un acuerdo prenupcial consistente en fijar una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes incoercibles que derivan del matrimonio, permitiría dar trascendencia jurídica a estos últimos, eliminando incertidumbres tanto sobre la posibilidad de obtener resarcimiento como sobre su determinación. Y en cuanto a su validez, no parece que quepa cuestionarla, pues a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, los que ahora consideramos no comportan una alteración del contenido indisponible del matrimonio. Los cónyuges simplemente asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber de no hacer, de carácter personalísimo, configurando así, de conformidad con sus*

¹³¹ GASPAR LERA, SILVIA, “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. III, págs. 1042 – 1074.

planteamientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir". Pero la misma autora reconoce que existe parte de la doctrina que mantiene la tesis contraria, así recoge que ciertos autores han manifestado estos pactos de indemnización por incumplimiento por alguno de los cónyuges de un deber matrimonial deben ser considerarse nulos, puesto que los artículos 67 y 68 del Código Civil *"son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente de un deber conyugal incumplido"*.

Comparto opinión con López de la Cruz¹³² en que la finalidad de la indemnización o compensación por los daños injustamente sufridos no es la

¹³² LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA, "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales", In Dret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, octubre 2010, pág. 15: *"Pues si bien es cierto que tras la reforma del Derecho de familia de 2005, no es preciso alegar ningún motivo para obtener la separación o el divorcio, ello no debe ser interpretado en el sentido de que el incumplimiento de los deberes conyugales no constituya hoy día causa de separación o divorcio, sino más bien al contrario, la separación o el divorcio no requieren como presupuesto legal necesario el incumplimiento de los deberes conyugales. Es decir, es evidente que, en caso de que un cónyuge incumpla los deberes que le imponen los artículos 67 y 68 C.C. – y no necesariamente de manera grave o reiterada – una de las soluciones posibles para solventar la cuestión es acudir a la separación o el divorcio, con la ventaja de que en la actualidad no se requiere un juicio de valor por parte de la autoridad judicial acerca de si procede tal solución jurídica, sino que bastará con la propia voluntad del solicitante. Si el cónyuge se niega a la convivencia, no colabora con las tareas domésticas, muestra desinterés por los asuntos del otro o es proclive a la infidelidad, una forma de poner fin al problema es con la extinción del vínculo conyugal, y no a través de otros mecanismos que, en principio, no han sido diseñados para resolver estas cuestiones y con los que se corre el riesgo de lesionar valores jurídicos que pueden entrar en conflicto.*

Primero, porque la finalidad fundamental del Derecho de daños es la indemnización o el resarcimiento de los perjuicios injustamente sufridos, y no la de sancionar al sujeto que los ocasiona. Además, porque plantear el posible recurso a la acción indemnizatoria para tratar de limitar por esta vía determinado tipo de conductas podría suponer un grave atentado al principio de libertad personal que consagra nuestra Constitución y que constituye el eje sobre el cual se ha hecho pivotar la reciente reforma del divorcio. Otra cosa es, sin duda, que la hipotética lesión de los derechos de una persona no deba quedar impune por el mero hecho de que el causante del daño sea su cónyuge. Por lo que bien puede deducirse que la clave del problema está en determinar qué comportamientos originan daños resarcibles y cuáles otros, aun constituyendo violaciones de los deberes entre cónyuges, no deberían dar derecho a una indemnización".

de sancionar o castigar al cónyuge que los ocasiona, sino la de resarcir por el daño injustamente causado, por lo que no todo incumplimiento de los deberes conyugales deberá ser objeto de resarcimiento por parte del incumplidor, sino solamente aquellos casos en que como consecuencia de esa inobservancia se haya producido un daño en el otro cónyuge.

Así lo viene recogiendo la jurisprudencia, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Nº 597/2004, de 2 de noviembre: *“Y hemos de tomar en consideración, la aparición progresiva en la doctrina y la jurisprudencia de excepciones a la regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales, (estudiado por doña Trinidad), y que entre tales excepciones, pueden destacarse la exclusión de los daños dolosos. En esta corriente, podemos hacer referencia al Tribunal Supremo Alemán que ha reconocido excepcionalmente el derecho a ser indemnizado, por causación dolosa de daños contra bonos mores, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad, como cita Juan Antonio, en su estudio sobre Relaciones Familiares y Límites del Derecho de Daños, estimando que se trataría de un hecho generador de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado... Si bien hemos considerado que la concepción de los tres hijos por los demandados ha de considerarse un hecho negligente, y que el ocultamiento de la paternidad biológica al demandante es un hecho doloso, al carecer nuestro ordenamiento jurídico de normas específicas que regulen el nacimiento de la responsabilidad en estos supuestos, compartimos el criterio de la juzgadora de instancia, y que también recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 , cuando nos dice que la aplicación del artículo 1902 puede originar una reparación del daño causado que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, y que los perjuicios que reclama el actor deben ser resarcidos al amparo de este precepto”*.

1.4.3.1. Deber de respeto

En virtud de este deber ninguno de los cónyuges podrá interferir en la esfera íntima y personal del otro.

Debe existir entre ambos componentes del matrimonio lealtad y respeto personal, evitando cualquier menosprecio o lesiones en la dignidad del otro miembro del matrimonio.

Cualquier injerencia en las ideas, religión u otras esferas personalísimas, supondría una violación de éste deber.

Teresa Marín¹³³ señala además que *“El deber de respeto, que no es característico de los cónyuges sino que se trata de un deber general proyectado de manera especial en el matrimonio, prohíbe los malos tratos de obra, la conducta injuriosa o vejatoria de un cónyuge al otro, la violación de la esfera de su intimidad personal y de los derechos de la personalidad (art. 10 CE) y también de sus derechos familiares no comunes (hijos no matrimoniales o de matrimonio anterior)... A su vez obliga a no difundir públicamente, actuaciones personales de carácter privado o íntimo desarrolladas durante el matrimonio”*.

Aquí no tiene cabida ningún pacto al respecto, sería nulo de pleno derecho cualquier estipulación en sentido contrario al deber de respeto mutuo por ambos cónyuges.

1.4.3.2. Deber de ayuda y socorro mutuo

Si el matrimonio tiene por finalidad una comunidad de vida entre los dos cónyuges, con una convivencia, con todo el sentido de la palabra como ahora en seguida veremos, una de las consecuencias de esa finalidad y de ese deber es el de ayuda y socorro mutuo.

Este deber comprende además de la obligación de alimentos, todo tipo de auxilio que puedan precisar los cónyuges, no solo de carácter económico, también pueden tener otro sentido como espiritual o moral. Ejemplos de ello sería el cuidado ante una enfermedad, las tareas del hogar o el cuidado de los hijos.

¹³³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Remedios indemnizatorios...”, ob. Cit., pág. 153.

Romero¹³⁴ hace la distinción entre estos dos deberes para la cual *“La ayuda va referida al auxilio espiritual que los cónyuges se deben entre sí, ostentando un indudable aspecto ético, al hacer referencia a una entrega recíproca.*

En cambio, el socorro mutuo comprende un aspecto materia, incluyendo los deberes de asistencia económica, el mantenimiento de la familia y el cuidado del hogar y de los hijos, todo ello dentro del marco de las circunstancias sociales de los esposos y de las necesidades económicas del grupo familiar”.

Estos deberes son indisponibles pues para el legislador forman parte de la esencia del matrimonio y así lo ha recogido al incluirlo no solo en los artículos anteriormente 67 y 68 del Código Civil, sino que además es de los pocos que su incumplimiento puede derivar en una sanción jurídica y no solo moral.

No solamente en el terreno civil, sino que el abandono de familia está castigado en el Código Penal en los arts. 226 y siguientes en los que se pena al que dejare de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento de su cónyuge, y el impago de cualquier prestación económica a favor de éste.

Por lo tanto no cabe ningún pacto en sentido de excluir o limitar el deber de ayuda o de socorro mutuo ni de modular las consecuencias legales de su incumplimiento.

1.4.3.3. Actuar en interés de la familia

Se trata de un deber de carácter indeterminado y de contenido variable.

Como apunta Ragel¹³⁵ *“El interés de la familia tuvo su origen, en el Derecho español, como límite de las facultades del marido. Se trata de un concepto genérico, de multívoco significado y carácter variable, en función de las circunstancias sociales y familiares, que resulta difícil de concretar. Con su formulación a nivel legal, se trata de corregir el egoísmo personal*

¹³⁴ ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 14.

¹³⁵ RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, “Los deberes conyugales”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 14 – 15, 1996 – 1997, págs. 261 – 314.

de cada consorte, estableciendo un valor superior al individual. El que se casa debe velar, en primer lugar, por satisfacer el interés colectivo familiar, es decir, del matrimonio y de los hijos convivientes, si los hubiere”.

Siendo un bien jurídico protegido, los cónyuges deberán actuar en interés de la familia, evitando cualquier actitud que pudiera lesionar este interés preservado.

La protección a la familia constituye uno de los límites de los pactos matrimoniales establecidos en la Constitución y operará como barrera salvaguardadora del interés común de los miembros de la misma en detrimento del bienestar individual. Su vulneración provocará la invalidez de las cláusulas que lo contravengan.

Tendremos ocasión de profundizar algo más en el apartado de los límites de los pactos matrimoniales dentro del capítulo de la invalidez.

1.4.3.4. Deber de convivencia y domicilio conyugal

De conformidad con lo establecido en el art. 68 del CC los cónyuges están obligados a vivir juntos.

El art. 69 CC presume, salvo prueba en contrario, que los esposos viven juntos.

Este deber no comprende solamente el convivir físicamente en una misma vivienda, sino que supone una cohabitación plena según con los fines sociales y morales del matrimonio, en este mismo sentido se pronuncia Regel¹³⁶.

¹³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, ob. Cit. Alt., afirma que *“La convivencia necesita de corpus (contacto o encuentro entre los cónyuges) y de animus (intención de seguir manteniendo ese contacto). No conviven las personas que no tienen algún contacto físico o espiritual, pero tampoco lo hacen quienes carecen del propósito de compartir su vida con otra persona. Este último dato es el decisivo: más que el dato fáctico de tener un lugar común donde residir, debe tenerse en cuenta preferentemente este dato intencional: los que se casan tienen la intención de compartir un hogar y unos bienes, que sirvan de base para la transmisión de sentimientos, que es lo que verdaderamente importa”.*

Para este citado autor este deber de convivencia, es el deber conyugal por excelencia, “*el que caracteriza más claramente a un matrimonio bien avenido*”, afirmando que solo cuando existe una convivencia verdadera pueden cumplirse con toda intensidad los restantes deberes conyugales.

Según las circunstancias del caso, en determinados supuestos su incumplimiento podría suponer un delito de abandono de familia.

En otros casos podría dar lugar a un resarcimiento de los daños y perjuicios causados por uno de los cónyuges al otro¹³⁷.

La fijación del domicilio corresponde a los cónyuges de mutuo acuerdo¹³⁸, pudiendo pactar aquí el extremo, a diferencia de lo que ocurría anteriormente donde correspondía al marido la elección del domicilio familiar, estando la mujer obligada a seguir a aquél, excepto que se trasladara a ultramar o país extranjero, en cuyo caso el Juez podía eximir a la mujer de este deber si existía causa justa, de conformidad con el art. 58 del CC según su redacción originaria¹³⁹, y el art. 64.1º de la Ley de

¹³⁷ Para Lacruz Berdejo, como recoge ROMERO COLOMA AURELIA MARÍA, *Incumplimiento de los deberes conyugales y derecho a indemnización*, Ed. Reus, Madrid, 1ª Edición, 2012, pág. 44, el incumplimiento de éste deber, al igual que otros como el de infidelidad, sí tienen consecuencias jurídicas y no solamente ético-morales: “*Actualmente, aunque los antiguos delitos de adulterio y amancebamiento han sido derogados..., el citado jurista Lacruz Berdejo sigue sosteniendo la vigencia de la aplicación de las normas de responsabilidad civil como tutela de los deberes recíprocos, en los casos de incumplimiento de los deberes conyugales que ocasione a cualquiera de los cónyuges un daño patrimonial o moral. En este sentido es como cabe entender que Lacruz afirme que el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, no pudiendo –sería más correcto decir “no cabiendo”– el obligado falta a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños causados, ya que se trata de deberes impuestos por una norma, que no podrían tener una consideración inferior a los impuestos mediante un contrato, pues se trata de obligaciones legales sin carácter patrimonial, pero cuya infracción, a veces, puede causar consecuencias económicas y, en todo caso, un daño moral resarcible, debiendo aplicarse las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones, las derivadas de la culpa contractual, que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales, y, en último término, las reglas relativas al ilícito civil*”.

¹³⁸ Artículo 70 CC “*Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia*”.

¹³⁹ El citado artículo 58 en su redacción originaria disponía: “*La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin*

Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁴⁰, hasta la reforma operada en el Código Civil por la Ley de 2 de mayo de 1975.

Por tanto respecto de este deber cabe que los cónyuges determinen de mutuo acuerdo el domicilio en que van a residir, lo que no cabe es que se pacten en contra de ésta igualdad de decisión entre ambos.

1.4.3.5. Guardar Fidelidad

Existe la obligación impuesta en el Código Civil de que los cónyuges se guarden fidelidad mutua.

Tenemos que indicar que hasta 1978 el adulterio era castigado como delito en el Código Penal.

El Título IX “Delitos contra la Honestidad”, del Libro II, abría con el art. 448 el cual decía *“El adulterio será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”*.

De esta manera se castigaba el adulterio cometido por la mujer, previa querrela del marido. Se diferenciaba del adulterio cometido con el marido, que se castigaba con menos pena, y sólo en determinados casos, tal y como disponía el art. 452 *“El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio. La manceba será castigada con la de destierro. Lo dispuesto en los artículos 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente”*.

Como vemos esta distinción que hacía el Código Penal según fuera la mujer o el hombre el que cometiera el adulterio, era claramente machista y discriminatoria hacia la mujer, siendo esto así hasta el año 1978, tras Los Pactos de la Moncloa de 1977 que, además de reformas económicas, incluyeron también medias de contenido jurídico y político, acordes con el

embargo, podrán con justa causa eximirla de dicha obligación cuando el marido traslade su residencia a ultramar o a país extranjero”.

¹⁴⁰ Éste decía *“El domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan”*.

panorama democrático que se abría en nuestro país. Poco antes de la despenalización legal de este delito, ya se atisbaba un cierto cambio paulatino, así en el año 1977 el Tribunal Supremo se pronunciaba en una Sentencia de este modo: *“La agravante de sexo es un tanto anacrónica en tiempos como los actuales, de emancipación femenina en los que la mujer ha conseguido o está en trance de conseguir la absoluta igualdad de sexos, pareciendo que incluso desea renunciar a todo privilegio o protección que implique discriminación o desigualdad respecto del varón”*.

Tras la superación con la despenalización del adulterio como delito, solamente queda el reproche ético o moral que supone el incumplimiento del deber de fidelidad debido entre los cónyuges¹⁴¹.

Pero tenemos que decir que el concepto de infidelidad es más amplio que el de adulterio. Así lo pone de relieve el ya mencionado profesor Ragel, *“Cuando hablamos de infidelidad enseguida pensamos en el adulterio que, como es sabido, consiste en el hecho de mantener una persona casada relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge.*

¹⁴¹ En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo N° 701/1999, de 30 de julio, ponente Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, que afirma que el daño moral producido por una infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica. Así recoge *“La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible “descasualizar” tanto la separación como el divorcio...*

Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche, que tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causa de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

Desaparecidas las causas de separación y divorcio, como decíamos, la única consecuencia que queda a día de hoy de la vulneración de este deber matrimonial es el reproche ético-moral, sin ninguna consecuencia jurídica.

Esta opinión está bastante generalizada en nuestra sociedad e incluso en el mundo de los juristas y, en este sentido, algunos autores hacen coincidir el deber de fidelidad con la reprobación del adulterio. Se piensa que las relaciones con otras personas no son infidelidad cuando que no llegan a consumar carnalmente.

No nos parece que sea ese el sentido del término infidelidad. Si consultamos el Diccionario de la Lengua Española comprobaremos que ese término significa «Falta de fidelidad. Deslealtad». El término deslealtad, como sinónimo de infidelidad, es bastante más amplio que el de adulterio. A nuestro juicio, se producirá la infidelidad cuando un cónyuge tenga una conducta desleal hacia su consorte, ya se trate de una actividad sexual, afectiva, familiar o social. Dicho en otras palabras: infiel es quien adultera, pero también lo es quien traiciona de cualquier otra manera a su pareja”.

No es posible en cuanto a ésta obligación marital que los cónyuges pacten en contrario, excluyendo este deber, formalmente; otra cosa es que en la esfera íntima de los cónyuges tácita o expresamente existan parejas que así acuerden o lo toleren.

1.4.3.6. Atribución de representación

El artículo 71 del Código Civil dice *“Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiera sido conferida”.*

Tras la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, por la que se reconoce la capacidad civil de la mujer casada, desaparece por completo en la que el marido administraba tanto los bienes propios como los de la mujer. Desde la fecha indicada rige la administración conjunta como regla general, que la legislación recoge en virtud de lo dispuesto en el art. 1375 del CC *“En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes”.*

Por tanto según lo establecido en el transcrito artículo cabe pacto en contrario, respecto de este punto, por medio de capitulaciones matrimoniales, pero eso sí, debiendo respetar la igualdad de derechos prescrita por el art. 1328 del CC.

1.4.4. Pactos sobre hijos

Los menores de edad gozan de una especial protección en nuestro ordenamiento jurídico.

Su falta de capacidad para querer y entender los actos jurídicos y posteriormente su inmadurez e inexperiencia le hace inepto para actuar por sí mismo, procurándole la legislación el complemento de esta capacidad para realizar sus actos a través de la atribución a sus representantes legales para que actúen en su nombre, hasta que progresivamente el ordenamiento jurídico le va permitiendo determinados actos en función de la edad, hasta que alcance la mayoría de edad donde se le atribuirá la capacidad de obrar por sí mismo.

De forma natural son los padres los que a través de la patria potestad lleven a cabo esta actuación en nombre de sus hijos.

El interés del menor¹⁴² deberá presidir toda actuación que se realice en nombre de ellos o a favor de los mismos, estando catalogado como principio constitucional al estar integrado en el art. 39.2 CE.

¹⁴² Respecto del interés del menor FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, EMILIA, *Custodia compartida y protección jurídica al menor*, Tesis, Madrid, 2017, se señala: “... se ha definido el derecho del menor como la disciplina jurídica que comprende el conjunto de Derechos Fundamentales que tiene por objetivo principal la protección integral de todas las personas comprendidas desde que nacen hasta que cumplan dieciocho años, como sujetos titulares de esos derechos con sus correspondientes deberes y obligaciones... Esta protección integral de los menores abarcará el conjunto de leyes y procedimientos que tienen por objeto la defensa de los niños y de los adolescentes en un marco de equidad. Y en este sentido, la protección jurídica se constituye en el instrumento que va a moderar y precautelar el interés del menor.³⁴⁶ Desde esta consideración el interés del menor³⁴⁷ es utilizado en una doble vertiente, de un lado, en un aspecto positivo, que busca el beneficio del menor y la satisfacción de sus necesidades emocionales, materiales y afectivas, y de otro lado, en un aspecto negativo, que se orienta a evitar cualquier perjuicio o daño que pudiera infligirse al menor”. Señalando que: “De otro lado, en lo que concierne a los fines de la educación como derecho fundamental el artículo 27 CE establece que: “Todos tienen derecho a la educación y que ésta tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana bajo el marco del respeto de los Derechos Humanos, además, que los poderes públicos deben garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus creencias.”⁴²⁴ Conforme a dicho precepto, se pretende la consecución del desarrollo progresivo de la personalidad del menor en base a dotarle de una adecuada formación que le facilite las oportunidades para lograr ese desarrollo. Debiendo ser los progenitores quienes han de brindar a los menores la orientación adecuada y necesaria durante la infancia y posterior

Así cualquier pacto que los cónyuges realicen que verse sobre sus hijos deberá respetar este principio, y constituirá un límite a la autonomía de la voluntad de los padres, que deberá determinar el Juez en el procedimiento de separación o divorcio¹⁴³.

Los consortes podrán realizar los pactos respecto de materias que afectan a sus hijos menores de edad, pero con las limitaciones que en su momento veremos, y con la intervención de los poderes públicos para su control.

Así Pinto Andrade¹⁴⁴ señala “*En este sentido, la Jurisprudencia tiene dicho que tanto la Constitución (art. 39) como el Código Civil reconocen a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función*

adolescencia para la culminación de dicha formación, siendo conscientes, no obstante, de que en el ámbito educativo confluirán los intereses y derechos de los alumnos, padres, profesores, titulares de centros y de los poderes públicos, todos ellos con posibilidades reales de conflicto. En cualquier caso, cuanto mayor sea el nivel de educación mayores probabilidades existirán de que los derechos de los menores sean respetados debiendo promoverse, a este respecto, que dicha actitud de respeto hacia los derechos de los menores de edad se implemente en todos los actores sociales que forman parte de un Estado”.

¹⁴³ Ya en 1984 se pronunció el Tribunal Constitucional en este sentido: “... *en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos. Por eso, en este ámbito y cuando se trata de resolver sobre medidas fundadas en el interés público, y lo son las que afectan a los hijos menores de edad, no se pueden trasladar miméticamente el principio de congruencia, en la forma en que se entiende cuando articulan pretensiones presididas por el principio dispositivo, pues éste queda atenuado, por la ampliación de poderes al juez al servicio de los intereses que han de ser tutelados*”, STC 120/1984. Más recientemente y en idéntico sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de febrero de 2010: “... *en el entorno de los procedimientos matrimoniales, no son aplicables, de una forma rígida, los principios de rogación y congruencia, pues el juzgador puede fijar medidas que no le hayan sido específicamente solicitadas, o conceder más de lo interesado, sin incurrir por ello en incongruencia por extra o ultra petita; pero tales facultades judiciales quedan constreñidas a los pronunciamientos que afecten a los hijos del matrimonio menores de edad o incapacitados, pues tales medidas han de ser presididas, por encima de cualquier otro condicionante sustantivo o procesal, por el principio de favor filii, lo que, en determinados supuestos, aconseja, e incluso exige, la desviación de lo solicitado por una u otra parte, con el fin de proteger, por encima de cualquier otro interés subyacente al pleito, aun perfectamente legítimo, el de quienes se han convertido en víctimas inocentes del conflicto de sus progenitores”.*

¹⁴⁴ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1ª Edición, 2011, pág. 51.

de la patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención está limitada a los supuestos en que el ejercicio de la función lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales”.

1.4.4.1. Patria potestad, irrenunciabilidad

La patria potestad está regulada en el Código Civil, en los artículos 154 a 171.

De esta manera el primero de ellos nos dice: *“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1. ° Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2. ° Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

Así la patria potestad, a día de hoy, está configurada como un conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a los padres sobre los hijos no emancipados, tanto sobre su persona como sobre sus bienes, y que de conformidad con lo dispuesto por el legislador habrá de ejercerse siempre en interés de los hijos, y entre los que se encuentran el deber de tenerlos en su compañía, prestarles alimentos, protegerlos, educarlos, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Esta institución ha tenido una gran evolución en nuestro ordenamiento jurídico desde su creación por el Derecho romano, estableciendo el poder exclusivo del padre respecto de sus hijos.

Sin entrar en detalle, por ser objeto excesivo al presente trabajo, tenemos que señalar que a partir de la Constitución de 1978 cambió la configuración de la patria potestad. El art. 39 incluye la protección de los hijos entre los principios rectores, elevando su protección a constitucional. Consecuencia de ello, fue la reforma del Código Penal operada por la Ley 11/198, introduciendo, entre otras novedades, que la patria potestad será ejercida como norma general conjuntamente por el padre y por la madre.

Tenemos que distinguir entre la titularidad de la patria potestad y su ejercicio.

En cuanto a la primera, que corresponde por igual a ambos cónyuges, y que se adquiere por la mera filiación es irrenunciable e imprescriptible, y solo se perderá de forma definitiva por la muerte o declaración de fallecimiento de los progenitores, o por el cumplimiento de la mayoría de edad del hijo.

Respecto de su ejercicio, que también corresponde como hemos afirmado a ambos progenitores de forma conjunta, solamente por causa judicial puede ser suspendida o perdida por resolución judicial.

Mientras que la titularidad es obligatoria, sin que se pueda excluir ni de forma unilateral ni por pacto entre los dos padres, en cambio sí que caben determinados pactos en cuanto al ejercicio.

El art. 156 CC establece *“La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”*.

Por tanto, cualquier pacto que excluya la patria potestad de uno de los progenitores se haya acordado bien mediante pacto prematrimonial, bien a través del convenio regulador, debe reputarse nulo. Sin embargo, en cuanto a la forma concreta de llevar a cabo su ejercicio sí que se podrá pactar, recogiendo esta posibilidad el Código Civil¹⁴⁵ respecto de su inclusión en el Convenio Regulador.

¹⁴⁵ El artículo 92.4 CC *“Los padres podrán acordar en el Convenio Regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”*.

Aunque eso sí, este tipo de pactos que afectan a hijos menores de edad serán sometidos al control judicial, como veremos posteriormente.

1.4.4.2. Guarda y custodia

Si uno de los deberes que engloban la patria potestad es tener a los hijos en su compañía, a través de la guarda y custodia se lleva a cabo este derecho-obligación de los padres.

En principio cuando los progenitores están casados, tienen el deber de vivir juntos e inicialmente no existe pega respecto de la guarda y custodia de los hijos, los cuales convivirán con ambos padres en el domicilio familiar.

Por tanto los problemas pueden ocurrir cuando surge esa ruptura de la convivencia entre los progenitores estableciendo cada uno de ellos su domicilio por separado¹⁴⁶.

Por ello, los únicos pactos que en principio tienen razón de ser son aquellos que se contemplan para una futura crisis matrimonial, o una vez surgida ésta.

Los pactos en este sentido son válidos y deberán ser tenidos en cuenta por el juzgador en el momento de establecer las medidas por las que se van a regir las relaciones paterno-filiales tras el surgimiento de la nueva situación desencadenada por la separación o ruptura matrimonial de los progenitores.

Éstos serán aprobados siempre y cuando lo acordado por los padres no perjudique el interés del menor, en caso contrario, será el Juez el que

¹⁴⁶ ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 45, lo expresa: “En el ámbito jurídico, la separación, nulidad y divorcio afectan al ejercicio de los deberes y facultades que integran la relación paterno-filial, pues alteran la base fáctica de aquel al implicar vida separada de los padres: la ausencia de comunidad de vida entre los padres origina un *modus vivendi* diferente que requiere una modalización de cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales, la que, en todo caso, no debe implicar necesariamente la existencia de una mono parentalidad a partir de ese momento. La paternidad y la maternidad ya determinadas son indisolubles por el divorcio, con toda la carga de derecho-deberes que ello implica, no pudiendo los padres, a pretexto de su crisis, marginarse de la responsabilidad parental”.

teniendo en cuenta precisamente esta protección al menor¹⁴⁷ dicte las medidas que considere más beneficiosas sin estar sujeto por lo pactado por los progenitores¹⁴⁸.

En este punto debemos decir que el interés del menor primará sobre todas las cosas, incluso los intereses de los padres o el principio de igualdad entre ambos, aunque contravenga lo pactado entre ellos. Así lo ha pronunciado el Tribunal Supremo¹⁴⁹ con ocasión del establecimiento o no de la custodia comportada respecto de una menor de edad: *“La doctrina de esta sala ha insistido en manifestar que en los procedimientos sobre adopción del régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial. Así, la sentencia de 8 de octubre de 2008 afirmaba que «el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que*

¹⁴⁷ La protección del menor abarca todos los ámbitos y por ello se da tanto material como formalmente, así en el control por el Juez en cuanto al contenido de los pactos a los que hayan llegado los progenitores como en el procedimiento. Así lo resalta FERNÁNDEZ ARROYO, MARGARITA, “La reforma del sistema público de protección del menor en el ordenamiento jurídico español”, en PERALTA CARRASCA, MANUEL (Director), *Derecho de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 135, diciendo: *“Desde el punto de vista procedimental el sistema que nos ocupa está caracterizado por la flexibilidad y regido por el principio de agilidad, inmediatez y sencillez para evitar al menor los perjuicios que se derivarían de su rigidez. Por ello, el Tribunal Constitucional exige un menor rigor formal en los procedimientos judiciales en que se hayan de adoptarse decisiones y medidas que le afecten y, es por lo que ha excluido los efectos de la llamada preclusión. Así lo ha puesto de manifiesto, entre otras, las sentencias 187/1996, 113/1997 y 124/2002, al declarar que dada la extraordinaria importancia que revisten los intereses de orden personal y familiar de los menores, no es de aplicación en estos supuestos la preclusividad procesal, al admitir que las medidas que les afecten se fijen en interés de ellos, incluso con independencia de lo pedido por las partes en el litigio”*.

¹⁴⁸ En este sentido se pronuncia CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas, 1ª Edición, 2007, pág. 173, al recoger: *“Por último, respecto de la transacción, resultan constantes los intentos del legislador del CC y de la LEC por fomentar los acuerdos entre las partes, sin perjuicio de que en materia de guarda y custodia no vincule al Tribunal”*.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Nº 155/2017, de 7 de marzo, Recurso Nº 1158/2016, ponente Antonio Salas Carceller.

puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja». El interés del menor debe de prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Como esta sala ha reiterado (sentencias, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, de modo que todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor» (sentencia de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009).

Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores y así lo viene a decir la sentencia de esta sala de 27 de septiembre de 2011 (Rec. 1467/2008) que se expresa en los siguientes términos:

«La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE , cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor.

El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011 y 469/2011, entre las más recientes»”.

En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal para el establecimiento de la custodia compartida¹⁵⁰.

¹⁵⁰ STS, Sala de lo Civil, N° 242/2016, de 12 de Abril, Recurso N° 1225/ 2015, Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas: “Esta Sala ha declarado sobre la custodia compartida:

« La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y

Ésta nunca procederá si nos encontramos ante una situación de maltrato de cualquiera de los progenitores¹⁵¹, como dice el art. 92.7 del CC “No

custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013)».

Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

¹⁵¹ El Código Civil habla de que cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal, sin atender al resultado del mismo, lo que podría llegar producir la injusta situación de privar a uno de los padres de ostentar la custodia compartida por la simple denuncia falsa de la otra parte. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 251/2016, de 13 de abril, Recurso Nº 1473/2015, ponente Francisco Javier

*procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.*¹⁵²

1.4.4.3. Alimentos

Uno de los deberes de los padres respecto de sus hijos menores incluidos en la patria potestad que incluye el art. 154 del Código Civil es el de alimentación.

Es una obligación indisponible e imprescriptible, que siguen teniendo los padres incluso aunque no ostenten la patria potestad por cualquier motivo, como nos recuerda el art. 110 CC, e incluso cuando la filiación es determinada judicialmente contra la oposición del progenitor, art. 111 CC.

Aquí en sede de alimentos a favor de los hijos menores, sí cabe que los padres hagan pactos para determinar la contribución que cada uno de ellos hará para sufragar la alimentación de los hijos, que no solo comprende la

Arroyo Fiestas: *“No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenazas, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se habían archivado diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del Juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el Juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de la circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida, por aplicación del art. 92.7 del C. Civil”.*

¹⁵² En la jurisprudencia podemos encontrar la razón de ser de esta prohibición, como señala la STS Nº 350/2016 , de 26 de mayo, Recurso Nº 2410/2015, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas: *“Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”.*

comida, sino que es más amplio, de conformidad con el concepto dado por el artículo 142 CC “*Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento habitación, vestido y asistencia médica.*”

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

Así será posible que los cónyuges a través de un pacto matrimonial fijen que uno de ellos abone el coste de determinado colegio, por ejemplo privado, o que los gastos del sustento se sufragarán de acuerdo con determinado porcentaje.

En cuanto a los acuerdos adoptados por los cónyuges cuando ya ha surgido la crisis matrimonial, expresados en un convenio regulador, tenemos que afirmar que también es posible la inclusión de los alimentos. No solamente es que sea viable su inserción en el convenio, sino que es obligatoria su fijación, siendo contenido indispensable de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del artículo 90 del Código Civil.

Lo que no se podrá pactar en ningún momento, ni a través de un pacto prematrimonial ni a través de un convenio regulador será la exclusión de uno de los progenitores en la obligación de alimentos para con sus hijos¹⁵³.

Tenemos que señalar en este momento que incluso en situaciones en el que el progenitor tenga escasez de medios económicos o incluso cuando se desconozca su paradero, deberá de fijarse una pensión de alimentos a favor del menor, sin que, como decíamos, quede uno de los padres excluido de la

¹⁵³ De la misma opinión MONTERO AROCA, JUAN, *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 24, al decir: “*Al quedar confiado el hijo a la guarda de uno de los progenitores, el otro debe pagar a éste la pensión alimenticia, pero esto no supone que el titular del derecho sea el progenitor. Así el progenitor que asume la guarda y custodia del hijo no puede renunciar a un derecho que no es propio. El derecho a los alimentos no es renunciable, dice el artículo 151, pero es que además esta renuncia, que prohíbe, se refiere al titular del derecho, por lo que con mejores razones no puede renunciar un progenitor a la contribución del otro a los alimentos del hijo, dado que estaría renunciando a algo que es de la titularidad del hijo (SAP Palencia de 10 de febrero de 1999, AC 1999/3742)”.*

alimentación de su hijo menor. Así el Tribunal Supremo¹⁵⁴ ha recogido: *“En torno al mínimo vital esta Sala ha declarado recientemente en sentencia de 2 de marzo de 2015, rec 735/2014:*

"Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante".

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Nº 481/2015, de 22 de julio, Recurso Nº 737/2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Sin embargo el mínimo Vital cede ante la absoluta insolvencia de quien está obligado a prestar los alimentos de tal forma que el propio progenitor tenga que solicitar alimentos de quienes están obligados a prestárselos. Así lo recoge el alto Tribunal en la Sentencia Nº 111/2015, de 2 de marzo, Recurso Nº 735/2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, pero eso sí siempre con carácter excepcional: *“Ocurre así en este caso - carácter muy excepcional- en atención a los datos que valora la sentencia recurrida.*

El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

Ahora bien, este interés no impide que aquellos que por disposición legal están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían para proveer a sus necesidades.

La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades, como en este caso, son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligados a hacerlo, conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia", que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. Estamos, en suma, ante un escenario de pobreza absoluta que exigiría desarrollar aquellas acciones que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional expresado en el artículo 39 CE y que permita proveer a los hijos de las presentes y futuras necesidades alimenticias hasta que se procure una solución al problema por parte de quienes están en principio obligados a ofrecerla, como son los padres”.

De la referida doctrina se deduce que como marca el art. 93 del C. Civil se deberán determinar "en todo caso" los alimentos que la menor ha de percibir de su progenitor, en base al principio de proporcionalidad".

Además, al tener la pensión de alimentos naturaleza de orden público, el Juez no estará vinculado por lo propuesto por las partes, puesto que si entiende que es perjudicial para el interés de los hijos no procederá a homologar el convenio, pudiendo establecer la obligación de prestar alimentos incluso de oficio, dado el carácter personalísimo, indisponible, irrenunciable e imprescriptible del derecho de alimentos¹⁵⁵. Cosa distinta es la disposición que el acreedor tendrá respecto de las pensiones vencidas y no satisfechas, cuya acción prescribe a los cinco años.

En cuanto a la no vinculación del Juez, no estando obligado por el acuerdo de los progenitores, varias son las Sentencias en este sentido, entre otras, la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 1992, y la SAP de Oviedo de 16 de diciembre de 1989, la cual recoge *"Si bien los*

¹⁵⁵ Incluso en el establecimiento de una custodia compartida no exime de la obligación de pago de una pensión de alimentos si existe una desproporción en los ingresos de los progenitores. Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo N° 55/2016, de 11 de febrero, Recurso N° 470/2015, *"El recurrente entiende que al adoptarse el sistema de custodia compartida no es necesario el pago de alimentos, pues cada uno se hará cargo de los mismos durante el período que tenga la custodia de los menores.*

Sin embargo, en la sentencia del Juzgado, que acordaba la custodia compartida, fijaba alimentos para los hijos, dado que la madre no tenía ingresos propios, si bien los limitaba por un plazo de dos años, en los que consideraba que la madre podría encontrar trabajo.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da.

El Juzgado yerra y la Audiencia lo corrige cuando aquel limita temporalmente la percepción de alimentos a dos años, pues los menores no pueden quedar al socaire de que la madre pueda o no encontrar trabajo.

Esta limitación temporal, tiene sentido en una pensión compensatoria, como estímulo en la búsqueda de ocupación laboral, pero no tiene cabida en los alimentos a los hijos, al proscribirlo el art. 152 del C. Civil.

Por lo expuesto, esta Sala mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida, en relación con los alimentos al mantenerlos sin limitación temporal, sin perjuicio de una ulterior modificación, si varían las circunstancias sustancialmente (art. 91 C. Civil)".

cónyuges gozan en principio de libertad para redactar las cláusulas del convenio en los términos que estimen conveniente, esta libertad de pacto no es absoluta en las materias que afecten a los hijos menores, ya que sobre ella prevalece el interés de estos últimos, obligando al juez al no aprobar aquellas cláusulas que resulten lesivas”.

1.4.5. Orden de los Apellidos

Otro de los temas sobre los que puede versar un pacto matrimonial en relación con los hijos es el orden de los apellidos que éstos deben llevar.

Este acuerdo es posible tras la promulgación de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, la cual como expresaba en su exposición de Motivos¹⁵⁶, tenía como objetivo acabar con la desigualdad entre el hombre y la mujer que durante tantos años ha permanecido incluso tras la promulgación de la Constitución en esta materia.

Tras ésta Ley el artículo 109 del Código Civil se modificó, quedando de la siguiente manera: *“La filiación determina los apellidos con arreglo a lo*

¹⁵⁶ La exposición de motivos de la citada Ley nos da las razones de ser de la misma: *“La regulación existente en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil en materia de orden de inscripción de apellidos ha venido a establecer hasta el momento presente la regla general de que, determinando la filiación los apellidos, el orden de estos será el paterno y materno; se reconoce también la posibilidad de modificar esta situación por el hijo una vez que haya alcanzado la mayoría de edad.*

Esta situación, que ya intentó ser cambiada con ocasión de la modificación del Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, es la que se pretende modificar a la luz del principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y en atención a distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia. Baste recordar, en este punto, que el artículo 16 de la convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre; que el Comité de Ministros del consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sancionado, en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso Burghartz C. Suisse, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos.

Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción, deba regir lo dispuesto en la Ley...”.

dispuesto en la Ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo”.

Con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma la Ley establecía con carácter indisponible que el primer apellido de los hijos era el primero del padre y el segundo el primero de la madre.

Por tanto ésta Ley abría la puerta a que los progenitores de mutuo acuerdo procedieran a la elección del orden de los apellidos que querían para sus hijos, aunque eso sí, a falta de la meritada elección se aplicaba el régimen general, es decir, seguía siendo impuesto primero el del padre y en segundo lugar el de la madre.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que está prevista su entrada en vigor para el 30 de junio de 2018, dio un paso más estableciendo:

“La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostentan la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Trascurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor”.

Al igual que en la anterior ésta reforma permite que los padres de común acuerdo manifiesten antes de la inscripción de su hijo el orden de los apellidos pudiendo elegir si es primero el del padre el que debe figurar

o por el contrario invertirlo siendo el de la madre el primero que llevará el hijo¹⁵⁷.

La novedad es que, a diferencia de la anterior en que si no existía esa manifestación, por desacuerdo de los progenitores o por cualquier otra causa, automáticamente se establecía el orden prefijado, primero el del padre y luego el de la madre, en la actualidad se establece que el Encargado del Registro Civil a falta de acuerdo o de elección les exhortará para que en el plazo de tres días manifiesten cuál es el orden de los apellidos que

¹⁵⁷ En cuanto a la justificación y conveniencia de esta Ley que culmina en este campo la igualdad entre el hombre y la mujer LINICERO DE LA FUENTE, MARÍA, “Orden de los apellidos”, ENSXXI, Colegio Notarial de Madrid, N° 44, Julio-Agosto 2012, señala: *“En contra de la reforma que estamos comentando, puede invocarse el carácter de orden público del nombre civil y la consiguiente confusión que puede generar el ejercicio de dicha opción por los padres, así como las ventajas que derivan de la permanencia del apellido paterno o su mayor arraigo cultural y social.*

Sin embargo, dicho interés público no debe quebrar el principio constitucional de igualdad de los progenitores con independencia del sexo.

A lo anterior, debe añadirse la circunstancia relevante de que el nombre es un derecho de la personalidad y, como tal, consagrado en diversos Tratados Internacionales, siendo tesis pacífica en la doctrina más autorizada (v.gr., Díez-Picazo y Gullón, Lacruz, Lete del Río, O'Callaghan, Peña Bernardo de Quirós, Rogel Vide..).

Y lo cierto es que difícilmente puede justificarse en el Siglo XXI, en nombre del llamado interés u orden público, una norma que continúe otorgando hegemonía patronímica al apellido del padre y que podría tacharse de inconstitucional. Como ya sucedió, en distinto sentido, con el art 159 CC que atribuía la custodia de los menores de siete años a las madres -quizá para ello concurren razones de mayor calado que en los apellidos-, finalmente modificado por la Ley de 15 de octubre de 1990.

“Cuestión distinta es que el mayor arraigo social, cultural y consuetudinario determine que continúe transmitiéndose, de manera preferente, el apellido paterno. Pero ello será consecuencia del ejercicio de la libertad de los progenitores y no de una discriminación legal”

No hay ningún pretendido afán revolucionario del Derecho privado o público en esta reforma, sino una adecuación del ordenamiento interno al artículo 14 de la Constitución y a la tendencia legislativa y jurisprudencial de la Unión Europea. Por otra parte, dicha solución de atribuir al Encargado la facultad decisoria, ya estaba prevista para el nombre propio en el artículo 193.2 del Reglamento del Registro Civil de 1958.

Habrá que esperar a la vigencia de la Ley del Registro Civil, el 22 de julio de 2014, para que el camino hacia la igualdad en materia de apellidos -que se inició con la fundamental reforma del Derecho de Familia de 13 de mayo de 1981-, culmine y sea efectiva.

Cuestión distinta es que el mayor arraigo social, cultural y consuetudinario determine que continúe transmitiéndose, de manera preferente, el apellido paterno. Pero ello será consecuencia del ejercicio de la libertad de los progenitores y no de una discriminación legal”.

desean inscribir, por lo que como vemos, existe una “prórroga” o “segunda oportunidad” para que sea la voluntad de los padres la impere.

Si pese a ello tampoco existe indicación de los padres, será el Encargado del Registro Civil quién determinará el orden de los apellidos del recién nacido atendiendo al interés superior del menor, de ésta forma se evita que automáticamente sea el apellido del padre el que se inscriba primero en defecto de elección.

Eso sí, una vez tomada la decisión por los padres sobre el orden de los apellidos del primer hijo, quedará establecido para los demás hijos con idéntica filiación, sin poder variar el orden para unos descendientes sí y para otros no, debiendo los hermanos del mismo padre y de la misma madre llevar el mismo orden de apellidos, sea cual fuere.

“El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición de y las preposiciones y o i entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley”, así lo expresa el último párrafo del art. 49 de la actual Ley del Registro Civil.

Por tanto, existiendo tal posibilidad de elección es posible que los cónyuges o futuros contrayentes en su pacto matrimonial incluyan cláusula a través de la cual dejen ya fijada su voluntad sobre el orden de los apellidos que llevarán sus hijos siendo plenamente válido éste acuerdo dado que se ha convertido en una materia disponible para los progenitores.

Cosa distinta es como se materializaría en la práctica un posible desacuerdo entre los padres pese a la existencia de un pacto en un sentido determinado. Pensemos en el supuesto que pese a haber convenido en capitulaciones matrimoniales que los hijos llevarán primero el apellido de la madre y en segundo lugar el del padre, a la hora de ir a inscribir ante el Registro Civil al recién nacido, el padre manifiesta que quiere que su hijo se inscriba con su apellido primeramente. ¿Qué pasaría en éste caso?

Al existir desacuerdo ¿debería ser el Encargado del Registro Civil el que atendiendo al interés superior del menor elija? ¿O por el contrario debe hacerse valer el pacto matrimonial suscrito por los progenitores?

Desde mi punto de vista creo que habiendo pacto y siempre y cuando éste sea reputado válido deberá desplegar su eficacia y por tanto realizar la inscripción según el orden establecido en el mismo. Ahora bien la forma de proceder en la práctica ocasionará la dilatación en el tiempo de la inscripción del nacido, puesto que opino que aunque debería dejarse en suspenso la inscripción del bebé hasta que sea un Juez el que determine la validez y eficacia del pacto que contiene la elección de los padres y en caso afirmativo haga cumplir con lo establecido, podría ocasionar problemas con los plazos de inscripción.

Si éste trámite se logra quede realizado dentro de los 30 días desde el nacimiento entiendo podría realizarse la inscripción por ser justa causa para ampliar el plazo ordinario de 10 días del que disponen los obligados a promover la inscripción; pero en caso contrario, y si la resolución judicial estuviera dictada con posterioridad a los días señalados sería necesario tramitar un expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Encargado del Registro Civil correspondiente, o en su caso, mediante el mandamiento de anotación de la Sentencia dictada.

Pero parece ser que ésta posibilidad no está contemplada, y en caso de discrepancia, exista o no pacto anterior de los padres, será el Encargado del Registro Civil el que tendrá la facultad de elección según lo recogido anteriormente.

1.4.6. Derechos sucesorios

En general en el derecho común no admite la sucesión contractual, contemplando el Código Civil únicamente la sucesión testada y la intestada.

Sin embargo, existe hueco, aunque pequeño, a los pactos sucesorios. Así el art. 1271 CC contiene algunas excepciones a la prohibición general, referidas a la partición de la herencia.

Entre estas excepciones encontramos:

- La posibilidad de donarse los cónyuges bienes futuros, sólo para el caso de muerte, previsto en el art. 1341 CC.

- El poder encomendar al cónyuge la facultad de mejorar, permitido según el art. 831.1 CC¹⁵⁸.
- Los pactos de mejorar o no mejorar.

Antes de entrar a ver someramente estas mencionadas excepciones, tenemos que hacer referencia al Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Aunque en un principio pudiera parecer que estamos ante un tema solamente referido a derecho internacional privado, la realidad es que se trata de un Reglamento cuya incidencia en el derecho interno es indudable dado su alcance general y que su eficacia es directa sin necesidad de que se trasponga a través de norma interna, concretamente en España es aplicable desde el 17 de agosto de 2015.

En cuanto a lo que aquí nos interesa, el Capítulo Tercero del mencionado Reglamento se ocupa de la Ley aplicable, y así el art. 21 establece como regla general que: *“1. Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. 2. Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado”*.

Después de, como vemos, disponer que la ley aplicable con carácter general es la del Estado miembro donde el causante tuviere la residencia habitual en el momento del deceso, acto seguido, permite la elección de la

¹⁵⁸ Art. 831.1 CC *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”*.

ley aplicable, diciendo: *“Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento”*, art. 22.1.

El Reglamento admite como formas de suceder a una persona los pactos sucesorios y las disposiciones mortis causa. Ésta últimas se regirán por la ley que hubiera sido aplicable si hubiera fallecido el causante en el momento del otorgamiento, no obstante también tiene la facultad de escoger de la misma forma que ya hemos relatado.

En cuanto al contrato sucesorio, entramos en una de las figuras que el ordenamiento jurídico español trata de forma más sesgada.

El Código Civil, en el art. 1056 dispone: *“Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.*

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”.

El contrato o pacto sucesorio solamente está permitido en España en determinados derechos forales, y no para el común. Así la partición de bienes por acto entre vivos se deberá realizar de cualquier otro modo, como por ejemplo, por medio de donaciones.

Volviendo al derecho europeo, éste sí contempla como decíamos el pacto sucesorio, que se regirá según el art. 25 por la ley que fuese aplicable a su sucesión si hubiese fallecido en el momento de otorgarlo, o la elegida en virtud de lo dispuesto en el art. 22.

El mismo hace una diferencia cuando el pacto sea otorgado para varias personas: *“2. Un pacto sucesorio relativo a la sucesión de varias personas únicamente será admisible en caso de que lo sea conforme a la ley que, de conformidad con el presente Reglamento, hubiera sido aplicable a la sucesión de cada una de ellas si hubieran fallecido en la fecha de conclusión del pacto.*

Un pacto sucesorio que sea admisible en virtud del párrafo primero se regirá en cuanto a su validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por aquella de las leyes referidas en dicho párrafo con la que presente una vinculación más estrecha”.

Por tanto solamente será posible si lo contemplara el ordenamiento jurídico del país cuya ley le sea aplicable a su sucesión. En el español como sabemos no se permiten los testamentos mancomunados o la realización de testamento por dos o más personas en un mismo testamento, estando solamente contemplado por algún derecho foral.

Sin embargo como acabamos de ver, el derecho europeo de sucesiones contempla, sin tener en cuenta la intestada, tres tipos de sucesiones: por medio de testamento o disposición mortis causa, en virtud de pacto o contrato sucesorio individual, y por último por pacto sucesorio de varias personas.

Pasemos ya a los pactos matrimoniales que como apuntábamos pueden otorgar los cónyuges en relación con su sucesión.

Entre los pactos que sí se pueden otorgar sobre derechos sucesorios, como hemos mencionado se encuentra el de promesa de mejorar o de no mejorar.

El art. 826 CC establece *“La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.*

La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto”.

Por tanto el único requisito que exige la legislación para que tenga validez el pacto por el cual una persona se compromete a mejorar o a no mejorar será que éste se realice por medio de escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

Evidentemente la mejora o no mejora deberá de ser en relación de alguna de las personas que pueden ser mejoradas, es decir hijos o descendientes. Así los cónyuges pueden pactar el no mejorar a ninguno de sus hijos o descendientes, presentes o los futuros que tuvieren, o en mejorar a alguno o a varios de ellos.

Como recoge el citado artículo esta disposición será irrevocable, no pudiendo por testamento disponer lo contrario.

Distinto es que ambos cónyuges de común acuerdo decidan modificar sus capitulaciones matrimoniales, y cumpliendo con los requisitos para ello, establezcan otras disposiciones diferentes a las contenidas.

Diferente de este pacto de promesa de mejorar o no mejorar, es la mejora hecha por capitulaciones matrimoniales, la cual también será irrevocable.

Así lo dispone el art. 827 *“La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero”*.

La diferencia entre las dos figuras expuestas, a mi entender, es la siguiente, mientras que la promesa de mejorar o no mejorar se realiza por pacto de ambos cónyuges que se recoge en la escritura de sus propias capitulaciones; la mejora hecha por capitulaciones, entiendo es la que realiza uno o ambos de los progenitores o ascendientes, que son los que pueden mejorar, de uno de los cónyuges o de ambos, que en las capitulaciones de éstos últimos, realizan una mejora a favor del hijo o descendiente (el que puede ser mejorado), a través de una donación no colacionable¹⁵⁹ realizada a favor de éste solo o de ambos cónyuges (en cuyo caso la mejora sería solo la mitad del bien donado).

Aunque, según el tenor literal del transcrito artículo, también cabría en este último supuesto, la mejora hecha por unos esposos en sus propias capitulaciones a favor de un hijo o descendiente, mediante la entrega de un determinado bien, pues no sería una promesa de mejora puesto que ya se habría realizado mediante la donación consumada, ya que el Código Civil sólo exige que se haga por capitulaciones matrimoniales sin mayor especificación.

¹⁵⁹ La donación deberá tener carácter colacionable o de mejora, puesto que si no de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.035 CC *“El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”*.

En ambos casos será irrevocable¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Acerca de la naturaleza de la irrevocabilidad de la mejora realizada en virtud de capitulaciones matrimoniales, BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, *La mejora irrevocable*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 111.

El citado autor afirma: *“No nos parece admisible la tesis que basa la revocabilidad de la mejora hecha en capitulaciones matrimoniales en el carácter irrevocable que éstas tenían hasta la reforma de 1975 y, por tanto, tampoco creemos acertada la idea que surge como colario de la anterior de entender la tal mejora revocable al permitirse la modificación de los capítulos.*

Las tesis indicadas están en total desacuerdo con los antecedentes históricos de la institución a que no referimos. La mejora hecha en capitulaciones matrimoniales (“... como por vía de casamiento...”) era, para el Legislador de Toro, un supuesto concreto, específico y, por lo demás, pragmático de la hipótesis de hecho general de mejora ordenada por contrato oneroso celebrado con un tercero. Era, pues, un ejemplo legal; acaso, como dicen Lacruz y Sancho, el supuesto que estaba en la mente del legislador; pero su fundamento, en cualquier caso, no era cualitativamente distinto del que servía de base a la hipótesis general: la onerosidad, el interés oneroso de un tercero...

Actualmente, el propio Lacruz reconoce que no puede entenderse el artículo 827 del Código Civil sin conocer los antecedentes históricos y que el supuesto que nos ocupa hay siempre un cierto matriz de onerosidad.

Parece claro, por tanto, que el fundamento de la irrevocabilidad en el supuesto de mejora ordenada en capitulaciones matrimoniales es el mismo que el de la mejora ordenada por contrato oneroso con un tercero, y no la inmodificabilidad de las capitulaciones durante el matrimonio...

La mejora hecha en capitulaciones matrimoniales es, por tanto, una donación por razón de matrimonio otorgada por el ascendiente calificada como mejora, de la cual una donación especialmente calificada por un matrimonio concreto y determinado, de manera que, si dicho matrimonio no se celebra, la mejora será perfectamente revocable y quedará sin efectos si el matrimonio no se contrae en el plazo de una año, en virtud de los artículos 1.334 y 1.342 del Código Civil”.

CAPITULO III. PACTOS PREMATRIMONIALES

Como venimos diciendo, los pactos en previsión de una futura crisis matrimonial, son aquellos que se otorgan por los cónyuges antes de contraer matrimonio o durante la vigencia del mismo, pero siempre antes de surgida la crisis matrimonial.

En virtud de los mismos los otorgantes pactan una serie de acuerdos por los que se deberá regir la situación creada por esa crisis, previniendo una serie de efectos tanto personales como patrimoniales entre ellos y de sus hijos.

Barrio¹⁶¹ señala las ventajas de los pactos prematrimoniales: *“La facultad de autorregular las relaciones en estos ámbitos está reconocida inequívocamente tanto por la jurisprudencia (STS del 22 abril de 1997 [RJ 3251] y del 21 diciembre de 1998 [RJ 9649]) como por la doctrina registral (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado GRN) del 31 marzo de 1995 [RJ 2669] y del 1 septiembre de 1998 [RJ 6593]). Sustituir y acomodar las consecuencias del divorcio, desplazando las previstas por el legislador, es una de las virtudes del poder privado de reglamentación. La doctrina ha puesto de relieve la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados injustos o no queridos que, en otro caso, vendrían determinados por la ley. Ya no es preciso contender acerca de las medidas definitivas de la crisis porque han sido acordadas de antemano; son los mismos cónyuges y no los jueces, quienes establecen el régimen por el que se gobernará la situación postruptura. Se trata de una alternativa beneficiosa puesto que agiliza los trámites procesales y supone un ahorro no sólo en cuanto al acortamiento de los tiempos, sino también económico al reducirse los costes de litigación.*

Se dice, además, que prever ex ante las consecuencias del divorcio protege las inversiones o aportaciones realizadas por cada cónyuge al matrimonio (Pérez Hereza, 2012). El hecho de pactar la indemnización por dedicación al trabajo doméstico o al cuidado de los hijos y del hogar es sinónimo de garantía en su percepción, por efecto del pacta sunt servanda,

¹⁶¹ BARRIO GALLARDO, AURELIO, “Pactos en previsión de una ruptura...”, ob. Cit.

frente a una demanda judicial cuyo éxito nunca se puede garantizar. Asimismo, el no tener que contender y demostrar la existencia de desequilibrio patrimonial o la concurrencia de los requisitos legales de un enriquecimiento injusto para exigir el cobro de una pensión, aporta seguridad jurídica frente al desenlace siempre incierto de un pleito matrimonial.

El pacto reduce la imprevisibilidad ante la ausencia de una interpretación judicial uniforme, denunciada por algunos autores (Aguilar y Hornero, 2006) y contribuye a minimizar los efectos perjudiciales de la crisis (económicos, emocionales etc.). Es probable que alcanzar un acuerdo, una vez que ha sobrevenido la ruptura, con los consiguientes sentimientos de rechazo, resulte más complicado.

Los reproches constantes obstaculizan una solución consensuada a la crisis. Por el contrario, “un acuerdo de guerra, firmado en tiempos de paz” (Anguita, 2009) puede a la postre proporcionar una solución mucho más ponderada y equitativa al conflicto”.

Ya hemos comentado su evolución en nuestro ordenamiento jurídico. A día de hoy con carácter general podemos decir que es unánime su aceptación en España, no siendo tan claros sus límites, o las causas de ineficacia, como veremos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015¹⁶², confirma la validez de este tipo de acuerdos prematrimoniales en previsión de una futura crisis conyugal.

¹⁶² La citada Sentencia afirma la validez de esta clase de pactos: “SEXTO.- Entrando en las concretas cuestiones planteadas debemos declarar, en primer lugar,, que no estamos ante un supuesto de renuncia de derechos o de renuncia a la ley aplicable, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía por lo que lo pactado es, como el acuerdo expresa, una renta mensual vitalicia que como pacto atípico tiene perfecto encuadre en el art. 1323 del Código Civil.

En segundo lugar, los pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 del Código Civil.

En tercer lugar, no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que como acuerdo fue negociado, como se deduce de su posterior modificación y concreción, en cuanto a la fecha de cómputo de la renta, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia. Igualmente no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los

En cuanto a las posibles materias a incluir son numerosas y diversas las que se pueden incluir en un pacto de estas características. Veamos algunas de las más características.

1. PENSIÓN COMPENSATORIA. SU POSIBLE RENUNCIA

contrayentes se encontraba en situación económica comprometida, como se deduce de lo declarado probado por la Audiencia Provincial.

En cuarto lugar, no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron.

De los pactos tampoco puede inferirse que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, ni que haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genera la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas.

Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos (art. 1255 Código Civil).

No se aprecia que a través de los pactos se haya impuesto una situación de sometimiento a una de las partes, por lo que no se declara infracción del principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) ni lesión del derecho a la dignidad (art. 10 de la Constitución) o libertad personal (arts. 17 y 19 de la Constitución).

En quinto lugar, no podemos analizar si se reúnen los requisitos para fijar o no una pensión, pues no fue eso lo pactado, dado que lo convenido fue una renta vitalicia mensual, que no una pensión compensatoria, por lo que tampoco es de aplicación el art. 97 del Código Civil ni, por la misma razón del art. 100 del Código Civil, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas.

Sin perjuicio de ello, en cuanto invocada, sí debemos analizar si en aplicación de la doctrina sobre la “cláusula rebus sic stantibus” cabe una moderación de lo pactado.

Esta Sala, en sentencias de 17 de enero de 2013, recurso 1579 de 2010, 18 de enero de 2013, recurso 1318 de 2011 y 15 de octubre de 2014, recurso 2992 de 2012, exige para la aplicación de la cláusula “rebus”, con mayor flexibilidad que en otras épocas, que la alteración sobrevenida y que concorra aumento extraordinario de la onerosidad o que no concorra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada (art. 9:503 de los Principios Europeos de la Contratación).

Aplicada la doctrina al caso de autos, hemos de rechazar la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienes una desahogada situación financiera igual que la existente al momento de los pactos, por lo que nos lleva a la aplicación del art. 1258 del Código Civil que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos”.

La pensión compensatoria está prevista y regulada en el artículo 97 del Código Penal. Así el citado artículo dice: *“El cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*.

Por tanto el presupuesto fundamental para que se dé el derecho a pensión compensatoria es el desequilibrio producido con ocasión de la separación o divorcio, que a su vez implica un empeoramiento en su situación anterior constante matrimonio¹⁶³.

Tenemos que hacer un inciso para precisar el momento en que se ha de dar el desequilibrio es precisamente en el momento de la crisis conyugal, es decir, cuando se produce la separación o el divorcio. Si existe primero una separación y posteriormente la disolución del matrimonio, en éste último proceso se dilucidará sobre la extinción, modificación o mantenimiento de la misma según hayan o no variado las circunstancias que ocasionaron su establecimiento, pero no sobre el nacimiento de la misma.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo: *“En la sentencia de 18 de marzo de 2014, rec. 201/2012 «se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión de no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial»*.

¹⁶³ En cuanto a los criterios que deben valorarse para la fijación de la pensión compensatoria, podemos señalar entre otras, la STS, Sala de lo Civil, recogiendo entre otras la doctrina creada por las Sentencias de 22 de junio de 2011 y de 19 de enero de 2010, establece los siguientes como los que se deben valorar: *“perjuicio laboral por razón del matrimonio, dedicación a la familia que le haya impedido trabajar, régimen económico matrimonial, pérdida de capacidad laboral por el divorcio”*; y que *“tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”*.

*Consecuencia de lo expuesto es que el desequilibrio se constató cuando tuvo lugar la crisis matrimonial que dio lugar a la separación conyugal, y así lo reconocieron los cónyuges en el convenio regulador, sobre una materia que es disponible para las partes; por lo que no se trata ahora de decidir si ha lugar a que nazca o no un derecho de pensión por desequilibrio sino en decidir si existen circunstancias nuevas relevantes que justifique su extinción o su modificación (STS de 17 de marzo de 2014, rec. 1482/2012 “)*¹⁶⁴.

En cuanto a su naturaleza jurídica el Alto Tribunal ha recogido sus conclusiones al respecto en la Sentencia de 22 de junio de 2011¹⁶⁵, recurso 1949/2008, siendo ponente Juan Antonio Xiol Rios, afirmando “*que el artículo 97 CC regula el derecho a pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia –en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles–, pero también la de puramente indemnizatoria o compensatoria –entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción–, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos”.*

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N° 55/2017, de 27 de enero, Recurso N° 2238/2015, ponente Eduardo Baena Ruiz.

¹⁶⁵ Recoge entre otras lo dispuesto en las SSTS de 17 de julio de 2009, recurso número 1369/2004; 19 de enero de 2010, recurso número 52/2006; y 9 de febrero de 2010, recurso 501/2006.

Por tanto tenemos que destacar que la pensión compensatoria no tiene naturaleza alimenticia, tampoco indemnizatoria, ni función asistencial¹⁶⁶.

La finalidad de la pensión compensatoria ha ido perfilándose a lo largo de los años, entendiéndose Ureña¹⁶⁷ que *“La finalidad de la pensión compensatoria, tras la Ley 15/2005 de 8 de julio, difiere ampliamente de la que subyacía en la Ley 30/1981, sin duda alguna, motivada por el cambio experimentado en la sociedad española. Si tradicionalmente la pensión compensatoria tenía un carácter indefinido y asistencial porque trataba de proteger a la esposa que dependía económicamente del marido y no tenía medios propios de subsistencia –al haberse dedicado en exclusiva a la familia–, en el momento actual la compensación post divorcio tiene un*

¹⁶⁶ La naturaleza de la pensión compensatoria ha de tenerse presente por el Juzgado o Tribunal a la hora de determinar aspectos de la misma como su cuantía o duración. Así lo recoge la STS, Sala de lo Civil, Resolución N° 104/2014, de 20 de febrero, Recurso N° 2489/2012, ponente Francisco Javier Orduña Moreno: *“La expresada naturaleza y función de la pensión compensatoria obligan al órgano judicial a tomar en cuenta para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción, factores numerosos, y de imposible enumeración, entre los más destacados, los que enumera el artículo 97 CC . Estos factores o circunstancias tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión (STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SSTs de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007] y 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008]). Por último, operan también estos factores para poder 'fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra cómo ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia (SSTs de 9 y 17 de octubre de 2008 [RC n.º 516/2005 y RC n.º 531/2005], de 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006] y de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007])”*.

¹⁶⁷ UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALENA, “La autonomía de la voluntad en materia de pensión compensatoria y su repercusión en el nacimiento de la pensión de viudedad”, Centro de Estudios de Consumo, consultado en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/29/pensioncompyviudedad.pdf, última consulta 30 de junio de 2016.

carácter generalmente temporal y cuyo fin último es facilitar la autosuficiencia patrimonial del acreedor –su independencia económica–”.

Se trata ahora de dilucidar si su renuncia en un pacto prematrimonial, es decir, antes de surgida la crisis matrimonial, es válida.

En cuanto a la tendencia a la renuncia de la pensión compensatoria, Gaspar¹⁶⁸ argumenta: *“Precisamente esta práctica, cada vez más habitual, permite explicar el hecho del notable incremento, en el momento presente, del número capitulaciones en Cataluña y Baleares. Y es que en estos territorios las capitulaciones no se otorgan con el objetivo prioritario –a diferencia de lo que ocurre en el resto de España– de optar por la separación de bienes en la medida en que es éste el régimen legal del matrimonio –que, por cierto, no suelen excluir los cónyuges–; antes bien, el instrumento capitular tiene por objeto estipular la renuncia de las compensaciones económicas vinculadas a la ruptura del matrimonio.*

Este tipo de pactos, perfectamente conocidos en otros ordenamiento jurídicos, carecen de tradición en el Derecho español”.

Es decir, si en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, los futuros esposos o los cónyuges, pueden otorgar pacto sobre la renuncia a un derecho que todavía no ha nacido y por ende no se encuentra en el patrimonio jurídico de la persona que va a renunciar, por lo que supondría la exclusión de una expectativa de derecho o derecho futuro.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª de 12 de diciembre de 2000, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal supremo, expresa que *“la renuncia de derechos no puede referirse a otros que los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en la legislación posterior”.*

De esta manera, cabe preguntarnos cuándo nace el derecho a la pensión compensatoria, la cual según la SAP de Baleares, Sección 4ª, de 16 de

¹⁶⁸ GASPAR LERA, SILVIA, “La ordenación de la economía familiar...”, ob. Cit., pág. 352.

febrero de 1998¹⁶⁹, ésta nace a partir de la resolución judicial. Aunque, como veremos más adelante en el correspondiente apartado, en cuanto al convenio regulador, pese a ser anterior su otorgamiento a la sentencia de separación o divorcio, adelantamos que el Tribunal Supremo se pronuncia favorable a la admisión de la renuncia a la pensión compensatoria en el mismo, puesto que ya ha surgido la crisis matrimonial y además las circunstancias que servirán de base para la determinación si se dan los presupuestos legales para su concesión. Volveremos sobre ello.

Pese a todo lo dicho, la mayoría de la doctrina se muestra favorable a la renuncia de la pensión compensatoria en virtud de un pacto prematrimonial, aunque con diversas reservas¹⁷⁰.

¹⁶⁹ La mencionada Sentencia afirma: *“las resoluciones jurisdiccionales meramente declarativas se basan en la existencia de la relación jurídica con anterioridad al litigio, mientras que las constitutivas producen ellas mismas la creación, modificación o extinción de un derecho siendo indiscutible que la sentencia de divorcio tiene naturaleza constitutiva (artículo 89 del Código Civil), parece también obvio que el pronunciamiento incluido en la misma resolución en orden a estatuir una pensión compensatoria –como medida económica derivada del divorcio, a tenor de lo previsto en el artículo 97 del Código Civil– es también constitutivo, en cuanto da lugar al nacimiento de ese derecho pecuniario, pues mantener lo contrario conduciría al absurdo de que lo accesorio produciría sus efectos antes que lo principal de que dimana”*.

¹⁷⁰ Señala PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Enfoque actual de la Pensión Compensatoria”, EIDerecho.com, 1 de septiembre de 2011, en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html, última consulta 29 de septiembre de 2017, que: *“No existe un criterio unánime en la doctrina y la jurisprudencia en relación a la validez y eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria efectuada en un pacto prematrimonial o incluido dentro de las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de contraerse el matrimonio. Veamos las tres posiciones dominantes:*

a) Tesis que mantiene la ineficacia de la renuncia previa

El argumento jurídico de los partidarios de esta tesis es que la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, solo cabe respecto de los que tiene por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídicos del renunciante. En este sentido se cita la STS de 18 de noviembre de 1957 conforme a la cual “la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer”. Son ejemplo de resoluciones que siguen esta tesis la SAP Asturias de 12 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/77184); SAP Girona, Sec. 1ª, de 1

de marzo de 2004 (EDJ 2004/14407), SAP Málaga, Sec. 6ª, de 18 de febrero de 2008 (EDJ 2008/129052), y la STS de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009/25486).

b) Tesis a favor de la validez de la renuncia previa.

Los partidarios de esta tesis ponen de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico existen supuestos en los que se permite la renuncia a derechos futuros, así por ejemplo, con carácter general el art. 1271 CC admite como objeto de los contratos las cosas o derechos futuros, el art. 1108 CC admite renunciar anticipadamente a la indemnización de daños y perjuicios por mora; los arts. 1475 CC y ss posibilitan renunciar a la acción de saneamiento y evicción en la compraventa; la LAU (EDL 1994/18384) da vía libre a la renuncia anticipada del derecho de tanteo y retracto.

Por otro lado, también se parte de lo establecido en el art. 6 CC "La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros". Si como antes hemos comentado la pensión compensatoria es un derecho dispositivo de las partes, su renuncia no contraría el interés o el orden público. Además hay que tener en cuenta que en el texto del art. 6 del CC en ningún momento se hace referencia a la condición futura del derecho renunciado. Según señala la STS de 22 de octubre de 1999 (EDJ 1999/33323) "La STS de 22 de octubre de 1945 expresa que no se comparte que no sea posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual negociar sobre ese incremento". La STS de 5 de abril de 1997 (EDJ 1997/2758) dice que "... aparte de que cabe renunciar a un derecho eventual futuro y que su renuncia fue clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado (...) no hay contrato, ni negocio jurídico bilateral, sino unilateral, con voluntad abdicativa de un derecho, o, si se quiere, expectativa tutelada por la Ley".

Por lo que respecta al posible vicio del consentimiento cuando un futuro contrayente renuncia a la pensión compensatoria, contrarresta este sector doctrinal y jurisprudencial que el consentimiento que se otorga cuando se suscriben unas capitulaciones matrimoniales es informado merced a la intervención notarial evitando posiciones negociadoras desiguales. Obviamente la renuncia a derechos en las capitulaciones matrimoniales debe ser recíproca, ya que atentaría contra el principio de igualdad que aquella fuese unilateral, o que no afectase de igual modo a ambas partes.

Hay que pensar que cuando los cónyuges pactan el régimen de separación de bienes, y no el de gananciales, están renunciando a participar en los ingresos económicos que obtiene el otro cónyuge, y nadie cuestiona la validez de ello.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3ª, de 30 de noviembre de 2001, dio validez a la renuncia a la pensión compensatoria contenida en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada antes de contraerse el matrimonio. La SAP Madrid de 27 de noviembre de 2002, no fijó pensión compensatoria al constar la renuncia previa en capitulaciones matrimoniales, si bien hay que aclarar que además, basó dicho pronunciamiento en la escasa duración del matrimonio. La SAP Barcelona, Sec. 18ª, de 19 de enero de 2006, no fijó pensión compensatoria al haberse renunciado a ella en las capitulaciones matrimoniales. La SAP A Coruña de 4 de abril de 2006 (EDJ 2006/427186) es muy más clara respecto a esta cuestión admitiendo abiertamente que la renuncia efectuada antes de contraerse matrimonio es plenamente eficaz y debe producir todos sus efectos en el posterior procedimiento de separación o divorcio que se siga entre las partes. La Sec. 22ª de la AP Madrid, dictó una interesante sentencia el

Así una vez reconocido el carácter dispositivo de la pensión compensatoria por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 2 de diciembre de 1987, la primera exigencia como notas características de toda renuncia, es que la misma, como viene exigiendo la doctrina y la jurisprudencia es que sea personal, clara, terminante, inequívoca e incondicionada, expresa e inequívoca. En segundo lugar, será necesario que no vulnere la prescrita igualdad constitucional exigida para cualquier pacto entre los cónyuges, por lo que ambos esposos deberán renunciar a la citada pensión. Y por último, se tendrá que estar al caso concreto, admitiendo la mayoría de los autores que, llegado el momento de la ruptura matrimonial, se deberá estudiar si las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta para su renuncia siguen siendo válidas o por el contrario han cambiado de manera que precisamente será necesario establecer la pensión por ser ésta compensadora de la desigualdad económica producida por la ruptura del vínculo matrimonial.

27 de febrero de 2007 (EDJ 2007/52806) en la que analizó la renuncia a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a celebrarse el matrimonio estableciendo el criterio de que no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, a la que se refiere el art. 6.2 CC, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho. Por último, la SAP Valencia de 31 de enero de 2008, entendió que no procedía fijar pensión compensatoria en el divorcio ya que la esposa había renunciado a ella en las capitulaciones matrimoniales que se otorgaron siete años antes de dictarse la sentencia de divorcio y en las que los cónyuges establecieron el régimen de separación de bienes.

c) Tesis intermedia.

Los partidarios de esta tesis admiten la validez de la renuncia previa a la pensión compensatoria si bien entienden que a pesar de ello no debe excluirse un control judicial a posteriori que tendría lugar cuando se produce la crisis de la pareja y que estaría dirigida a evitar resultados gravemente perjudiciales para los derechos de uno de los cónyuges, evitando que tras la convivencia uno de ellos quede en una situación de no poder atender a sus propias necesidades.

Señala Manuel de la Cámara que sólo si la renuncia conlleva que uno de los cónyuges no pueda, dentro de los límites que marca un decoro mínimo, atender a su subsistencia, debe estimarse que el acuerdo es gravemente perjudicial y el juez debe negarse a darle eficacia. En el mismo sentido se pronunció Encarnación Roca, al señalar que si el Juez considera la renuncia gravemente perjudicial para el renunciante podría rescindirla en todo o en parte.

La SAP Granada, Sec. 3ª, de 19 de mayo de 2001 se alineó con esta tesis y la SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5ª, de 12 de noviembre de 2003 (EDJ 2003/190241) mantiene también este criterio”.

En este sentido se pronuncia, entre otros, Alemany¹⁷¹ aseverando *“Atendiendo al contenido meramente económico de la pensión compensatoria, para el supuesto de que en caso de separación matrimonial exista un desequilibrio económico a favor de un cónyuge en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, anotamos aquí la posibilidad de renunciar a la pensión compensatoria, en capitulaciones matrimoniales pactadas con anterioridad a la celebración. Abundando en el anterior sentido, diremos que SÍ es renunciable por cuanto la pensión compensatoria es un derecho potestativo de las partes. Y por extensión debe accederse a su renuncia si ha mediado el consentimiento de las partes a la misma...”*

En la doctrina española, algunos autores no admiten la posibilidad de su renuncia de forma anticipada, sosteniendo que dicha pensión de carácter necesario, se daría en el caso de su renuncia previa un acuerdo gravemente perjudicial para el cónyuge renunciante, si se produjese en su caso el desequilibrio económico que trata de paliar dicha pensión.

Pero, contrariamente téngase en cuenta que al ser ambas partes los renunciantes, como es corriente en la práctica, no vulnera el derecho de igualdad ante la Ley, por ser dicha pensión un derecho para el caso de desequilibrio económico que la Ley reconoce a los dos cónyuges.

Además, a favor de nuestra tesis sostenemos que la pensión compensatoria no es un derecho obligatorio, y por tanto con este enfoque queda incluido entre las facultades de disposición del renunciante, de ahí que consideramos posible la renuncia a la misma tanto previa como posteriormente.

No obstante por prudencia y equidad, reservo que los Tribunales puedan intervenir y examinar en cada caso dicha renuncia para comprobar que no haya habido un vicio de la voluntad o bien resultase altamente perjudicial para el renunciante, protegiendo de esa manera al cónyuge perjudicado injustamente”.

Comparto plenamente la opinión del autor, puesto que no creo que la pensión compensatoria tenga un carácter obligatorio, dado que en el convenio regulador momento en que ya ha surgido la crisis no es obligatorio su establecimiento dado que, por una parte, la ley prevé que el

¹⁷¹ ALEMANY GAL-BOGUÑÁ, JOSÉ M^a, “La posibilidad de contratos prematrimoniales”, Revista jurídica de Catalunya, Vol. 97, N^o 4, 1998, págs. 741 – 756.

cónyuge que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro “tendrá derecho” a tal compensación, derecho que no obligación de establecerla, y por otro, que el propio art. 90 que dictamina los extremos que debe contener el convenio regulador recoge en su apartado f) como uno de ellos la pensión compensatoria, “en su caso”, por lo que de tal forma expresado refuerza la potestatividad de la misma.

Igualmente creo necesario que sean los Jueces quienes puedan determinar si ha existido alguna irregularidad en el otorgamiento de tal estipulación, si vulnera alguno de los principios que deben presidir los pactos matrimoniales, en especial el de igualdad entre los cónyuges, y que si el trascurso del tiempo ha variado suficientemente las condiciones como para mitigar o dejar sin efecto las condiciones pactadas por los cónyuges.

2. ALIMENTOS ENTRE LOS CÓNYUGES

El Código Civil establece la obligación de prestarse alimentos entre ciertos parientes. De esta manera se rotula el Título VI del Libro I.

En este punto tenemos que distinguir entre los cónyuges en situación normal de convivencia durante su matrimonio, de cuando ha surgido la crisis matrimonial, subdividiendo a la vez en este contexto entre la separación y el divorcio.

Respecto de los esposos constante matrimonio existe, como ya hemos explicado, el deber de ayuda y de socorro mutuo es más amplio que la obligación de alimentos entre parientes, por lo que este se englobará dentro de los deberes conyugales.

Pero nada obsta para que en caso de desatención por parte de uno de los cónyuges de sus deberes conyugales y por ende de falta de procurar alimentos, que como nos recuerda el art. 142 no incluye solamente la comida, sino que abarca todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, el cónyuge necesitado pueda plantear demanda de alimentos contra el otro.

La cuantía de estos alimentos vendrá dada por dos parámetros conjugados, por una parte los medios del obligado a prestarlos y por otra las necesidades de la persona que los tiene que recibir.

En este punto hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 149 CC: *“El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”*. Por lo que el cónyuge obligado podrá optar, en situación de convivencia, por prestar esos alimentos haciéndose cargo de las necesidades del consorte sin tener que abonarle una renta en metálico.

Una vez surgida la crisis matrimonial, en una separación, al no existir ruptura y siguiendo subsistiendo el vínculo matrimonial sigue estando vigente la obligación de prestarse alimentos entre los cónyuges, que todavía siguen siéndolo.

Es posible el establecimiento de una pensión de alimentos para el caso en que se produzca esta crisis matrimonial, siempre que se den los presupuestos necesarios para su validez¹⁷².

Cosa distinta es el momento en el que se disuelve el vínculo matrimonial, en que los esposos dejan de serlo, puesto que al ya no existir vínculo, en principio cesaría la obligación de alimentos entre ellos.

Este dilema fue zanjado por la Sentencia del Tribunal Supremo 758/2011, de 20 de diciembre, la cual crea la siguiente doctrina jurisprudencial: *“el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges.*

¹⁷² Contrario a esta opinión es VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, y CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO, “Derecho de familia y obligación de alimentos”, en VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2016, pág. 26, para los cuales no cabe alimentos en situación de separación: “... se ha de decir que el juego de la pensión de alimentos en el caso de los cónyuges es muy limitado. Y es que, producida la situación de crisis matrimonial (separación o divorcio), la única prestación que podría proceder sería la pensión compensatoria, "pues la separación conlleva la suspensión de la convivencia conyugal y con ello la de los deberes conyugales, dentro de los cuales se incluyen los deberes de ayudarse y socorrerse mutuamente (arts. 67 y 68 del C. Civil), y el divorcio conlleva la disolución del propio vínculo conyugal, quedando suspendida en el primer caso y desapareciendo en el segundo la obligación legal que tienen los cónyuges de prestarse alimentos en sentido estricto””.

El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos”.

A la vista de ésta Sentencia llegamos a la conclusión que, en virtud de pacto, sería perfectamente válido el establecimiento de pensión de alimentos para el supuesto de un futuro divorcio recogido en un pacto prematrimonial dada la voluntariedad de quienes lo otorgan y el carácter contractual del mismo, habida cuenta que hace referencia a una materia eminentemente de carácter patrimonial y por tanto disponible.

Sin embargo, diferente es el supuesto en el cual en virtud de un pacto matrimonial los cónyuges renunciaran a la pensión de alimentos. En este caso se estaría renunciando anticipadamente a un derecho que todavía no ha nacido.

En contra de lo que hemos expuesto en torno a la renuncia de la pensión compensatoria, en este punto llego a la conclusión que no es posible en lo que se refiere a alimentos. Siendo los alimentos un derecho personalísimo, irrenunciable, intrasmisible e incompensable, el pacto por el cual se renuncia antes de que surja el derecho a los mismos será nulo de pleno derecho.

Así se ha encargado de pronunciarse el Tribunal Supremo¹⁷³, señalando: *“La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en “la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura”. Se trata de un derecho que puede ser renunciado por quien sería su beneficiario. En cambio, el derecho de alimentos constituye una protección de las necesidades vitales de una persona, que no puede ser renunciada previamente”.*

¹⁷³ STS Sala de lo Civil, Nº 839/2008, de 10 de octubre de 2008, Recurso Nº 1923/2002, ponente Encarnación Roca Trías.

3. LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Antes de entrar en la posibilidad de que un pacto matrimonial pueda versar sobre la liquidación del régimen económico, tenemos que decir que para que tenga razón de ser ésta será necesario que entre los cónyuges rija el régimen de sociedad de gananciales o alguno confeccionado por ellos, en virtud de la libertad que como hemos visto tienen para poderlo pactar, pero eso sí con base de comunidad, puesto que en los regímenes de separación de bienes, como resulta obvio, no existe un patrimonio común que liquidar. En segundo lugar para que proceda la liquidación del régimen económico matrimonial es preciso que la sociedad de gananciales o el régimen de comunidad haya quedado disuelto.

Una vez dicho esto, señalamos que el art. 1396 CC, en sede de sociedad de gananciales, establece *“Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad”*.

A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica el Capítulo II, del Título II, del Libro IV, Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, en el cual en el primero de sus artículos el 806 nos dice *“La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables”*.

Ya nos da una primera respuesta el artículo transcrito, al decir que la liquidación se regirá por las disposiciones contenidas en el capítulo en defecto de acuerdo entre los cónyuges. Por tanto, no solo nos dice el precepto que es posible el acuerdo entre los cónyuges para llevar a cabo la liquidación del régimen, sino que es la primera opción, siendo la ley subsidiaria en defecto de convención entre los cónyuges.

De una forma somera, por exceder del objeto del presente trabajo, diremos que la liquidación está prevista que se lleve en dos fases

marcadamente diferenciadas: una primera de formación de inventario y otra de liquidación propiamente dicha.

Una vez concluida la primera fase, bien por acuerdo de los cónyuges, bien por resolución judicial que así lo determine, se procederá a iniciar la segunda, que si se realiza ante el Juzgado se acompañará de una propuesta de liquidación, pudiendo aquí de nuevo existir el consenso de los cónyuges o existir discordia entre ambos y tener que entrar la figura del contador.

Dado que el art. 90 CC dispone que: *“El convenio regulador a que se refiere los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: ... e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”*, y por tanto la liquidación del régimen económico es un materia incluíble en el convenio regulador, y por tanto en el seno de un procedimiento de separación o divorcio a los cónyuges les es permitido llegar a acuerdos sobre ésta liquidación.

Pero no solo es posible llegar a éstos pactos una vez surgido el conflicto matrimonial, sino que nada obsta para que el pacto prematrimonial recoja con anterioridad las reglas por las que se regirá la nueva situación creada por una futura crisis matrimonial, incluyendo las directrices que tutelarán la liquidación del régimen económico patrimonial vigente, de acuerdo con la doctrina creada por el Tribunal Supremo respecto la validez de estos pactos de naturaleza patrimonial, siempre que no exista ninguna de las causas que las invaliden.

Además, no solamente se puede realizar esta liquidación vía judicial, sino que también se puede perpetrar por acuerdo plasmado en las capitulaciones matrimoniales, con ocasión de sustituir o modificar su régimen económico, de conformidad con el art. 1325 CC, procediendo a la liquidación del anterior, requiriendo entonces que se lleve a cabo mediante escritura pública. Así lo recoge José Luis Seoane¹⁷⁴ *“... la disolución de la*

¹⁷⁴ SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, “Nulidad y rescisión del convenio regulador y de la liquidación de la sociedad legal de gananciales”, en REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS, SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, VALDÉS-SOLIS CECCHINI, FERNANDO, LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pág. 112.

sociedad le de gananciales requiere como requisito imprescindible el otorgamiento de escritura pública, si bien no es óbice que la liquidación paritaria del patrimonio común se lleve a efecto en un documento privado, en el que, como manifestación de la libre autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC), realicen las adjudicaciones que consideren oportunas distribuyendo los bienes gananciales”.

4. CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO, LA REGLA DEL ART. 1.438 DEL CÓDIGO CIVIL

Como ya hemos comentado, en el apartado de deberes conyugales, uno de ellos que el Código Civil impone a los cónyuges es el de levantamiento de cargas del matrimonio.

Ya apuntábamos que el art. 1438 CC prevé que los cónyuges contribuyan a estas cargas de acuerdo con lo convenio por ellos, y solamente en defecto de pacto se prevé se realice proporcionalmente a sus recursos económicos, según lo previsto para el régimen de separación de bienes, y también para el de participación.

Respecto de la sociedad de gananciales se prevé que serán a cargo de los bienes gananciales y si estos no son suficientes con bienes privativos en proporción a su cuantía.

Por tanto los cónyuges en el momento que surja la crisis matrimonial podrán incluir en su convenio regulador los acuerdos respecto de la contribución de las cargas del matrimonio, en un procedimiento de separación, con las limitaciones que ya apuntamos respecto de este deber conyugal, y por tanto adelantarse a ésta situación y en virtud de un acuerdo recogido en un pacto prematrimonial.

Ahora bien, entendemos que en un procedimiento de divorcio no cabrá la inclusión de pacto en este sentido puesto que al disolverse el vínculo matrimonial cesa el deber, por lo tanto la previsión para ese supuesto carecerá de sentido; otra cosa es que existan gastos, cargas de la sociedad de gananciales, deudas de los cónyuges, etc. de los cuales los ex cónyuges

podrán pactar, con respeto a los derechos de los terceros, pero en ningún caso se podrá hablar, desde mi punto de vista, de contribución a las cargas del matrimonio al no existir este¹⁷⁵.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 20 de junio de 2005, sección cuarta, afirma: “... *Ahora bien, la obligación de asumir tales cargas familiares se mantiene mientras subsista el vínculo matrimonial, con independencia de la fecha en que pudo producirse la separación de hecho de los cónyuges, ya que aún en éste supuesto sigue existiendo el matrimonio y por tanto las obligaciones de éstos, cesando dichas obligaciones recíprocas cuando se extinga el vínculo matrimonial, que sólo produce tales efectos desde el dictado de la sentencia de divorcio...*”.

5. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO

El artículo 1438 CC que “*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*”.

Esta compensación la prevé el Código Civil para cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, y uno de los cónyuges ha contribuido a las cargas del matrimonio solamente son el trabajo de la casa.

La Sentencia del Tribunal Supremo 135/2015 de fecha 27 de marzo, siendo ponente José Antonio Seijas Quintana, fija como doctrina jurisprudencial: “*El derecho a obtener la compensación por haber*

¹⁷⁵ De este modo se pronunció, como hemos ya apuntado con anterioridad, la Sentencia del TS de 28 de marzo de 2011 con ocasión del pago de las cuotas del préstamo hipotecario.

contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”. Además establece: “De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio 2011 –”.

Pese a la citada Sentencia, sigo pensando, como quedó expuesto en el apartado de Contribución a las cargas del matrimonio, que solo debería darse la citada compensación cuando los existe una contribución a las cargas del matrimonio en exceso, puesto que si no existe una doble computación a favor del cónyuge que se dedica a las tareas de la casa, por un lado se le computa como aportación a las cargas del matrimonio y por otro se le compensa por ello. Además se da la paradoja que si ese mismo cónyuge además trabaja fuera de casa, con el sacrificio que ello conlleva, y lo que supondría una doble contribución a las cargas del matrimonio, en este caso no tendría derecho a la compensación.

Una vez dicho esto, entiendo que el pacto prematrimonial en este sentido será perfectamente válido, puesto que el propio artículo prevé que sea el Juez el que fije la cuantía a falta de acuerdo entre los cónyuges.

Distinto a lo que acabamos de exponer es el pacto por el que se acuerda una compensación económica por el simple hecho de la separación o el divorcio, es decir, con independencia del régimen económico que rijan ni el trabajo doméstico, solamente por la separación o divorcio en sí.

Como anteriormente ya se ha expuesto, con ocasión de los pactos matrimoniales con limitación de instar la separación o divorcio, no serán válidos los pactos que tengan éste objeto, pero cosa diferente es el establecimiento de una posible indemnización al cónyuge que se ve abocado a una separación o divorcio por la sola voluntad del otro.

Perfectamente hace ésta distinción Domínguez Luelmo¹⁷⁶ *“Sobre la base de lo anterior lo que se puede plantear es si la decisión de separarse o divorciarse, por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, puede en ocasiones causar perjuicios al otro cónyuge, quien en función de la situación estable de convivencia anterior podría haber realizado una serie de gastos que la ruptura transforma en estériles. Este es el planteamiento que se desprende del Taller de trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juristas Themis el 17 de noviembre de 2004, sobre el Anteproyecto de la reforma del CC en materia de separación y divorcio, en cuya conclusión 4.1 puede leerse: Quien decide separarse o divorciarse «con su decisión unilateral puede causar perjuicios al otro cónyuge quien tenía unas razonables expectativas de convivencia que pueden haber condicionado su situación laboral, geográfica o de residencia, social, económica, etc. En este caso, sin que se le niegue el derecho a separarse o divorciarse, igual que cuando una persona quiere resolver unilateralmente un contrato cuya resolución causa perjuicios, tendrá el deber de repararlos»...*

Creo que si se quiere dar cabida al Derecho de Daños dentro de la institución matrimonial éste es el enfoque correcto, aunque deben hacerse algunas precisiones. Desde luego, en ningún caso se puede entender que la simple ruptura del matrimonio pueda generar sin más consecuencias indemnizatorias, ni plantear la existencia de un posible daño moral. Si se admitiera sin más la indemnización del daño moral se estaría penalizando la decisión de tomar la iniciativa de la ruptura, sustituyendo una obligación de hacer (integrada por los deberes conyugales), por una obligación de dar (dinero), todo ello en contra de la libertad proclamada

¹⁷⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La supresión de las causas...”, ob. Cit.

en los arts. 81 y 86 del CC. Utilizando la terminología de la STS de 12 de septiembre de 2005, ello equivaldría a una especie de indisolubilidad del matrimonio o de su disolubilidad solamente previo pago”.

Es precisamente esta distinción lo que, desde mi punto de vista, hace que unos sean nulos y los otros válidos. Es decir, cualquier pacto cuyo objeto sea limitar o trabar que cualquiera de los esposos pueda, desde su libertad, llevar a cabo la iniciativa de una separación o divorcio, simplemente por su mera voluntad, estaría vetado en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es perfectamente aceptable que se incluyan en un pacto prematrimonial, con ocasión de la regulación de los efectos que producirá una hipotética ruptura matrimonial, como una de las medidas más a añadir, una compensación económica para el caso de que, desde la libertad de uno de los cónyuges, se produzca esa separación o disolución matrimonial.

Claro está que dicho pacto tiene que respetar todos los requisitos necesarios para la validez del mismo, especialmente a tener en cuenta el de igualdad entre los cónyuges, si bien como ya hemos tenido ocasión de señalar sin que se suponga reciprocidad.

Más discutible sería el pacto por el cual se estableciera dicha compensación económica por separación o divorcio cuanto éste es solicitado de mutuo acuerdo o incluso instado por el propio beneficiado por la compensación.

En el primer supuesto, si la separación o divorcio es de mutuo acuerdo significa que ambos cónyuges tienen la voluntad de poner fin a su relación matrimonial. No estoy refiriéndome a que sea uno de ellos el que inste la acción y forzosamente deba llevarse a cabo un procedimiento contencioso, vetando el mutuo acuerdo, sino que precisamente sea unilateral la decisión de instar tal separación o divorcio, en cuyo supuesto una vez manifestada la decisión, lo más correcto sería la interposición de la demanda a petición de uno con el consentimiento del otro, pero nada obsta para que se enfoque como un mutuo acuerdo si así lo deciden ambos.

Pero volviendo a lo planteado, y quedando claro que se refiere al supuesto en que sean ambos los promotores de la separación o el divorcio, ¿sería posible un pacto por el que se establece una compensación económica a favor de uno de los cónyuges?

En pro a la respuesta negativa podemos argumentar que en el supuesto de referencia el *affectio maritalis* ha desaparecido por ambas partes y que ya no existe consentimiento matrimonial de forma bilateral, por lo que existiendo voluntad por ambas partes de poner fin a los efectos del matrimonio no existe razón alguna para indemnizar a uno de ellos que está plenamente de acuerdo en tal cesación.

Sin embargo a favor tenemos que decir que pese a la voluntad de ambos en poner fin a su relación matrimonial puede que las razones de una y otra parte sean muy distintas y que, pese a no existir causas para el planteamiento de la acción, precisamente esas causas sí sean importantes a la hora de establecer una compensación económica por la separación o divorcio.

Piénsese en que uno de los cónyuges ha sido infiel y que tras el consiguiente deterioro del matrimonio, ambos llegan a querer concluir con el mismo. Pese a que la iniciativa la toman ambos de mutuo acuerdo, sí sería aplicable el pacto por el que se establece una indemnización para en caso separación o divorcio tras una infidelidad por parte de uno de los cónyuges. Además aquí no existiría ninguna desigualdad entre los cónyuges puesto que cualquiera de ellos puede ser el obligado a la satisfacción.

El ejemplo expuesto nos sirve de igual modo para el segundo supuesto planteado, es decir, que sea precisamente el beneficiario de la compensación el que inste la separación o divorcio. En el caso que esbozábamos sería el cónyuge que ha sufrido la infidelidad y por tanto al que le correspondería la indemnización el que instaría la acción.

Dicho lo cual llegamos a la conclusión que por un lado se puede incluir el pacto genérico de compensación económica por separación o divorcio con carácter general cuando la iniciativa parte de uno de los cónyuges a favor del otro; se puede dentro de éste acotar determinados supuestos en los que se indemnice diversos daños que son previstos en el propio pacto; o cabe la posibilidad que se incluyan cláusulas por las cuales la compensación se produzca por determinados hechos o supuestos con independencia de quien inste la acción.

6. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Decíamos que la vivienda o domicilio familiar goza de una especial protección durante la vigencia del matrimonio, pues bien esta se extiende también a las situaciones que se producen en las crisis matrimoniales.

Esta protección se materializa mediante la inclusión del pronunciamiento sobre su uso en la resolución judicial que se dicte en un procedimiento de separación o divorcio.

Antes de entrar en ello, tenemos que someramente intentar definir lo que se entiende, a estos efectos por vivienda familiar, así podemos encontrar un concepto en la SAP de La Rioja, Sección 1ª, de 22 de junio de 2009, la cual recoge varia doctrina jurisprudencial en ese sentido: *“En cuanto al tratamiento de la vivienda familiar en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, el Tribunal Supremo ha destacado su especial protección al conceptuarla como bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario (Sentencia núm. 1199/1994 (Sala de lo Civil), de 31 diciembre); en tanto que, en su Sentencia núm. 905/1994 (Sala de lo Civil), de 18 octubre, incide en que «las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados». Igualmente, en Sentencia núm. 1085/1996 (Sala de lo Civil), de 16 diciembre, considera la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elementan que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también el auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos».*

También el Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 135/1986 (Sala Segunda), de 31 octubre, respecto de la protección de la vivienda familiar establecida en los artículos 96 y 1320 del Código Civil, señala que ambas normas «responden a la moderna tónica legal de protección del interés

común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario»”.

Retomando la protección que le dispensa nuestro ordenamiento jurídico a la vivienda familiar en el momento de la crisis familiar, como ya hemos apuntado, a través de la determinación de su uso, recogida en la sentencia de separación o de divorcio, se llevará a cabo de todas formas tanto si existe acuerdo de los cónyuges en este punto como si no lo hay, siendo el Juez el que lo establezca. Pero priorizando el acuerdo al que hayan llegado los cónyuges, y estableciendo reglas para su determinación en defecto de acuerdo alcanzado por los cónyuges y aprobado por el Juez.

Por tanto nada obsta para que los esposos incluyan esta materia en un pacto prematrimonial, antes de que surja la crisis.

Cosa distinta, como opina Pinto¹⁷⁷, es que el Juez encargado del procedimiento de separación o divorcio no esté vinculado por los acuerdos a los que hayan llegado las partes, puesto que el juzgador deberá resolver si la estipulación pudiera resultar perjudicial para uno de los cónyuges o dañoso para los hijos¹⁷⁸.

¹⁷⁷ PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, *La atribución ...*, ob. Cit., pág. 51.

¹⁷⁸ Denegando la homologación del pacto, entre otras, la SAP de Valencia, Sección 2ª, de 25 de abril de 2000, “OCTAVO.- *En cuanto al uso de la vivienda familiar, conforme al art. 96 CC, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, «corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», de manera que, de un lado, el solo acuerdo de los cónyuges es insuficiente para decidir su destino, y de otro, los verdaderos destinatarios de tal vivienda son los hijos, y sólo de forma vicarial el progenitor custodia. Ese planteamiento tiñe de interés público a cuanto se refiere a la atribución de la vivienda siempre que haya hijos menores; por ello, cabe al Tribunal analizar si en el caso de autos se satisface o no ese interés. En el convenio regulador, dado que la propiedad de la vivienda familiar pertenece con carácter privativo al padre, «los cónyuges acuerdan que en interés de la hija del matrimonio y dado que Doña M.A.L.P, ejercerá la guarda y custodia, permanezcan ambas en el inmueble durante el plazo máximo de dos años, sin pagar renta ni merced, periodo que Doña M.A.L.P. considera suficiente a fin de encontrar otra vivienda adecuada para el desarrollo y bienestar de la menor»; tal planteamiento lesiona el interés superior de la niña porque, aparentando satisfacerlo, limita su derecho al uso indefinido de la vivienda, además de magnificar el hecho de que la madre no pague renta, como si se tratara de una concesión graciosa del propietario, siendo así que esa gratitud no deriva de la autonomía de la voluntad de éste, sino que es una consecuencia del régimen legal de su atribución. En consecuencia, como ese acuerdo perjudica seriamente los intereses de la menor, que se podría ver lanzada de la vivienda una vez transcurrido «el plazo máximo de dos años», no merece la aprobación judicial y, en su lugar, debemos*

Someramente tenemos que hacer referencia en este punto a los gastos derivados tanto de la adquisición como de la conservación de esa vivienda.

Respecto de los gastos de adquisición de la vivienda ya hemos tratado el tema en el apartado referencia al levantamiento de las cargas del matrimonio, con ocasión de exponer lo dictaminado por el Tribunal Supremo respecto del pago del préstamo hipotecario contratado para la adquisición de la vivienda habitual.

Bien es cierto que el Código Civil, a diferencia de algún derecho foral, no hace referencia a la determinación del pago de estos gastos en el momento que se produce el divorcio de los cónyuges, con la consiguiente finalización del régimen económico matrimonial. Obsérvese que puede ser que pese a poner punto y final al matrimonio y, como acabamos de decir, no existir régimen económico matrimonial, la liquidación de éste puede posponerse y dilatarse en el tiempo, pasando meses o incluso años hasta que ésta se lleve a cabo, estando ante lo que la doctrina ha dado en llamar una comunidad postconyugal, donde insistimos, no existen reglas acerca de la distribución y asunción de los gastos del patrimonio existente.

Como he apuntado, en contraste con lo que ocurre en el Derecho común, en el ordenamiento jurídico catalán sí que existe previsión respecto del tema. Así el artículo 233-23 del Código Civil de Cataluña que se titula *“Obligaciones por razón de la vivienda”*, recoge: *“En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución”*, y además respecto de la conservación de la vivienda, en el segundo párrafo dice: *“Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso”*.

restablecer en su integridad el derecho que le corresponde, y atribuirle el uso de la vivienda sin limitación en el tiempo, salvo lo que pudiera resultar de una futura alteración sustancial de las circunstancias”.

Calco de la anterior es el art. 12.9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, que copiando textualmente al transcrito artículo 233-23 del CCCat, ofrece idéntica solución.

Ambos textos legales recogen para los gastos de adquisición la misma solución que jurisprudencialmente ha adoptado el Tribunal Supremo, al considerar que tales gastos deben recaer sobre los sujetos que tengan la condición de deudores según el título de constitución, es decir, en caso de constitución de préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, los que figuren en la escritura de constitución como deudores hipotecarios y en igual porcentaje al que se obligaron. Sin embargo para los gastos de conservación y mantenimiento se prevé por ambos textos legales, que sean asumidos por el beneficiario del uso.

Así la Sentencia 188/2011, de 28 de marzo: *“2º Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: i) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y ii) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. En este sentido debe entenderse reproducido aquí lo dicho en la ya citada sentencia de 5 noviembre 2008. En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.*

3º Esta solución ha sido también adoptada por el art 231-5 del Código civil de Cataluña, que modifica el Art. 4 CF alegado por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso. Dicho artículo, ha eliminado la consideración como cargas familiares del pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. Además, el Art. 233-

23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, "las obligaciones contraídas por razón de su adquisición [...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo", mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Estas soluciones coinciden con las adoptadas en la jurisprudencia de esta Sala en la sentencia anteriormente citada".

Como decimos desde el principio la falta de previsión en esto del Código Civil hace que sea perfectamente válido, o incluso podríamos decir que deseable, el pacto entre los cónyuges o futuros cónyuges acerca de la distribución en la asunción de estos gastos relacionados con la vivienda familiar.

7. PACTOS SOBRE LA ELECCIÓN DE DOMICILIO

Aquí tenemos que decir, que no será posible la inclusión de un pacto para el caso de una futura crisis matrimonial por la que se limitara la libre elección de domicilio para los cónyuges una vez que desaparezca la obligación de convivencia por haberse producido la separación o divorcio de los mismos.

Así sería el pacto en el que se prohibiría el que uno de los ex cónyuges resida en un determinado lugar, como por ejemplo, en la misma localidad que el otro ex consorte.

El pacto en este sentido vulneraría el artículo 19 de la Constitución el que proclama la libertad de residencia, y por tanto sería ilícito desde mi punto de vista.

8. PROMESA DE MATRIMONIO

Encuadro este pacto como prematrimonial aunque la finalidad del mismo no sea la misma de los de éste género que, como he explicado, es la que define el pacto prematrimonial, la de regular los efectos de una futura crisis o ruptura del matrimonio, sin importar el momento en el que el

mismo se ha realizado. Tampoco su finalidad es ordenar los efectos del matrimonio durante su vigencia, por lo que no nos encontramos ante un pacto matrimonial en sentido estricto; sino que la suya es la de establecer una penalización o unas consecuencias para el caso de no llegar a celebrar el matrimonio, por lo tanto dado que su realización siempre será antes de la celebración del enlace, y como excepción, lo he ubicado dentro de los pactos prematrimoniales, esta vez como salvedad, por su momento de celebración.

El Código Civil dedica el primer capítulo del Título dedicado al matrimonio a la promesa de matrimonio¹⁷⁹.

La definición de la promesa de matrimonio no la encontramos en el texto legal, sino que es de configuración doctrinal, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real¹⁸⁰ la recoge diciendo: “La promesa de matrimonio, antiguos esponsales, regulada en los arts. 42 y 43 CC, es definida por la doctrina como un negocio jurídico preparatorio del Derecho de familia, por el que dos personas de distinto sexo y con capacidad matrimonial se obligan a celebrar matrimonio en el futuro, se trata, por tanto, de una doble declaración de voluntad, constituyendo una recíproca y mutua promesa”

El primero de los dos artículos de que se compone, el 42, nos dice que *“La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración”*.

El matrimonio en el ordenamiento jurídico español está configurado como un derecho que tienen todas las personas mayores de edad o menores

¹⁷⁹ Para DURÁN RIBACOBA, RAMÓN, “Del Matrimonio”, en CAÑIZARES LASO, ANA, PABLO DE CONTRERAS, PEDRO DE, ORDUÑA MORENO, JAVIER, VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO (Dirs.), *Código Civil Comentado Volumen I*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2ª Edición, 2016, pág. 335, la razón de que el Código Civil incluya este capítulo se debe a: *“El Código Civil contempla la promesa de matrimonio precisamente para establecer este cambio de mentalidad que la excluye de relieve jurídico alguno. El consentimiento hábil para el matrimonio no sólo es libre, sino actual y puro. Por eso el artículo 45 contempla su carácter perfecto, sin modo, término y condición que pudieran modularlo”*.

¹⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, Nº 137/2005, de 3 de mayo, Recurso Nº 155/2004, ponente Carmen Pilar Catalan Martin de Bernardo.

emancipados que no estén previamente ya ligados por vínculo matrimonial, para lo que es imprescindible que exista consentimiento matrimonial para contraerlo, debiendo de ser éste personal, libre, consciente, espontáneo e incoercible.

En consonancia con lo dicho el transcrito artículo 42 nos dice que la promesa de matrimonio no produce obligación, puesto que si una persona deja de tener voluntad de contraer matrimonio, tiene la libertad para no llevar a cabo su celebración sin que tenga consecuencia jurídica alguna. Por lo que prima la libertad de matrimonio sobre la promesa de contraerlo.

Así el segundo párrafo del ya precitado artículo nos dice que no será admitida a trámite demanda que pretenda su cumplimiento.

Por eso, en el tema que nos ocupa, los pactos matrimoniales, no será válido cualquier pacto que perjudique o limite esta libertad matrimonial. De manera que si un acuerdo fija penalización por romper la promesa de matrimonio por alguno de los contrayentes será ineficaz¹⁸¹, no pudiendo conculcar la independencia personal.

Distinto de lo dicho hasta ahora es lo establecido en el segundo de los artículos que hemos dicho conforman el capítulo, en éste el Código Civil nos dice: *“El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”*, art. 47.

Deteniéndonos brevemente lo que ordena este precepto tenemos que señalar, que en este caso no se refiere a cualquier tipo de promesa, sino que aquí se circunscribe a una promesa válida, pues por una parte nos dice que

¹⁸¹ De la misma opinión es ABAD ARENAS, ENCARNACIÓN, *La ruptura de la promesa de matrimonio*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 209, al decir: *“De modo que tendrán la consideración de ineficaces tanto aquellas promesas de matrimonio en las que se haya pactado la obligación de contraer matrimonio, como las estipulaciones contenidas en dichas promesas para el supuesto de no celebración del matrimonio. Esta interpretación asumida por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sucesiva a la reforma practicada por la Ley 30/1081, de 7 de julio, subraya que «el tratamiento de tales negocios –patrimoniales– es la radical ineficacia [...] por lo que su régimen es la nulidad». Por tanto, tendrá la consideración de nulo y privado de cualquier efecto, cualquier pacto en el que se disponga en sentido contrario lo previsto por la norma”*.

la misma tiene que ser realizada por persona mayor de edad o menor emancipado, es decir, que tiene que haber sido realizada por una persona que tenga capacidad para contraer. Además exige que esta promesa sea cierta, por lo que de alguna forma se tendrá que poder demostrar su existencia. Entiendo que se refiere el mandato en que no puede ser una pura expectativa o un mero suponer, sino que tiene que haber existido una voluntad verdadera de futuro enlace. Y por último se requiere que no exista causa para el incumplimiento de la promesa realizada de matrimonio. Siendo tan amplio este concepto deberemos estar al caso concreto para determinar si existe o no causa justa para el incumplimiento de dicha promesa, debiendo ser el Juez el que en última instancia lo determine¹⁸². Máxime cuando han desaparecido las causas de separación y de divorcio, a priori parece chocar que no exista la necesidad de justificar el cese de la convivencia conyugal o la disolución del vínculo matrimonial y sin embargo sí se tenga que justificar causa para no contraer el matrimonio¹⁸³;

¹⁸² La anteriormente citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real refiere: *“El último precepto contempla a los esponsales como fuente de una expectativa protegida por la ley, no a través del derecho de crédito, negando en el art. 42, ni mediante la indemnización de daños, porque su infracción es un acto lícito, sino mediante la vía del enriquecimiento injusto y la obligación de repararlo. Pues bien, como negocio jurídico preliminar, la promesa de matrimonio, si bien no produce obligación de contraerlo, sí puede originar una obligación de resarcimiento en el supuesto de ruptura sin casa de dicha promesa, para ello es necesario, en primer término que la promesa sea cierta, es decir que se trate de una verdadera promesa de matrimonio dotada de una verdadera voluntad de celebración del futuro matrimonio, cuestión de hecho que puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho y en segundo lugar que la negativa de la celebración se haya producido sin causa, siendo indiferente que el incumplimiento provenga tanto por la negativa directa a la celebración del matrimonio, como por incidir una de las partes en conducta que motive para la otra apartarse de su celebración. El art. 43 CC, al suprimir “justicia” de la causa, ha eliminado la idea de proporcionalidad entre la gravedad de la causa y la gravedad de la decisión de no casarse, sin embargo con el mantenimiento de la expresión “sin causa” se pretende que la protección de la libertad matrimonial no lleva a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper la promesa contraída, puesto que en otro caso el contenido del precepto sería superfluo. Siendo fundamento de la obligación del art. 43 CC, como anteriormente se apuntaba, el empobrecimiento injusto, la indemnización que dicho precepto concede, comprende tanto los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido, entendiéndose por tales aquellas que se encuentran en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado, como las obligaciones contraídas en consideración al mismo”*.

¹⁸³ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Nº 1085/1996 de 16 de diciembre, Recurso Nº 201671993, ponente José Almagro Nosete: *“En consecuencia, sigue, por hacer supuesto de la cuestión, igual destino desestimatorio. Sin embargo, no*

pero sin embargo creo que la diferencia radica en que no se exige la causa para romper la promesa sino para el reembolso de los gastos ocasionados por la ruptura “injustificada” de la otra parte.

Respecto de la obligación que produce esta ruptura de la promesa de matrimonio realizada por persona capaz para contraer y de forma cierta, supone solamente la obligación de reparar los gastos ocasionados a la otra parte como consecuencia de la futura celebración del matrimonio. Por lo que solamente serán reembolsables las expensas que se han realizado por la parte que ha visto frustrado su futuro matrimonio y que haya perpetrado en consideración a éste.

En ningún caso será indemnizable el daño moral que pueda ser causado por la frustración de la promesa de matrimonio, ni el estado depresivo que como consecuencia de tal pueda producir en el ánimo del solicitante de resarcimiento.

Del tenor de este artículo se deduce que solamente se tiene obligación de resarcir los gastos ocasionados a la otra parte, es decir, al otro novio o novia, y no a terceros que también puede haber ocasionado gastos el futuro enlace, como por ejemplo los padres. Distinto es que si éstos en consideración al matrimonio han realizado alguna donación éstas quedarán ineficaces por falta de celebración del casamiento, como veremos enseguida.

La acción para la rescisión de los gastos ocasionados por el incumplimiento de la promesa de matrimonio cuando se da la obligación prescribe al año desde la ruptura.

puede desconocerse pese al incorrecto planteamiento de los motivos (porque no respetan los hechos probados devenidos firmes) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código civil, ya que estima "gastos hechos" y "obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido", conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquellos y estos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento”.

9. DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO

9.1. Concepto y naturaleza

El Código Civil nos dice *“Son donaciones por razón del matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los esposos”*, art. 1336.

De esta forma nos acota el Código lo que tenemos que entender por donaciones por razón del matrimonio, en el primero de los artículos del Capítulo III, el cual está ubicado justo después del capítulo dedicado a las capitulaciones matrimoniales dentro del Título II del régimen económico matrimonial.

Son estas donaciones una figura de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico, el cual ya de antiguo recogía las diversas modalidades de liberalidades por razón del matrimonio que existían¹⁸⁴, hasta que con la promulgación del Código Civil se unifican ya en una sola figura, a excepción de la dote que sigue teniendo regulación propia y separada. Es con la reforma operada por la Ley 11/1981 cuando se introducen las modificaciones que hacen que lleguen los preceptos de la donación por matrimonio con la redacción actual.

En cuanto a su naturaleza jurídica Algarra¹⁸⁵ señala que pese a su ubicación en el Código Civil no son un régimen económico matrimonial, evidentemente, ni es necesario que se efectúen en capitulaciones matrimoniales, a excepción de la donación de bienes futuros, y afirma *“nuestra doctrina coincide en afirmar que las donaciones por razón de matrimonio son unas donaciones como cualquiera otras, son donaciones en sentido propio, si bien con unos caracteres o peculiaridades especiales, que hacen que estén sometidas, en algún aspecto, a unas reglas especiales y distintas de las de la donación ordinaria”*.

¹⁸⁴ Así podemos nombrar la dote, las arras, las donaciones esponsalicias, las donaciones propter nuptias.

¹⁸⁵ ALGARRA PRATS, ESTHER, “Donaciones por razón de matrimonio”, en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *ob. Cit.*, pág. 191.

Así el art. 1337 CC *“Estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes”*, de lo que se deduce que en primer lugar, se regirán por las reglas específicas que este capítulo les dedica y posteriormente en lo no previsto por ellas por las reglas generales de la donación, y en último término por remisión de los arts. 620 y 621 CC por las disposiciones de última voluntad y por las generales de los contratos.

9.2. Requisitos y capacidad

En cuanto a los requisitos necesarios para que las donaciones realizadas a los contrayentes se consideren donaciones por razón de matrimonio son las siguientes:

En primer lugar, es requisito imprescindible que se realicen con anterioridad a la celebración del mismo, pues así lo exige el citado anteriormente artículo 1336 CC. Las realizadas posteriormente se considerarán jurídicamente donaciones ordinarias, y no se regirán por las reglas específicas del Capítulo III, aunque se hayan realizado en consideración al matrimonio celebrado.

En segundo lugar es necesario que se realicen en consideración al matrimonio, es decir, que la razón de ser de esta donación tiene que ser la futura boda que se va a celebrar entre dos personas y no otra. Por tanto también se regirán por las reglas de las donaciones ordinarias aquellas que se hagan a unos novios que en principio no tienen planeada una boda, aunque algún día se presume se vayan a casar, puesto que la finalidad de la misma no será precisamente el enlace que se va a producir.

Por último dice el precepto que tiene que ser a favor de los esposos, por lo tanto una donación realizada antes de la celebración, por razón de un matrimonio que se va a celebrar, pero que se realiza a favor de los padres de uno de ellos, por ejemplo, o de cualquier otra persona, no tiene la consideración de donación por razón del matrimonio.

Entrando a la capacidad requerida, tenemos que distinguir entre donante y donatario.

El donante puede ser cualquier persona, tanto un tercero como uno de los contrayentes.

Si se trata de un tercero la capacidad exigida será la general requerida en el art. 624 del CC, es decir, todo aquél que pueda contratar y disponer de sus bienes.

Si el donante es un cónyuge, realizando donación al otro, además de regir esta regla general, se estará a lo dispuesto en el art. 1338 CC *“El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código”*. En virtud de este artículo como se puede comprobar, se autoriza al menor emancipado, el cuál puede contraer matrimonio, a realizar donaciones a su contrayente siempre y cuando tenga la autorización de los padres o tutores.

Los donatarios, que siempre serán los futuros cónyuges como ya se ha apuntado, estarán a las reglas generales para su capacidad; y respecto al menor emancipado además el art. 1338 CC.

9.3. Aceptación de las donaciones

Actualmente es necesaria la aceptación por parte de los cónyuges según las normas generales.

Como acabamos de expresar la capacidad de los donatarios se regirá por las reglas establecidas en los arts. 625 y 626 del Código. En virtud del primero, podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello; y acto seguido por el segundo se precisa para las personas que no pueden contratar que no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin que intervengan sus representantes.

La regla específica contenida en el art. 1338 CC para los menores emancipados se remite a la regla general, por lo que se estará a lo que hemos expuesto hasta el momento, necesitando solamente el complemento de capacidad para la aceptación de donaciones condicionales u onerosas.

9.4. Forma

No existe regla específica respecto de la forma de las donaciones por razón de matrimonio, a excepción de las donaciones de bienes futuros que pueden donarse los futuros consortes, como veremos.

Las reglas generales prescriben que las donaciones de bienes muebles se podrán realiza tanto verbalmente como por escrito, necesitando la entrega simultanea de la cosa en el primer caso; para los inmuebles es necesario sin embargo la escritura pública, que no necesariamente tiene que ser la de capitulaciones matrimoniales pero sí puede ser facultativamente en ésta, a excepción de los bienes futuros que sí que precisan que sean realizadas a través de éste instrumento, por lo que un pacto matrimonial puede contener una donación por razón de matrimonio entre los futuros cónyuges.

9.5. Obligación de saneamiento

El art. 1340 CC dispone *“El que diere o prometiére por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe”*.

9.6. Objeto de la donación

Con carácter general, aplicable a cualquier donante, se podrá donar cualquier bien presente, con tal que se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir según con sus circunstancias.

Tampoco podrá ser objeto de donación aquello que exceda de lo que se pueda dar o recibir por testamento.

9.6.1. Bienes presentes y futuros

Como decimos, solamente se podrán donar los bienes presente, puesto que el art. 635 CC veta que se puedan donar bienes futuros, dándonos un concepto de lo que son éstos al decir que son aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Sin embargo, entre los cónyuges sí que es posible la donación de bienes futuros. Lo recoge el artículo 1341 CC *“Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes.*

Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada”.

Requisito necesario e imprescindible para que se puedan llevar a cabo estas donaciones futuras entre cónyuges es que se realicen en capitulaciones matrimoniales. Además sus efectos solo serán para el caso de muerte.

9.6.2. Presunciones

Establece el art. 1339 CC que *“Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa”.*

Por tanto, si nada se dice pertenecerá a ambos futuros esposos por partes iguales, pudiendo establecer otro porcentaje entre ellos o incluso que la donación de haga solamente a favor de uno de ellos y por tanto tenga la propiedad del 100 % de la donación.

En caso de ser copropiedad entre ambos cónyuges siempre será un pro indiviso ordinario, puesto que siendo las donaciones por razón de matrimonio forzosamente realizadas antes de éste, al no existir todavía obviamente no puede haber régimen matrimonial por lo que el bien donado en el porcentaje que corresponda siempre será privativo.

9.7. Ineficacia por falta de matrimonio

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1342 del Código Civil estas donaciones quedarán sin efecto si el matrimonio no llegara a contraerse en el plazo de un año¹⁸⁶.

¹⁸⁶ En cuanto a la ineficacia de la donación por razón de matrimonio por el transcurso de un año, es ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3ª) N° 281/2002, de 31 de julio, diferenciando esta ineficacia por el transcurso del tiempo, de los gastos ocasionados para el matrimonio que no llega a celebrarse, así afirma *“Resulta ciertamente discutible la calificación jurídica de los*

La no celebración puede ser por cualquier casusa voluntaria o involuntaria por parte de los futuros contrayentes.

9.8. Revocación

Se prevé en el artículo 1343 CC que expresa *“Estas donaciones serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos.*

En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa, la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron.

En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe. Se estimará ingratitud además de los supuestos legales el que el donatario incurra además de los supuestos legales el que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo

hechos expuestos. La calificación de préstamo es muy dudosa. Los interesados sostenían una relación íntima de noviazgo y proyectaban contraer matrimonio. La propia actora así lo expresaba en la demanda de conciliación interpuesta en reclamación de la suma entregada. Y la realidad del proyecto matrimonial se afirma también por el demandado, siendo lógico admitirlo como cierto, ya que los novios no convivían como un matrimonio, ya que no tenían nada en común (ni vivienda, ni bienes, ni cuentas bancarias, etc.). Cada uno convivía con su propia familia natural.

Es por ello que la relación jurídica que mejor le cuadra a la situación originada es la de una donación por razón de matrimonio, cuya regulación se en los contiene en los artículos 1336 a 1343 del Código Civil, siendo especialmente aplicable al caso de autos el 1342, según el cual, quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a celebrarse en el plazo de un año.

Se trata de una ineficacia establecida por ministerio de la Ley. La acción para recuperar lo entregado, en su caso, no es la del párrafo segundo del artículo 43 del Código Civil, que sólo se refiere a la reclamación que se entabla para el resarcimiento de los gastos que el propio reclamante haya tenido en razón del matrimonio prometido y no contraído, por culpa del otro.

Una donación por razón del matrimonio, hecha por el novio a la novia o viceversa, no es un gasto matrimonial, sino una liberalidad, que queda sin efecto, si el matrimonio proyectado no llega a celebrarse en el plazo de un año, a contar de la fecha en que se hizo la donación, y ello con total independencia de quién fuese el culpable de la ruptura de las relaciones de noviazgo”.

855 o le sea imputable, según sentencia, la causa de separación o divorcio”.

9.8.1. Causas

Vamos a desgranar, por partes, las causas que prevé el mencionado artículo 1343 respecto de la revocación de las donaciones por razón de matrimonio.

En primer lugar se establece una causa que podríamos llamar general, que se establece para cualquier donante, con independencia que sea un tercero o uno de los contrayentes, y es la revocación por las causas comunes de la donación con excepción de la supervivencia o superveniencia de hijos.

Tenemos que recordar en este punto cuales son las causas de revocación de las donaciones en general, las cuales encontramos en los artículos 647 y 648 CC. Por el primero de ellos se podrán revocar las donaciones a instancia del donante cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que le impuso aquél.

En cuanto al segundo el Código establece *“También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:*

1º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.

2º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

3º Si le niega indebidamente los alimentos”.

Por tanto, repetimos, son las causas de revocación de las donaciones establecidas con carácter general para cualquier donación las que, con excepción de la de supervivencia o superveniencia de hijos, las que se aplicarán a las donaciones por razón de matrimonio sea quien sea el donante.

Luego existen unas causas especiales y específicas para cuando el donante es un tercero, así se podrá revocar la donación por la anulación del

matrimonio y por la separación y divorcio si el cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que los causaron.

Llama aquí la atención que el precepto citado siga hablando de causas de divorcio y de cónyuge culpable. Es extraño que la promulgación de la 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que eliminó las causas de divorcio y el sistema culpabilista de nuestro ordenamiento jurídico, no reformara el citado artículo¹⁸⁷.

¹⁸⁷ En este sentido se pronuncia también DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La supresión de las causas de separación...”, ob. Cit.: “Ya antes de la Ley 15/2005, con ocasión de las reformas de 1981, esta regulación fue objeto de críticas por no tener en cuenta que la regulación del CC sobre crisis matrimoniales se configuraban como ruptura o remedio y no como sanción (49). En este sentido, DÍEZ-PICAZO se inclinaba por la irrelevancia de la separación y el divorcio en la eficacia de las donaciones otorgadas por terceros, afirmando: «la base del negocio en las donaciones “propter nuptias” realizadas por terceras personas es simplemente la celebración del matrimonio. Por eso, la separación y el divorcio, que pueden distar mucho del momento inicial, no deben ejercer influencia para modificar “a posteriori” la eficacia de esas donaciones». Por lo que se refiere a las donaciones otorgadas entre los contrayentes, consideraba este autor que debían valer los mismos argumentos, estimando que «en los casos de separación y divorcio, deben quedar sin efecto las donaciones otorgadas para un momento futuro y todavía no cumplido (p. ej., las donaciones para caso de muerte), pero no tiene demasiado sentido reclamar la restitución de lo que fue inicialmente donado »...

Si éste era el planteamiento mayoritario con anterioridad a la Ley 15/2005, la cuestión es mucho más patente después de ésta, en cuya Exposición de Motivos se destaca que «el derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la concurrencia de causa alguna». Si en un sistema causal como el nuestro ya era criticable que al donatario le fuera imputable la causa de la separación o el divorcio, en un sistema sin causa, como el actual, parece imposible que al donatario le sea imputable algo que ha desaparecido, que no se considera necesario para solicitar la separación o el divorcio, sin que la sentencia tenga que pronunciarse sobre cuestiones relativas a la imputabilidad de la crisis matrimonial a uno de los cónyuges.

Lo que llama la atención en este punto es que no se haya procedido a modificar el art. 1343 del CC, de la misma manera que se ha hecho con los arts. 834 y 835 CC con relación a la legítima del cónyuge viudo. ¿Fue el legislador en 2005 consciente de la regulación de la revocación de las donaciones por razón de matrimonio y quiso mantener un régimen especial, o se trata más bien de un olvido? A la hora de interpretar actualmente el art. 1343 del CC, tomando como referencia la nueva regulación de la separación y el divorcio, cabrían las siguientes alternativas: Una primera posibilidad sería la de adoptar el mismo planteamiento utilizado por algunos autores con anterioridad a la reforma de 2005, en el sentido de admitir como posible causa de revocación de donaciones por razón de matrimonio el dato de que sea uno de los cónyuges el que haya motivado la crisis. Este planteamiento es el que subyace en aquellos autores que consideran que la omisión de toda referencia a causas de

Por último se prevén unas causas especiales y específicas para las donaciones efectuadas por los propios contrayentes, en el que además de las causas específicas a las que se hubiera podido subordinar la donación, se reputará también como incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y también, en los supuestos legales en los que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855¹⁸⁸ o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio.

separación específicas, al margen de la voluntad de los cónyuges, no implica que tales «causas» no existan pues serán las que normalmente subyazcan en la solicitud, incluso unilateral, de separación o divorcio. Por esta vía parece que la infracción de los deberes conyugales que recogen los arts. 67 y 68 del CC abriría la posibilidad de solicitar la revocación.

Esta manera de enfocar las cosas no me parece convincente porque parece claro que el legislador de 2005 ha querido dejar de lado toda idea de culpabilidad o de imputabilidad a la hora de regular las crisis matrimoniales y sus consecuencias. Algunos autores argumentan, además, que el procedimiento de separación o divorcio no va a servir para demostrar la causa de la ruptura o a cuál de los cónyuges es imputable ésta, de manera que tendría que ser en un procedimiento distinto (aquél en el que se insta la acción de revocación) donde se probara la infracción de los deberes conyugales, lo que vendría a reproducir el conflicto de la pareja ante un Juez distinto al de Familia.

Cabría, en segundo lugar, entender que el art. 1343 del CC queda vacío de contenido en la parte que se refiere a la separación y al divorcio, pero que mantiene su vigencia en todo lo demás, de manera que los casos de crisis matrimonial podrían tener entrada por otras vías. Lo que ocurre es que habría que diferenciar entre las donaciones por razón de matrimonio otorgadas por terceros y las otorgadas por los futuros cónyuges”.

¹⁸⁸ Serán causas de revocación de las donaciones efectuadas por razón de matrimonio de un cónyuge al otro, las causas indicadas en este artículo para la desheredación, señalando que son: “Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los número 2º, 3º, 5º y 6º, las siguientes:

1ª Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.

2ª Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170.

3ª Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.

4ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación”.

Por remisión a las causas expresadas del artículo 756 también se podrá revocar la donación en los siguientes supuestos:

“2º El que fuere condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Respecto de la primera especialidad, que se anule el matrimonio y el donatario hubiese obrado de mala fe, el precepto sigue en la línea de entender que pese a no haber existido matrimonio, ya que se ha decretado la nulidad del mismo, respetar los efectos creados para el cónyuge que ha actuado de buena fe, es decir, éste podrá revocar la donación que él hubiese realizado a su cónyuge, pero en cambio su consorte no podrá revocar la donación realizada a él, considerándose en este caso el matrimonio putativo en cuanto a los efectos para el cónyuge de buena fe.

En cuanto a la segunda especialidad, no existen demasiados problemas en cuanto a la revocación por que el donatario incurra en alguna de las causas de desheredación expresadas, la cuestión se complica en el supuesto de serle imputable la casusa de separación o divorcio, puesto que, como hemos mencionado para cuando el donante es un tercero, desaparecidas las causas y la culpa en el divorcio en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, poco recorrido puede tener ésta causa.

9.8.2. Restitución

Dado que en este capítulo el Código Civil nada dice respecto de los efectos de la revocación de las donaciones efectuadas por razón del matrimonio, debemos buscarlos entre las reglas ordinarias de la donación.

Así las donaciones revocadas por haber dejado de cumplir alguna de las condiciones que impuso el donante, tendrán como consecuencia la restitución de la cosa donada, quedando nulas las enajenaciones que el

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

3º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

5º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

6º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior”.

donatario hubiese hecho y las hipotecas que hubiere impuesto, con la limitación respecto a terceros impuesta por la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, para las revocaciones efectuadas por causa de ingratitud, procediendo también la restitución de las cosas donadas, pero quedando subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad, siendo nulas las posteriores, pero teniendo derecho en este caso a reclamar el valor.

9.9. Donaciones durante el matrimonio

Como hemos dicho una de las características principales de las donaciones por razón de matrimonio, es el que las mismas se producen con anterioridad a la celebración del mismo, y que por tanto, las realizadas una vez se haya este producido no tendrán tal consideración.

¿Qué ocurre con las donaciones realizadas durante el matrimonio? ¿Son válidas estas donaciones? La respuesta debe de ser afirmativa. Cualquier donación realizada con posterioridad a la celebración del matrimonio es posible realizarla, y será válida si cumple con los requisitos establecidos con carácter general para las donaciones, puesto que no teniendo este carácter específico de donación por razón del matrimonio, se regirán por las normas de la donación ordinaria.

Tampoco existirá problema alguno en que la donación se haga entre cónyuges una vez casados, puesto que será como decimos considerada como una donación común, y en virtud de la libertad de contratación entre los cónyuges y la posibilidad transmitirse cualquier clase de bienes y derechos por cualquier título, que establece el art. 1323, podrán hacerse cualquier donación, respetando los límites establecidos para esta figura, constante matrimonio.

10. EL PROTOCOLO FAMILIAR

El protocolo familiar es un instrumento jurídico por el cual los miembros de una empresa familiar para prevenir los conflictos que pueden surgir acerca de la administración, sucesión y gobierno de la misma. Su misión es ordenar las relaciones de la empresa con sus integrantes¹⁸⁹.

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, publicado en BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007, ofrece una definición: *“A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre la familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”*.

Para Granjo¹⁹⁰, el protocolo familiar lo delimita: *“como el documento general marco, vivo y articulado desarrollado a través de subprotocolos específicos a las necesidades de la empresa familiar concreta, a fin de regular sus relaciones mercafamiliares en evitación y/o solución de*

¹⁸⁹ En este sentido BARRIO GALLARDO, AURELIO, “Pactos en previsión...”, ob. Cit.: entiende el autor que los pactos matrimoniales son un instrumento para preservar ciertos patrimonios como la empresa familiar, al decir: *“Pero los acuerdos en previsión de una futura ruptura no son un instrumento jurídico reservado solamente a escarmentados que continúan arrastrando el pago de pensiones provenientes de un matrimonio anterior. Aunque la práctica evidencia esa voluntad de proteger el propio patrimonio en beneficio de los hijos procedentes de un enlace anterior frente al nuevo cónyuge, el contrato rector de una crisis es idóneo en otros escenarios distintos de las familias reconstituidas. Puede resultar útil en patrimonios de cierta entidad que cuenten con algún factor de singularización, y así por ejemplo: dejar a salvo la empresa familiar de los avatares que pueda padecer la relación sentimental o de pareja (Paz Ares, 2008); si no puede salvarse el matrimonio al menos que el negocio quede intacto y pueda asegurarse su continuidad. Estas previsiones, en contemplación a un futuro divorcio suelen ser materia integrada en los protocolos familiares, siguiendo el consejo de algunos profesionales. Sin embargo, al igual que sucede con el compromiso de otorgar capitulaciones obligándose a pactar separación de bienes, es bastante dudoso que pueda imponerse la perfección de un acuerdo prematrimonial entre los miembros de la familia empresaria y sus consortes”*.

¹⁹⁰ GRANJO ORTIZ, ANIA, “La virtualidad jurídica del protocolo de la empresa familiar. Pactos para la contratación laboral de familiares y externos”, en PLAZA PENADÉS, JAVIER (Dir.), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 118.

conflictos y asegurar con ello la continuidad y sucesión de las Empresas Familiares”.

Añadiendo la citada autora que la finalidad primordial de todo protocolo de la empresa familiar *“no es otro que la evitación y resolución de conflictos en el seno de la EF así como asegurar la continuidad de la misma a lo largo de sucesivas generaciones en un clima de cordialidad mercafamiliar”.*

Su contenido puede ser muy amplio, abarcando diversos aspectos de la organización, gestión y trasmisión de una determinada empresa.

Una vez firmado el protocolo familiar es necesario que se materialice.

Para ello se desarrolla a través de diversos instrumentos jurídicos como pueden ser los estatutos, las capitulaciones matrimoniales¹⁹¹, o el testamento.

La prohibición de pactos sucesorios o de testamento mancomunado en el derecho común como hemos tenido ya ocasión de señalar dificulta la materialización del protocolo familiar obligando a sus miembros a tener que realizar instrumentos jurídicos individuales.

Desde el tema que nos ocupa, podemos decir, que los miembros integrantes de una empresa pueden convenir en sus capitulaciones matrimoniales un determinado régimen económico, o realizar algunos

¹⁹¹ Destaca REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ, “La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar”, en PLAZA PENADÉS, JAVIER (Dir.), *Cuestiones Jurídicas...*, ob. Cit. Alt., pág. 108; *“Los intereses personales o familiares del fundador y los de la empresa normalmente se encuentran afectados por el modelo de economía matrimonial, que puede ser elegido en los capítulos matrimoniales.*

Las capitulaciones matrimoniales son un valioso instrumento para consolidar la economía familiar; conservar la empresa y proyectar su continuidad más allá del paso de las generaciones.

A tal fin, es recomendable tomar en consideración, el carácter de la empresa y además, la articulación de la vida empresarial determinada en el protocolo familiar y los criterios de adjudicación de la cuota de poder y responsabilidad de cada uno de los sucesores tras el fallecimiento del empresario determinados en el testamento, con el fin último de conservar el poder de la empresa en manos de la familia, evitando que pase a terceras personas y, con ello, que la empresa pierda su carácter familiar.

Lo aconsejable, en cuanto a la elección del régimen económico del matrimonio, sería recurrir a los capítulos matrimoniales para diseñar un modelo que se adecuase de forma específica a su situación particular, dado que ningún régimen puede conciliar plenamente las necesidades de los esposos con los de la empresa familiar...”.

pactos con la intención de salvaguardar la empresa si surge una crisis matrimonial.

Algunos de los pactos más significativos en este aspecto para salvaguardar la empresa familiar pueden ser:

- Pacto en relación a los efectos económicos de acciones o participaciones suscritas por derechos que le correspondan al empresario, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Excluyendo el derecho de crédito entre los cónyuges si se utiliza dinero común, pero las acciones o participaciones siguen teniendo carácter privativo.

- Pacto de disposición de las acciones o participaciones por su titular, excluyendo la regla general de disposición conjunta de los cónyuges.

- Adjudicación preferente de la empresa en caso de liquidación del régimen económico matrimonial a favor del titular.

- Renuncia de compensaciones económicas o de pretensiones que pongan en peligro los bienes de la empresa familiar.

Siendo el contenido de estos pactos básicamente de carácter patrimonial, son plenamente válidos y siempre que respeten los límites generales de la autonomía de la voluntad, serán perfectamente eficaces.

CAPITULO IV. PACTOS REALIZADOS EN EL MOMENTO DE LA CRISIS MATRIMONIAL. EL CONVENIO REGULADOR

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONVENIO REGULADOR

Como ya hemos puesto de manifiesto, la concepción del derecho matrimonial tuvo un gran cambio producido por la Ley 30/1981, de 7 de julio. Hasta la citada Ley el derecho de familia tenía muy limitada, la autonomía de la voluntad, siendo a partir de esta reforma cuando se introduce la figura del convenio regulador, a través del cual se permitió que los cónyuges pudieran regular los efectos derivados de su separación o divorcio.

El Código Civil, hace alusión al mismo en diferentes artículos para exigir su formulación en los procedimientos de separación o de divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno de los cónyuges con consentimiento del otro, tanto cuando existen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente, decretado judicialmente, o sin la existencia de éstos o siendo mayores de edad, ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario. Sin embargo no da un concepto del mismo.

Podemos decir, que el convenio regulador es un negocio jurídico¹⁹² de derecho de familia mediante el cual los otorgantes¹⁹³ de mutuo acuerdo o

¹⁹² DÍEZ-PICAZO, LUIS, “El negocio Jurídico del Derecho de familia”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo XLIV, 1962, págs. 171 y ss., ya abogaba por esta consideración de negocio jurídico en el derecho de familia cuando ciertos autores seguían afirmando el carácter de derecho público de la materia, cuando decía: *“Los negadores de la admisibilidad de la figura del negocio jurídico en derecho de Familia, se apoyaban en la premisa de que este campo jurídico está dominado por el interés público de cuya tutela se encargan los órganos del estado y los órganos familiares. Los actos familiares de declaración de voluntad serían, según esta opinión, actos de heteronomía y no de autonomía: actos de poder estatal o actos de poder familiar. A nuestro juicio, los actos jurídico-familiares (por ejemplo, matrimonio o adopción), no pueden en rigor llamarse actos estatales. El acto es esencialmente un*

uno con el consentimiento del otro pactan los efectos por los cuales se registrará su nueva situación de separación o divorcio tras la crisis matrimonial.

En cuanto a su naturaleza jurídica, comparto la opinión de Torrero¹⁹⁴, en que se trata de un negocio jurídico sui generis, ya que por una parte interviene la autonomía de la voluntad, y de otra, el control judicial¹⁹⁵.

acto jurídico privado, en el que por razones de orden técnico político (certidumbre, claridad, publicidad, control), se adiciona la intervención estatal, que no traspasa la naturaleza de una solemnidad constitutiva. Reducir a actos de ejercicio de un poder familiar aquellos actos en los que libremente se extinguen, modifican o constituyen relaciones familiares o estados civiles, nos parece equivocado.”

¹⁹³ Los otorgantes serán los cónyuges (o los progenitores en caso de medidas de hijo extramatrimonial). En cuanto a la capacidad, como señala PÉREZ GALVÁN, MARÍA, “Convenio Regulador”, en ROCAS TRÍAS, ENCARNACIÓN, *Crisis Matrimoniales*, Ed. Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2014, pág. 13, deberán de ser mayores de edad, añadiendo “*Cuando un contrato, en este caso el convenio, es ratificado ante el juez en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y es aceptada esa ratificación por éste sin observar en la persona que lo ratifica ninguna alteración de su capacidad de comprender el alcance del documento, se presume que la persona que lo otorga tiene capacidad mental para hacerlo*”, añadiendo que el menor emancipado por razón de matrimonio también puede suscribirlo, pero “*para el caso de que deba transigir sobre bienes inmuebles o constituir garantías reales, será necesario la concurrencia de su tutor o, en su caso, del curador*”. En los incapacitados se estará al grado de incapacitación, que el Ministerio Fiscal y el Juez analizarán caso por caso.

¹⁹⁴ TORRERO MUÑOZ, MAGDA, “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, en LLOPIS GINER, JUAN MANUEL (Coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 32.

¹⁹⁵ Respecto de la naturaleza jurídica DIEZ-PICAZO, LUIS, “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en VILADRICH, PEDRO JUAN (Coord.), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, pág. 43. “*Por lo que al convenio regulador propiamente se refiere, hay que señalar que el poder que se reconoce a la voluntad de las partes no es consecuencia de un desinterés o abandono de las situaciones reguladas por parte del legislador. Lejos de ello, nos parece que se trata simplemente de reconocer que los que están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos otros que, distanciados, sólo podrían formular un juicio demasiado abstracto. Los que no debe olvidarse ... es que la opción aquí no es entre la ley y el negocio, entre la lex publica y la lex privata... Es la elección entre la reglamentación imperativa del Juez y la consentida por las partes. Esto significa ante todo, que el convenio presenta una doble limitación: a) En primer lugar, el convenio es una vía de ejecución de la ley y no de*

Pues es precisamente esta aprobación judicial¹⁹⁶ lo que le caracteriza y diferencia de otros pactos a los que los cónyuges pueden llegar tanto antes de surgir la crisis matrimonial, como son los pactos prematrimoniales o las capitulaciones, como una vez ya surgida la misma, que dará lugar a los convenios privados no ratificados ante sede judicial.

Esta aprobación será necesaria para su eficacia, pero no para su validez, que la tendrá siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la misma.

2. CONTENIDO INDISPENSABLE

Éste está recogido en el apartado primero del art. 90 CC *“El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:*

sustitución de la ley. ... b) En segundo lugar, creo que también está en juego, en este lugar, el tema de los límites generales de la autonomía privada, entre los cuales se encuentra la frontera de lo indispensable, por pertenecer a la que le ha llamado, en la técnica del Derecho civil, «el orden público», pues, a mi juicio, orden público y ámbito indisponible son conceptos sinónimos”.

¹⁹⁶ Como ya hemos adelantado tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria ha habilitado a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios para conocer de la separación y divorcio de mutuo acuerdo cuando no existan hijos o éstos no sean menores de edad no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, por lo que esa aprobación del convenio deja de ser función exclusiva de los jueces que ahora comparten con los sujetos señalados.

Sobre ésta misma reflexión comenta CONDE FUENTES, JESÚS, “Aspectos procesales de la separación y divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia”, en PERALTA CARRASCA, MANUEL (Director), *Derecho de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 75: *“La concepción actual de la institución del matrimonio, tanto en lo que se refiere a sus supervivencia como a su conclusión, se sustentan en la libertad y en la autonomía personal de los cónyuges, sin perjuicio de que el Estado pueda intervenir para controlar las decisiones adoptadas y las medidas que se acompañan. De este modo, el debate suscitado a la hora de legislar en esta materia se ha centrado en si tal control debe atribuirse necesariamente a los órganos jurisdiccionales o si bien puede encomendarse a otros profesionales, como ha hecho la Ley 15/2015 con los Letrados de la Administración de Justicia, en una opción de política legislativa”.*

a) *El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.*

b) *Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.*

c) *La atribución del uso y de la vivienda y ajuar familiar.*

d) *La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.*

e) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.*

f) *La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.*

Como es obvio no la totalidad de los extremos contenidos en el artículo 90 serán incluibles en todos los casos. Pasemos a estos pactos que debe contener el convenio.

2.1. Patria potestad

Como hemos tenido ocasión ya de pronunciarnos, la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes irrenunciable, y que solamente se puede privar de ella a un progenitor, que la posee por el mero nacimiento de un hijo, en virtud de resolución judicial. Así el art. 170 del CC dicta que podrán ser privados total o parcialmente por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma por sentencia fundada en este hecho o dictada en una causa criminal o matrimonial.

Siendo un precepto restrictivo de los derechos inherentes de los padres deberá ser aplicado de forma restrictiva.

Así lo ha recogido el TS¹⁹⁷ “*En efecto, sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Julio y 18 de Octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1992 y 31 de*

¹⁹⁷ STS N° 900/2005, de 10 de noviembre, N° Recurso 1540/1999, ponente Clemente Auguer Liñan.

Diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contratados y suficientemente significativos de los que se pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo”.

Por ello no cabe el acuerdo sobre su exclusión en ningún tipo de pacto matrimonial, tampoco en el convenio regulador.

En la práctica los convenios suelen contener la cláusula por la que se proclama que la patria potestad la ostentarán de ambos otorgantes, aunque como vemos, es superflua puesto que esto es así aunque nada dijera el convenio al respecto.

El propio artículo 90 da por sentado que la patria potestad la ostentan ambos progenitores, pues habla del cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, y lo único que permite pactar es el ejercicio de ésta, en su caso.

Por su parte el artículo 92.4 CC *“Los padres podrán acordar en el Convenio Regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”.*

Pues bien, lo que sí se permite es que los padres acuerden mediante convenio que el ejercicio de ésta patria potestad sea ejercida por uno de ellos en determinados asunto o en general.

No es infrecuente el pacto en este sentido cuando los progenitores viven en lugares muy distantes o, sobre todo, en los procesos de medidas de hijo extramatrimonial cuando durante años ha sido solamente uno de los progenitores el que se ha ocupado en solitario de todas las decisiones que afectan al menor.

Las principales previsiones que se hacen al respecto son en relación con la toma de decisiones, como la elección de centro escolar, la información que proporciona éste, temas sanitarios o de asistencia al menor,

participación en actos o eventos, entre los que se incluyen los religiosos como puede ser la primera comunión. Son precisamente los temas de carácter patrimonial los que menos se prevén, quizá porque pese a lo que pueda parecer son los que menos conflicto crean, soliendo limitarse a los actos de administración o disposición de bienes titularidad de los menores, que en la práctica la mayoría de veces se reducen a una cuenta bancaria o libreta de ahorro.

Además tenemos que distinguir entre los actos de ejercicio ordinario¹⁹⁸ que puede el progenitor custodio llevar a cabo sin necesidad del consentimiento del otro progenitor, o que el art. 156 CC da en llamar los que realice uno de ellos conforme al uso social, además de aquellas

¹⁹⁸ Es difícil precisar que actos tienen cabida dentro del ejercicio ordinario de la patria potestad y cuales exceden de éste, pues el citado artículo del Código Civil, se vale de conceptos indeterminados para definirlos y en poco precisa cuales pueden ser entendidos como tal. En la jurisprudencia también se recoge la imposibilidad de mayor concreción, como lo hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 22 de febrero de 2003: *“...siendo compartida por ambos progenitores la patria potestad, que debían adoptarse de mutuo acuerdo las decisiones más trascendentes que afecten a la vida del menor, con la obligación de la madre de informar al padre de aquellas incidencias que así lo aconsejen por su entidad, trascendencia o gravedad, decidiendo el Juez, en caso de discrepancia. Pronunciamiento que debe considerarse correcto en una situación como la presente de patria potestad compartida, que no afecta a la guarda y custodia atribuida a la madre, en cuyo ejercicio incumbe a ésta la toma de decisiones en el curso de la vida cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal u ordinaria en la educación y desarrollo del menor. La resolución de instancia concreta suficientemente esa necesidad de información y mutuo acuerdo, refiriéndolas a aquellos aspectos de especial entidad, trascendencia o gravedad, lo que, por estas mismas características, se entiende que exceden del ámbito propio de lo que es la guarda y custodia para incardinarse en el de la patria potestad. Aun cuando la Sala es consciente de que la ausencia de un mayor detalle puede ser fuente de litigiosidad entre las partes, máxime a la vista del indeseable enfrentamiento que respecto de estas cuestiones mantienen ambos progenitores, no es posible fijar a priori cuales sean los actos necesitados de ese acuerdo mutuo, insistiendo únicamente, con relación a los temas de educación o asistencia sanitaria en los que más se centraron las partes, que no entran en ese ámbito los que pueden considerarse normales en un niño de esa edad (tales como, sin ánimo exhaustivo, actividades extraescolares, asistencia a convivencias, ayudas en el estudio, revisiones pediátricas, asistencia médica en casos de no especial gravedad) y sí, por el contrario, los que exceden de esa calificación (así, por ejemplo, la elección de colegio, que fue motivo de discrepancia entre las partes, o cambio posterior a otro centro escolar, asistencia o tratamiento médicos en cuestiones de mayor trascendencia), apelando en todo caso al buen sentido de ambos litigantes para evitar que la concreción de tales aspectos en cada caso particular no se convierta en motivo de conflicto en perjuicio de todos”*.

situaciones o circunstancia de urgente necesidad, de aquellos otros que podríamos calificar de extraordinarios para los cuales es necesario el consentimiento de ambos padres o en su defecto la autorización judicial.

Obviamente afectando directamente al menor, y tratándose de una materia con una disponibilidad tan restringida, el Juez podrá no aprobar un pacto sobre el ejercicio de la patria potestad de un menor si entiende que perjudica al interés superior de éste. Por supuesto que un pacto sobre su titularidad será nulo de pleno derecho.

2.2. Guarda y custodia

Como ya he señalado el ejercicio de la patria potestad conlleva una serie de funciones que tienen que ejercer los padres entre las que se encuentra el tener a los hijos en su compañía.

Una vez producida la ruptura matrimonial, y viviendo cada uno de los progenitores en un domicilio distinto, obviamente los hijos menores de edad tendrá que fijar su residencia en uno de los domicilios de los padres, y precisamente el encargado de vivir con ellos el que ostentará la guarda y custodia, a excepción de que ésta se otorgue o pacte compartida, caso en el que el menor convivirá por periodos iguales con su padre y con su madre.

El ostentar la guarda y custodia no merma en ningún caso las demás deberes y derechos inherentes a la patria potestad¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Así lo expresa, CRESPO ALLUÉ, FERNANDO, “La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial”, en CUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA (Coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1ª Edición, 2009, Pág. 67: “La custodia de los hijos es una función más de las que conforman el contenido de la patria potestad, que se despliega en todos aquellos deberes parentales que requieren contacto directo y constante con el menor. Igualmente, el ejercicio de la patria potestad por el progenitor custodio deber entenderse en sentido restringido, en relación con las funciones propias de la convivencia con el hijo; el ejercicio en sentido amplio, esto es, como poder de decisión sobre la vida del hijo, lo seguirán ostentando ambos padres.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el contenido residual de la patria potestad, o lo que es lo mismo, las facultades de ejercicio que conserva el progenitor no custodio, se identifica con lo que es permanente, importante y trascendente, fundamentalmente en materia de nacionalidad, vecindad y domicilio, capacidad de

Desde la promulgación del Código Civil la institución de la guarda y custodia ha ido cambiando a lo largo de los años, aunque como veremos no ha sido hasta los últimos años cuando ha evolucionado de manera equitativa y respetando los derechos y la igualdad entre ambos progenitores.

Además en muchas ocasiones el propio texto legal confundía o utilizaba indistintamente los términos guarda y patria potestad, sin realizar la distinción que entre ambas figuras existe, además de utilizarla como “*castigo*” contra el cónyuges culpable hasta la supresión de las causas de separación.

Primeramente hasta la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio el Código Civil atribuía la guarda y custodia de los hijos en las situaciones de nulidad o separación según las reglas preestablecidas en su propio articulado²⁰⁰ dejando un mínimo por no decir casi nulo margen al poder de decisión de los propios progenitores.

obrar, educación, formación y sanitaria de cierta envergadura. La custodia, en consecuencia, quedaría ligada fundamentalmente a la convivencia y, en consecuencia, a las decisiones diarias sobre la salud, la educación y la disciplina y el orden común y decisiones o el complemento de capacidad del menor en materias como la nacionalidad, la vecindad y el domicilio y, en general, su capacidad de obrar. En determinaciones cotidianas, de menor importancia y trascendencia, de las que impliquen mayores consecuencias y riesgos.

Concluyendo, la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores no ha de conllevar la atribución de más derechos sobre el menor que el progenitor no custodio”.

²⁰⁰ El artículo 70 del Código Civil establecía: “*La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos:*

Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.

Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado de ambos sexos.

Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres.

Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre.

Sin embargo de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él.

Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso”.

No es hasta la entrada en vigor de ésta Ley, como ya hemos referido, cuando se introduce la figura de convenio regulador permitiendo regular los efectos que producirá la situación creado post crisis matrimonial, y en el caso que nos ocupa, regular por parte de los cónyuges la guarda y custodia de sus hijos menores de edad.

A partir de entonces se viene permitiendo que a través del convenio regulador, presentado en un procedimiento de mutuo acuerdo o a iniciativa de uno con el consentimiento del otro cónyuge, los otorgantes decidan al cuidado de quien se van a quedar los hijos menores de edad habidos del matrimonio, pudiendo incluso también optar, como no, por el establecimiento de una custodia compartida, que el Texto Legal no contempló hasta la reforma introducida en virtud de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Siendo materia que afecta directamente a menores de edad y debiendo primar sobre todo su interés superior éstos pactos podrán ser rechazados por el Juez en el momento de ejercer su control sobre el convenio presentado, denegando su aprobación y requiriendo a los otorgantes para realizar las modificaciones precisas, y en último caso dictar las medidas que crea oportunas de acuerdo con lo más conveniente para el menor

No obstante el artículo 71 dejaba abierta la puerta a que los padres decidieren otro modo de cuidado de los hijos, eso sí a no ser que en la Sentencia de nulidad el Juez ya hubiere proveído sobre éste punto o que el Juez encargado de la ejecución por algún motivo aplicara su criterio discrecional.

Para el caso de separación el art. 73 al disponer los efectos que ésta producía “... *Segundo. Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente.*

Si ambos fueren culpables, el Juez, discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos conforme a las disposiciones de este Código. Esto no obstante si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los niños menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dio origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos. En otro caso se les proveerá de tutor. La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que éste Código le impone respecto de sus hijos...”, añadiendo los dos últimos párrafos en idéntico sentido a la nulidad.

recabando informe del Ministerio Fiscal y oyendo a los menores si tuvieran suficiente juicio²⁰¹, y lo creyera necesario, o recabando los informes que crea oportunos del Equipo Técnico Judicial para determinar el régimen de custodia más idóneo para el menor.

Así la ley para los casos en que existe violencia de género faculta al juez para proteger al menor de la siguiente forma: *“El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores...”*²⁰².

2.3. Visitas y comunicaciones con el progenitor no custodio

Uno de los extremos que ordena el art. 90 del Código Civil como contenido que debe acoger el convenio regulador es el régimen de comunicación y estancia que debe disfrutar el menor de edad con su progenitor no custodio.

Se trata de un derecho-deber que debe procurar sobre todas las cosas el interés superior del menor, así se encarga de recordarlo la jurisprudencia²⁰³.

²⁰¹ Así lo dispone el apartado 6 del art. 92 del Código Civil *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores de edad que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda y custodia”*.

²⁰² Art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²⁰³ Entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona N° 372/2008 de 29 de mayo, Recurso N° 763/2997, siendo ponente Margarita Blasa Noblejas Negrillo:

Es un derecho legalmente establecido y que por tanto ningún pacto puede excluir, otra cosa distinta es que se permita, o incluso en el seno de un procedimiento de mutuo acuerdo o a iniciativa de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se exija, su inclusión en el convenio regulador del concreto ejercicio del mismo así como la configuración de su puesta en práctica.

Además entiendo que tratándose de una cuestión declarada de orden público, y debiendo de prevalecer el interés superior del menor, el Juez goza de amplias facultades tanto en orden al control de dicha cláusula para la homologación del convenio, como para poder establecer de oficio aquellos pronunciamientos que considere convenientes para garantizar los derechos de los menores²⁰⁴.

“...hemos de señalar que, siendo los hijos las auténticas víctimas de los conflictos entre sus progenitores en las contiendas que afectan a las separaciones, divorcios y nulidades matrimoniales, el interés de aquéllos ha de ser especialmente protegido con el fin de evitar que sufran otros daños que los ya graves, por sí solos, de la falta de presencia de su vida cotidiana de ambos ascendientes, debiendo en consecuencia, procurarse unos contactos de los más extensos y profundos posibles con aquél progenitor que no ostente la guarda y custodia, paliando en tal forma los antedichos efectos nocivos; es también evidente que tal criterio, que ha de imponerse en la resolución judicial y, sobre todos, surgir de la conducta de los padres superadora del formalismo y de los límites de aquélla, una generosa ampliación de un sistema tipo de visitas, siempre presidido por el principio del beneficio del hijo, debiéndose favorecer con la adecuada flexibilidad tales relaciones que contribuirán a un desarrollo armónico y equilibrado de quien sin ninguna culpa ya ha sido bastante perjudicado por la ruptura convivencial de sus procreadores, quienes deberán ética y legalmente, procurar paliar las nocivas consecuencias que por sí sola implica para el menor tal falta de presencia conjunta de ambos progenitores...”

²⁰⁴ Así lo ha pronunciado el TC y lo ha recogido el TS, entre otras en la Sentencia 54/2011, de 11 de febrero, Recurso Nº 500/2008, ponente Encarnación Roca Trías: *“Antes de proceder al examen del caso concreto, debe recordarse cuál es la finalidad del derecho de visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008, de 22 diciembre, señala que “Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».* Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”. Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, “contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así

Aunque parece obvio tenemos que reseñar que los titulares del derecho de visitas y comunicación lo es el menor y el progenitor con el que no conviva, pese a que en la práctica, en algunas ocasiones son los abuelos o demás parientes los que se encargan del cuidado, alimentación, y estancia de los menores durante las visitas, es el progenitor no custodio el que ostenta el derecho, siendo éste personalísimo.

Recordar que en esta clase de procedimientos, como hemos señalado para la guarda y custodia, en caso de desacuerdo entre los progenitores, o que el mismo entienda el juez que no es idóneo para el menor, éste tiene derecho a ser oído²⁰⁵, como lo indica el art. 770.4 LEC.

el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»)”.

²⁰⁵ En cuanto al origen de este derecho a favor del menor señalan SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, PAULA, COMPANY CARRETERO, FRANCISCO-JAVIER, “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, Ed. Wolters Kluwer, Actualidad Civil n.º 7-8, julio-agosto 2017, N.º 7, 1 de julio de 2017: “La Convención de Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 (Res. 44/25, de 20 de noviembre), supuso un profundo cambio... La primacía del interés superior del niño y su correlativo derecho a ser escuchado se reconocen en los artículos 3 y 12 de la Convención, respectivamente, y se desarrollan a través de la Observación General número 14 (aprobada en el año 2013) y de la Observación General número 12 (aprobada en el año 2009), en las que se establecen los elementos que caracterizan estos derechos y determinados parámetros y reglas para su interpretación. La Convención de Derechos de Niño tiene carácter obligatorio para los estados miembros que la han suscrito. Desde su aprobación ambos principios han sido recogidos por todos los textos internacionales, europeos, nacionales y autonómicos.

La Carta Europea de Derechos Fundamentales, en su artículo 24 reconoce que los menores «podrán expresar su opinión libremente. Esta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que le afecten, en función de su edad y su madurez. En todos

Pese a que coloquialmente se suele utilizar o llamar régimen de visitas, acertadamente el Código Civil utiliza el vocablo “estancia” puesto que en la simple visita podría conducir a error y no incluir la pernocta con el progenitor no custodio, y solamente acoger lo que hoy en día solemos llamar visitas inter semanales sin pernocta; así no queda género de duda que tanto en el régimen de visitas ordinario como durante los periodos de vacaciones el progenitor no custodio disfrutará en su domicilio, u otro lugar elegido por éste (hotel, residencia de vacaciones, casa de familiares, etc.) de la compañía del hijo menor de edad.

Por lo que se refiere al régimen de comunicaciones el progenitor que no ostente la guarda y custodia del menor lo realizará precisamente durante el tiempo que éste permanezca con el progenitor custodio, procurando no interferir en las actividades cotidianas del menor.

Igualmente el progenitor custodio tendrá derecho de comunicación con su hijo cuando éste se encuentre en compañía del otro progenitor durante la estancia de fin de semana o de periodos vacacionales.

En numerosas ocasiones se ha pronunciado nuestra jurisprudencia acerca de la finalidad de éste régimen de visitas.²⁰⁶

los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades políticas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial».

En el Ordenamiento jurídico español, tras ratificarse la Convención el 30 de noviembre de 1990, y en cumplimiento del mandato constitucional que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39 CE), se dictó la LO 1/1996 de Protección Jurídica de Menor, que vino a modificar las normas contenidas en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la materia y en la que por primera vez se configura el interés superior del menor como prioritario y como principio que debe inspirar todas las actuaciones relacionadas con los menores, de acuerdo con las directrices emanadas de Naciones Unidas”.

²⁰⁶ Podemos encontrar la finalidad que se le otorga al régimen de visitas en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 4 de octubre de 2010: *“Finalmente en cuanto al régimen de visitas debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el*

Una vez encuadrada la naturaleza, contenido y finalidad de ésta figura, tenemos que afirmar que cabe, y además es positivo, el pacto respecto a la fijación de quien es el progenitor que deberá recoger y entregar al menor en el domicilio de cada uno de los padres, extremo que cobra especial importancia en el caso en que entre ambos medie una considerable distancia.

Si no existe tal acuerdo, el Tribunal Supremo ha dictado el siguiente criterio: “...que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:

Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.

que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurran graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo”.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables”²⁰⁷.

2.4. Vistas y comunicación con abuelos

Dice el art. 160 CC en su apartado segundo que *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.*

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes y allegados resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

Por tanto se concibe que los menores poseen el derecho de relacionarse y visitar a sus abuelos y otros parientes y allegados. Este derecho lo tienen con independencia de la situación sentimental de sus padres, es decir, que el presente artículo está pensado tanto para las situaciones en que el menor convive con ambos padres como cuando éstos han entrado en crisis y rompiéndose tal convivencia entre los progenitores se pasa a una guarda y custodia del menor bien a favor de uno de los padres bien a una compartida.

Por ello *a priori* tanto un pacto matrimonial que regule extremos durante la vigencia del matrimonio como un pacto creado para establecer los efectos de una crisis matrimonial otorgado tanto antes o después de aparecer ésta podría contener un acuerdo respecto del régimen de visitas y comunicación de nietos con abuelos.

²⁰⁷ Entre otras, STS, Sala de lo Civil, Nº 664/2015, de 19 de noviembre de 2015, Recurso Nº 2724/2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Para éste último supuesto el art. 90 prevé como una de las materias a incluir en un convenio regulador en su apartado b) *“Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo en cuanta, siempre, el interés de aquéllos”*.

Como se aprecia, parece ser que el legislador más que exigir su inclusión, lo deja al criterio o arbitrio de los otorgantes, puesto que refiere *“si se considera necesario”*.

Frente a ello, la derogada Ley Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, sí que exigía la inclusión necesariamente de este punto en el convenio, y así disponía en su art. 4 que: *“El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: b)El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con su hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación”*.

Y además he de decir que en la práctica, si no se hacía mención a ello, muchos juzgados de oficio, o por petición del Ministerio Fiscal en su informe, requerían a las partes para procedieran a su inclusión previamente a la homologación del Pacto de convivencia familiar²⁰⁸.

Sin embargo, el derecho foral catalán, al igual que el común no lo configura como una materia de obligada inclusión, y deja al arbitrio de los progenitores su inclusión²⁰⁹, y también a la decisión del juez su aprobación

²⁰⁸ Habitualmente, y máxime cuando la Ley establecía la custodia compartida como lo general y la custodia monoparental como excepcional, se solían incluir cláusulas del tipo: *“Que ambos comparecientes de conformidad con lo establecido en el art. 4 b) de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, el cual establece que se debe fijar el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, de común acuerdo establecen que cada uno de los progenitores en el periodo de custodia que le corresponda se compromete a que la menor visite a los abuelos y demás familia del progenitor en cuya compañía se encuentren en cada periodo que al mismo le corresponda”*.

²⁰⁹ La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en el art. 233-12 *“1. Si los cónyuges proponen un régimen de relaciones personales de sus hijos con abuelos y con hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, la autoridad judicial puede aprobarlo, previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento”*.

o no de tal pacto, además de exigir que los implicados den su consentimiento.

Aunque el tema no es novedoso, y ya la jurisprudencia se había pronunciado al respecto en numerosas ocasiones²¹⁰, es cierto que el legislador no había plasmado el tema, hasta que en virtud de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos²¹¹, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico éste derecho a favor de los menores.

²¹⁰ Así se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo N° 689/2011, de 20 de octubre, Recurso 825/2009, ponente Encarnación Roca Trias, que refiere otras anteriores a la Ley y cuyo criterio ha ido manteniendo la Sala: *“La complejidad de las relaciones entre familiares se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Esta Sala ha entendido manifestarse a favor de estas relaciones en sentencias en las que se pone de relieve la necesidad de este tipo de contactos. Así, por ejemplo, la STS 858/2002, de 20 de septiembre EDJ 2002/37177, recoge una parte del informe del Ministerio fiscal que dice que “ (...) en esta clase de reclamaciones, resulta de todo punto improcedente, en aras al carácter de las relaciones familiares y la naturaleza predominantemente ético de las instituciones del Derecho de familia, donde debe primar el interés social sobre el individual” ...*

Esta norma y la interpretación jurisprudencia derivan de los establecido en el art. 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, que establece que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley (...)”.

De acuerdo con ello, esta Sala en su jurisprudencia, parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, sea porque se hayan separado, sea porque, como ocurre en el presente caso, las relaciones sea inexistentes aunque se mantienen los vínculos entre los progenitores...”.

²¹¹ Así la exposición de motivos de la mencionada Ley destaca la importancia de la relación de los menores con sus abuelos, en especial en determinadas situaciones, diciendo: *“Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y trasmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y de la familia en cumplimiento del mandato constitucional del art. 39 de nuestra Carta Magna.*

El interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vertebró un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situación de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores...

Tratándose de un tema en el que prima el interés superior del menor ello conlleva a que, pese a que, como apuntábamos, cabe que los progenitores realicen pacto al respecto, y así lo recoge expresamente nuestro Código Civil con ocasión del convenio regulador, en el que deja la puerta abierta para que los progenitores incluyan en el mismo el régimen de visitas y comunicaciones respecto de sus hijos menores de edad con sus abuelos, tales pactos deberán pasar el control judicial.

Si forman parte del convenio regulador el Juez para su aprobación deberá comprobar que se cumple con todo lo requerido, pudiendo denegar su inclusión o a la inversa incluso procediendo de oficio a la adopción de las medidas necesarias para la preservar el interés superior del menor, si entiende que la inclusión de tal cláusula es beneficiosa para el bienestar del niño; pues no olvidemos que se trata de una materia de orden público, teniendo el Juez amplias facultades para determinar en el caso concreto que es lo mejor para el desarrollo del menor.

Idéntica facultad tendrá el juzgador en caso que llegue a sus manos una controversia respecto del régimen y comunicaciones de los abuelos con sus nietos con ocasión de determinar la validez y eficacia de cualquier otro pacto matrimonial.

Entiendo que se deberá estar al caso concreto, y siendo configurado como un derecho de los menores, como hemos visto, en principio será nulo un pacto en que los progenitores sin causa justa prohíban el contacto con uno o varios de los abuelos del niño.

En cuanto al contenido del derecho puede ser variado y ceñirse a la comunicación y visita estrictamente o por el contrario llegar a establecerse algún tiempo de pernocta²¹².

En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido dispone de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y de dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis”.

²¹² El TS ha fijado la siguiente doctrina: “Sobre las relaciones de abuelos y nietos tiene declarado esta Sala que nada obsta a la pernocta de un menor de siete años, e impidiendo al mismo tiempo la de un menor de 14 meses (STS28-6-2004, rec.889). Igualmente se hará de tener en cuenta el interés del menor y la protección de las

Pero tenemos que decir que en ningún caso éste derecho tiene el mismo régimen que el de visitas con los progenitores, puesto que el fundamento de ambos es distinto, ya que el de éstos últimos deriva de la patria potestad que es más amplia en derechos y obligaciones, y que los abuelos no ostentan.

2.5. Uso de la vivienda familiar

El acuerdo o pacto al que pueden llegar los cónyuges, dentro de un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo o a petición de uno con el consentimiento del otro, debe contener la atribución del uso de la vivienda, junto con el ajuar doméstico, siendo uno de los extremos que debe contener ineludiblemente el convenio regulador, según exige el art. 90 del Código Civil.

De esta manera los cónyuges pueden apartarse de las reglas establecidas en el art. 96 CC²¹³ y fijar las que hayan consensuado²¹⁴.

relaciones familiares (art. 8.1 Convención de Derechos del Niño (STS 24-5-2013, rec. 732 de 2012). Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso ...

A la vista de esta doctrina, hemos de declarar que no es el primer caso en que se autoriza la pernocta de los menores con los abuelos, en períodos convenientemente ponderados, por lo que no estamos ante un tema novedoso, dado que este Tribunal ya ha dado una respuesta suficientemente clara a la cuestión, no impidiendo la pernocta, pero tampoco generalizándola, pues habrá que estar a las circunstancias del caso. La pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente”. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Nº 723/2013, de 14 de noviembre, Recurso 731/2012, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

²¹³ Artículo 96 del Código Civil: “*En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.*

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

Ahora bien, existiendo hijos menores de edad, y siendo materia que les puede afectar, el Juez ejerciendo su control sobre el convenio presentado antes de su homologación podrá no aceptar el pacto al que hayan llegado los cónyuges, dado que aquí se deberá tener en cuenta el interés superior del menor, que conllevará como señala Verdera²¹⁵ en relación con la vivienda familiar *“se traduce en la suma de una serie de factores a tener*

²¹⁴ En defecto de pacto, debiendo aplicar el Juez el contenido del transcrito artículo 96 son muchos los autores que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma urgente del mismo, acorde con las circunstancias presentes de la familia en la actualidad. Sin embargo, otros entienden que la cuestión es salvable a través de una correcta interpretación del mismo. En este último sentido ANGUIA RIOS, ROSA M., “Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales”, ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. II: *“El problema generado no es directamente achacable al artículo 96 CC. No creemos que sea necesaria una reforma inmediata del precepto para evitar estos perjuicios. La solución viene de la mano de la interpretación del mismo. Según el artículo 3 CC las normas se interpretan atendiendo al tenor literal de las palabras, al contexto, a los antecedentes históricos y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En estos momentos, sobre la interpretación sociológica es donde debemos volcar mayor atención. Ahora que se comparten responsabilidades, tareas y custodias, tras la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio; ahora que la mujer goza de una mayor independencia y tiene la libertad y la preparación para acceder al mundo laboral, es el momento de buscar un sentido acorde a la aplicación del artículo 96 CC. Así lo están haciendo las últimas sentencias al limitar en el tiempo el disfrute de la vivienda a favor de uno de los cónyuges, para que pasado este plazo los dos esposos, si son titulares, puedan acceder a la parte del precio que corresponda tras la liquidación del inmueble.*

Como temporales son también las pensiones compensatorias atendiendo a la duración efectiva de la convivencia, la edad del cónyuge y las posibilidades de rehacer su vida. En muchas ocasiones, el interés más necesitado de protección no es el de uno de los cónyuges, a veces, el interés de uno de ellos no excluye el del otro, sino que la protección ha de ir dirigida a ambos, por lo que ambos tendrán que acceder a los beneficios del uso o del precio obtenido tras la venta. Cuando el Juez no determina el uso o fija su carácter alternativo, lo que se pretende es inducir a las partes a la liquidación del bien. De esta situación se hace eco Manzana Laguarda que sumando determinadas circunstancias como la edad de los cónyuges, la escasa duración del matrimonio, la inexistencia de hijos y la titularidad compartida de una vivienda cuyo préstamo difícilmente terminarán de abonar, descripción de una realidad hoy muy frecuente, permite inclinarse por la no atribución del uso de la vivienda a ninguno de los esposos con la finalidad de favorecer la efectiva división de la vivienda, bien a través de su venta, bien a través de la adjudicación a uno de ellos”.

²¹⁵ VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”, Indret Revista para el análisis del Derecho, N° 1, Barcelona, 2016, pág. 6.

en cuenta como son: las circunstancias personales de los padres y afectivas de los hijos. Aunque no se ciñe a ellas sino que también se deben tener en cuenta otros factores o circunstancias de tipo familiar, material, social y cultural para valorar el entorno del menor, con el objeto de mantener su status quo; a pesar de que dicha interpretación ha experimentado una evolución, como con posterioridad comprobaremos. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y la STS, 1ª, 2.6.2014 (Ar. 2842; MP: José Antonio Seijas Quintana)

Hasta fechas relativamente recientes, tal principio en este ámbito se reflejaba en la estabilidad de los menores que supone: “el mantenimiento de su entorno, sus referentes y su espacio de socialización”, STS, 1ª, 31.5.2012 (Ar. 6550; MP: Encarnación Roca Trías); STS, 1ª, 17.6.2013 (Ar. 4375; MP: José Antonio Seijas Quintana) y STS, 1ª, 19.11.2013 (Ar. 7447; MP: José Antonio Seijas Quintana). Se pretende que tras una ruptura conyugal, la estabilidad del menor no se vea sumamente afectada de manera que las relaciones con sus familiares, situación escolar, afectiva y su círculo social se mantenga. De este modo se configura como una medida de carácter y contenido asistencial, derivada de la patria potestad y, concretamente, del deber de tenerlos en su compañía.”.

Volveremos a incidir al respecto con ocasión de la aprobación judicial del convenio.

Además, en virtud de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que modifica el art. 82 del Código Civil, dicta para el caso en que los progenitores lleguen a un acuerdo respecto de éste tipo de pactos en un procedimiento de mutuo acuerdo ante el Secretario judicial o ante Notario: *“Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”.*

Señálese que la atribución del uso de la vivienda familiar se realizará sin perjuicio de la titularidad de la misma. Ésta puede pertenecer a ambos cónyuges bien con carácter ganancial bien pro indiviso, puede que sea de solo de uno de los esposos, o incluso que sea propiedad de un tercero (bien

por ser alquilada, bien por ser de algún familiar por ejemplo de los cónyuges).

Además deberá de tratarse de la vivienda familiar, es decir, la que satisface la necesidad permanente de residir y no otra, por lo que quedan fuera de éste concepto los garajes, trasteros, segundas residencias o cualquier otro inmueble. Eso sí cabrá también el pacto respecto de estas propiedades, en virtud del consenso de ambos otorgantes, pero sin que se les otorgue la protección que se le dispensa a la vivienda familiar, por lo que el Juez aprobará éstos pactos sin necesidad de determinar la necesidad de protección de los menores en caso de que los haya²¹⁶.

²¹⁶ Respecto de la protección otorgada a los menores de edad, la independencia de uso de vivienda familiar con propiedad de la misma, y exclusión de otros inmuebles que no tengan éste carácter a la hora del control del juez para la protección mencionada, señalamos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Nº 726/2013, de 19 de noviembre, Recurso Nº 357/2012), ponente José Antonio Seijas Quintana, que con ocasión de un procedimiento contencioso ha tenido ocasión de pronunciarse sobre todos estos extremos: *“Es cierto que el artículo. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y que esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 CC).*

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentan la titularidad sobre dio bien (STS 14 de abril de 2011).

Sin duda, el interés prevalente del menor –SSTS 17 de junio y 17 de octubre de 2013- "es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es colario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres

2.6. Alimentos a favor de los hijos

Como ya hemos expuesto con ocasión de los pactos prematrimoniales que los cónyuges pueden otorgar para el supuesto caso de una crisis matrimonial respecto a los hijos comunes del matrimonio, ya señalamos que la patria potestad inherente a la condición de padres incluye entre sus

que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre".

Esta misma Sala ha reiterado (SSTS citadas de 17 de junio y 17 de Octubre de 2013 de 2013), que uno de los factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación.

La sentencia de 9 de mayo de 2012 ha sentado la siguiente doctrina casacional: "en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar", y esta no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es la forma en que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges (STS 31 de mayo 2012).

Este es el caso. El domicilio en el que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, antes al contrario, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos, el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo que lo tienen en Barcelona y Madrid, y la medida que se adopta no solo no priva a la menor de su derecho a una vivienda, que tiene la de cualquiera de sus padres, y provisionalmente la de Sevilla, sino que de mantenerse impediría la disposición de un patrimonio común, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal, integrado, entre otros bienes, por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración, y consiguiente reparto entre ambos cónyuges, con evidente beneficio de la menor que puede mejorar sus necesidades alimenticias, que deben prestarse por el titular de la patria potestad, incluida la que resulta de la vivienda (artículo 142 CC). Sin duda, la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este.

Pero más allá de que se le proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro cuando ello es posible, lo que no es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no tiene sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos cónyuges".

deberes el de alimentación a los hijos, y que la misma subsiste incluso cuando los primeros dejan de ostentarla por cualquier motivo.

Además vimos como tratándose de los hijos el concepto de alimentos se extiende a todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como también educación e instrucción; como acoge un significado extenso de la palabra alimentos que engloba todo lo necesario para la crianza y desarrollo tanto físico como intelectual de los menores.

Así las cosas tenemos que reiterar que jamás cesará tal obligación que es innata a la condición de padres, y que por supuesto el surgimiento de la crisis matrimonial y su desembocamiento en la separación o divorcio de los progenitores no eximirá nunca de las obligaciones derivadas de la patria potestad en caso de menores de edad o del vínculo paterno-filiales en el caso que el hijo sea mayor de edad²¹⁷.

²¹⁷ Distinción que es recogida por la jurisprudencia, entre otras Sentencia del Tribunal Supremo N° 661/2015, de 2 de diciembre, ponente José Antonio Seijas Quintana, “... por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, como dice el artículo 39 CC , y que conforme a tal mandato existe un deber de diligencia de los padres en orden a satisfacer las necesidades de sus hijos: en todo caso, tratándose de menores (artículo 93 CC), como consecuencia directa de la patria potestad, sin que ello signifique que en los casos en que realmente el obligado a prestarlos carezca de medios para, una vez atendidas sus necesidades más perentorias, cumplir su deber paterno, no pueda ser relevado, por causa de imposibilidad, del cumplimiento de esta obligación (STS 5 de octubre 1993). Y, además, en los supuestos previstos en los artículos 142 y siguientes del CC , siendo los hijos mayores de edad, aunque su concreción pueda hacerse en el juicio matrimonial, siempre que se den los puestos previstos en el párrafo segundo del artículo 93, vivir en casa y carecer de recursos. En el primer caso -menores- los alimentos se prestan conforme "a las circunstancias económicas y necesidades económicas de los hijos en casa momento". En el segundo -mayores- los alimentos son proporcionales "al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" - artículo 146 CC – y se reducen a los alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al artículo 142 CC.

En este caso no estamos ante los alimentos de un hijo menor de edad, en el que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial, sino ante los alimentos que se prestan a un hijo mayor de edad. Un hijo de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente (ingresa menos de cuatrocientos euros al mes, frente a los mil cien euros al mes que recibía en el momento del divorcio), que no puede prestarlos. En este supuesto, los alimentos únicamente podrían hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siempre teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC , esta obligación cesa "Cuando la fortuna del obligado a darlos se

El Tribunal Supremo con ocasión de supuestos planteados por dificultades económicas del progenitor obligado al pago de la pensión de alimentos ha recogido en su Sentencia de 21 de noviembre de 2016²¹⁸ “Dice la sentencia de 12 de febrero de 2015²¹⁹ lo siguiente: «De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013)». Tratándose de menores, señala, «más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención». Además de señalar “El interés superior de los hijos menores se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentados y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el artículo 93 del Código Civil, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146”.

En cuanto a la posibilidad de pacto entre los progenitores en este momento acerca de los alimentos a favor de los hijos, hay que decir que no solamente es posible, sino que es imprescindible su inclusión en el convenio regulador, siendo uno de los extremos exigidos como contenido mínimo que debe comprender el convenio regulador, según exige el art. 90 del Código Civil.

Cosa distinta es que, siendo una materia de carácter indisponible e irrenunciable, en ningún caso la autonomía de la voluntad podrá eliminar

hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre”.

²¹⁸ STS N° 686/2016, de 21 de noviembre, Recurso N° 2998/2015, ponente José Antonio Seijas Quintana.

²¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N° 55/2015 de 12 de febrero, Recurso N° 2899/2014, siendo ponente Eduardo Baena Ruiz.

tal obligación, y por ende será nula de pleno derecho una estipulación por la que se elimine la obligación de uno de los progenitores de alimentar a sus hijos.

Por tanto es perfectamente aceptable, es más obligatorio, la inclusión de este pacto en el convenio regulador que regirá entre los otorgantes para regular los efectos de la nueva situación creada por la crisis surgida, pero con ciertas limitaciones derivadas de la parcial indisponibilidad de la materia con el objeto de garantizar todas las responsabilidades derivadas de la paternidad/maternidad.

Siendo así los progenitores podrá regular la cuantía o forma de prestar los alimentos, en su caso, pero nunca suprimirlos.

Tenemos que señalar que en este punto juega un papel fundamental el Juez puesto que además de establecer los alimentos que debe procurar cada uno de los cónyuges para el caso en que no exista acuerdo entre ellos, su labor es palpable incluso en el caso de mediar tal pacto. Así deberá de ejercer su control sobre el convenio y garantizar que se cumple con lo exigido por la ley y verificar que no se vulneren los derechos del menor.

Distinto es el caso de los hijos mayores de edad en el que el Juez no entrará a valorar los pactos alcanzados por los progenitores, en principio, a no ser que vulneres otros de los principios que rigen en para los pactos matrimoniales, como pudiera ser que fuera perjudicial para uno de los cónyuges²²⁰.

²²⁰ En cuanto a la posibilidad de acuerdos sobre los alimentos de hijos mayores de edad, así lo expresa: *“La diversa naturaleza de las pensiones alimenticias de los hijos menores y mayores de edad, cuyo fundamento es radicalmente distinto, conduce a que los principios que rigen este proceso deban necesariamente diferir y los tradicionales mecanismos de tuición decaigan en el supuesto de que el alimentista haya cumplido 18 años. No es así precisa la presencia e informe del ministerio fiscal y el proceso se encuentra presidido por el principio de justicia rogada. A pesar del engañoso futuro de obligación empleado en el art. 93.II CC (“el juez, en la misma resolución, fijará”) no puede el órgano jurisdiccional decretar de oficio alimentos a favor de un sujeto mayor de edad sin que el hijo lo haya instado él expresamente o, en su caso, uno de sus progenitores por la especial legitimación que le confiere el propio artículo frente a las necesidades de los menores a las que puede dispensarse tuición inmediata a través de los arts. 1318 y 158 CC.*

Esos principios rectores de los intereses de los hijos mayores de edad son los ordinarios del proceso civil (rogación, dispositivo y de congruencia) frente a las necesidades de los menores a las que puede dispensarse tuición inmediata a través de los arts. 1318 y 158 CC.

2.7. Contribución a las cargas del matrimonio

Junto con los alimentos el apartado c) del art. 90 refiere como uno de los extremos que debe contener el convenio regulador la contribución a las cargas del matrimonio.

Pese a que el Código Civil, además del citado artículo, hace referencia a las mismas en los arts. 91, 103, 1362 y 1438, en ningún sitio da un definición de las mismas.

Se puede extraer de la conjunción de éstos artículos así como de las distintas ocasiones en que se ha pronunciado la jurisprudencia, que son cargas del matrimonio aquellos gastos ocasionados para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, así como para todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y el sostenimiento de los bienes del matrimonio.

Se ha hecho ya mención a las cargas del matrimonio con ocasión de los deberes familiares, así como en el apartado dedicado a los pactos prematrimoniales que acogen éste acuerdo antes de surgir la crisis matrimonial.

También con ocasión del pago del préstamo hipotecario he tenido ocasión de perfilar el concepto y atribución de las cargas matrimoniales.

Tal mueve a que la autonomía privada, en general bastante limitada en materia de alimentos – particularmente por la acción de los arts. 151 y 1814 CC- pueda desempeñar algún cometido en esta sede¹⁸¹; entre las notas de especialidad de dichos alimentos ex art. 93.II CC se cuenta que no se rigen por normas de ius cogens...

De no quedar cubiertas las necesidades más básicas, aunque el hijo fuera mayor de edad, tal pacto atentaría contra la propia subsistencia del alimentista.

Y le sería dable el acudir a los tribunales y solicitar una pensión diferente. Si se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias, podrá hacerlo el progenitor conviviente a través del proceso de revisión de medidas al amparo de la legitimación que le confiere el art. 93.II CC sin que tal actuación constituya un venire contra factum proprium y, en cualquier caso, cabrá siempre que la reclame el propio titular del derecho que ve peligrar su subsistencia por los cauces habituales que le proporciona el juicio verbal. Cuando los alimentos no son consecuencia de una sentencia judicial, sino del acuerdo entre ambos padres, fruto de una separación amistosa, siendo ya los hijos mayores de edad, no parece que el progenitor conviviente cuente con legitimación suficiente para poder reclamarlos; tendrán que ser los propios descendientes alimentistas quienes accionen como beneficiarios de una estipulación realizada a favor de tercero”.

Particularmente entiendo que pese al tenor literal del art. 90 CC no se puede hablar de cargas del matrimonio una vez éste ya se ha disuelto, tal y como ya me pronuncié, al igual que la citada sentencia de la AP de Málaga de la Sección 4ª, de 20 de junio de 2005, puesto que no existiendo el mismo no puede hablarse de gastos para el sostenimiento de los bienes del mismo, y la alimentación y la educación de los hijos comunes quedará cubierta dentro del concepto de pensión de alimentos.

Por tanto, desde mi punto de vista, solamente tiene sentido pactar dentro de un convenio regulador la contribución a las cargas del matrimonio para el supuesto de separación judicial de los cónyuges, donde todavía perdura el vínculo matrimonial; o en sede de medidas provisionales donde todavía no existe sentencia definitiva de divorcio o nulidad matrimonial.

Sin embargo, y pese a lo dicho si se trata de pactos de naturaleza exclusivamente patrimonial y no perjudica a ninguno de los dos ex cónyuges, en virtud de la libertad de pacto, serán válidos tales acuerdos pese a la nomenclatura empleada que no me parece la más correcta.

2.8. Liquidación del régimen económico matrimonial

Uno de los extremos que puede contener el convenio regulador es precisamente la liquidación del régimen económico matrimonial.

Obvio es que para que se proceda a la liquidación a través del convenio necesario es que exista entre los cónyuges un régimen económico matrimonial de comunidad, sea bien el de gananciales o sea otro confeccionado por ellos en capitulaciones matrimoniales pero de base de comunidad de bienes. Por el contrario en los regímenes de separación nunca se dará la liquidación de los bienes dado que no existe patrimonio común que liquidar.

El divorcio, la nulidad matrimonial o la separación legal de los cónyuges determinará la conclusión de la sociedad de gananciales, tal y como se recoge en el Código Civil, en su artículo 1392. Por lo que una vez producida la disolución de la sociedad de gananciales se podrá iniciar la liquidación del régimen económico. Por tanto en un procedimiento de

separación o de divorcio en el que en virtud de la sentencia que se dictará se procederá a la extinción del régimen económico matrimonial, se faculta a los cónyuges para que de forma consensuada puedan proceder a la liquidación de su régimen económico.

En cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial, cuando proceda, ni la doctrina ni la jurisprudencia es pacífica en su exigencia, puesto que mientras algunas resoluciones requieren al menos las bases liquidatarias de la disolución, otras ni siquiera ello dado el carácter dispositivo de la materia.

Esta liquidación se podrá realizar a través del convenio regulador que según lo señalado en el art. 90 CC *“El convenio regulador a que se refiere los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: ... e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”*.

Por tanto, los cónyuges pueden exteriorizar su voluntad da través de los pactos recogidos en el convenio regulador practicando la liquidación de su régimen económico matrimonial, el cual una vez recogido en la sentencia tendrá acceso al Registro de la Propiedad; o bien a través de la formulación del convenio en escritura pública ante Notario, de conformidad con la novedad introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

En este punto Pérez-Olleros²²¹ va más allá al entender que en un convenio regulador presentado para una separación o divorcio de mutuo acuerdo ante Notario (o en su caso ante el Letrado de la Administración de Justicia) cabría en los pactos referentes a la disolución del régimen económico matrimonial, la inclusión de bienes adquiridos en copropiedad por ambos cónyuges, dice así: *“Entiendo que con el CR también en las separaciones no judiciales cabe pactar la división de la vivienda familiar, e incluso si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa adquiridos durante el matrimonio los cónyuges pueden*

²²¹ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, FRANCISCO JAVIER, “Separación o divorcio no judicial”, aeafa, septiembre 2016, en http://www.aeafa.es/imagenes_propias/223214/2016_09_01_SEPARACION_DIVORCIO_NO_JUDICIAL.pdf, última consulta 28 de septiembre de 2017.

considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos, por aplicación de lo que se prevé para el procedimiento ante el LAJ también en el apartado 4 del artículo 437 de la LEC.

De hecho, la Dirección General del Registro y del Notariado, en Resolución de 5 de mayo de 2016 (BOE 6 de junio de 2016), admitió la inscripción de la adjudicación en Convenio Regulador, en extinción de comunidad de un elemento que fue adquirido por los ex esposos durante su matrimonio, por mitad y proindiviso, en régimen de separación de bienes, porque debe considerarse como un bien incluido dentro de su patrimonio consecuencia de una adquisición derivada de la vida en común, y por ello es posible su liquidación y adjudicación dentro del convenio regulador aprobado, en ese caso por la autoridad judicial, no siendo precisa la escritura pública”.

A priori difiero del planteamiento anterior puesto que, como ya empezábamos diciendo, no puede liquidarse un régimen matrimonial que no tenga su base en la comunidad, por lo que los bienes adquiridos por ambos cónyuges en un régimen de separación de bienes no cabría ser incluido en ninguna liquidación del régimen económico matrimonial, puesto que no lo hay.

Cosa distinta es, por un lado, que algún régimen como el de germanía, que acogía en su legislación foral Valenciana, en la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, derogada a día de hoy, (vigente hasta el 31 de Mayo de 2016), en el cual se permitía que los cónyuges o bien tengan el régimen de germanía como régimen económico matrimonial si así se pacta, o bien incluso estando en otro régimen, como podía ser el de separación de bienes, parte de adquisiciones constante matrimonio se adquirieran con carácter agermanado²²².

²²² Así lo decía la mencionada Ley derogada en su art. 38 “1. La germanía es una comunidad conjunta o en mano común de bienes, pactada entre los esposos en carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, con ocasión de este, o bien en cualquier momento con posterioridad, modificando o complementando aquellas.

El carácter agermanado de los bienes podrá igualmente hacerse constar en el documento público de su adquisición, sin necesidad de otorgar o modificar la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales”.

Así de esta forma sí cabe que en un matrimonio cuyo régimen económico es el de separación de bienes haya que liquidar parte de sus bienes, siendo estos los agermanados.

De otra manera no entiendo que quepa realizar la división liquidación del régimen económico matrimonial, lo que supongo se refiere el autor y que así se ha recogido en la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado es que, en virtud de la libertad de pacto que existe *a priori* en lo que se refiere a cuestiones patrimoniales, puedan lo cónyuges incluir en un convenio regulador cualquier clase de pacto respecto de sus bienes, realizando las adjudicaciones que tengan por conveniente, pero no como liquidación de su régimen económico, sino como un pacto libremente constituido en virtud de la autonomía de su voluntad e incluido en el mismo instrumento, en este caso el convenio regulador, sin necesidad de otorgar otro diferente (escritura pública, por ejemplo).

2.9. Pensión compensatoria

La pensión compensatoria es otro de los contenidos que, en su caso, debe acoger el convenio regulador.

Como ya hemos tenido momento de decir, el objeto del establecimiento de ésta pensión es el paliar el desequilibrio económico que a consecuencia de la separación o divorcio acusa uno de los cónyuges en relación con la posición del otro implicando un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio²²³.

²²³ Huelga decir la necesidad de un matrimonio válido para la existencia del posible derecho a la pensión compensatoria dada su naturaleza y finalidad. Al respecto y sobre las uniones de hecho se ha pronunciado recientemente la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª: *“Sobre la cuestión planteada por la recurrente en relación al reconocimiento de una pensión compensatoria dentro de los márgenes de este procedimiento de familia, que la sentencia deniega por estimar que no procede teniendo en cuenta que no existe matrimonio entre las partes, sino una ruptura de una pareja 'more uxorio', sin perjuicio de que pueda solicitar la indemnización que proceda en el procedimiento que corresponda.*

Esta cuestión ha sido abordada por el TS en la sentencia de 12 de septiembre de 2005 y otra posterior de 28 de septiembre del mismo mes y año, que a su vez referían otras de 2001, viniendo a sostener en la primera de las resoluciones citadas que '...Las uniones de hecho, uniones estables de pareja o uniones de 'more uxorio', y más en

Para determinar cuándo se produce el desequilibrio el Tribunal Supremo²²⁴ ha pronunciado: “*Declarar como doctrina jurisprudencial que*

particular el fenómeno de su extinción por muerte de uno de sus miembros, por la voluntad concorde de ambos o por la decisión unilateral de uno solo de ellos, tiene que partir para su regulación y la mensura de sus consecuencias...

Es ahora el momento de traer a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre el tema que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que las uniones 'more uxorio', cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos - constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción. La relevancia del problema se ha dejado sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y restantes de la organización judicial), y también ha incidido en el campo legislativo, muy puntualmente en lo que hace referencia a la legislación estatal, y con mayor intensidad, aunque condicionada por las respectivas posibilidades legislativas, en la legislación autonómica, que ha realizado un destacado esfuerzo por acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social. ...

En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil , y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.'

Con esta perspectiva no puede obviarse que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio, pues se trata de personas que no quieren contraerlo con las consecuencias que ello conlleva, por lo que no se pueden aplicar a este caso y en este procedimiento, como bien dice la sentencia, la pensión compensatoria, puesto que la misma solamente está contemplada para los que están casados, sin que pueda excluirse la compensación económica, cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda concurrir un desequilibrio no querido ni buscado en los supuestos de una disolución de una unión de hecho, admitiéndose como base técnica para determinar una indemnización por dicho concepto la institución del enriquecimiento injusto, pero sin aplicar la fuerza expansiva de la norma jurídica, hasta el punto de permitir la aplicación del artículo 97 del Código Civil , en teste tipo de uniones de hecho”. Sentencia N° 156/2017, de 13 de marzo, Recurso 4/2017, ponente Francisco Bellido Soria.

²²⁴ STS N° 864/2010 de 19 de enero, N° Recurso 52/2006, ponente Encarnación Roca Trias.

para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”.

El primer criterio de fijación de la pensión compensatoria es el pacto al que hayan llegado los cónyuges. Así es perfectamente válido el acuerdo plasmado en el convenio regulador sin que existan limitaciones especiales al tratarse de un derecho de contenido patrimonial del cual los otorgantes tienen su disposición.

Respecto a la renuncia de la pensión compensatoria mediante pacto contenido en el convenio regulador, es perfectamente válido, dado que si ya apuntábamos que es admitida, aunque con las reservas que indicábamos la renuncia en un pacto prematrimonial, con mayor razón de ser será válida la renuncia una vez surgida la crisis matrimonial²²⁵.

En este momento los cónyuges ya conocen si se dan las circunstancias o no que dan el derecho a la pensión compensatoria, es decir, ya son

²²⁵ Señala BELTRÁ CABELLO, CARLOS, “Pensión compensatoria en el divorcio. Requisitos. Comentario a la STS de 5 de octubre de 2016”, Revista CEFLEGAL. CEF, Nº 192, enero 2017, págs. 53 – 56, “*Frente a estas dos posturas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado un criterio. La pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o de divorcio matrimonial, que se regula en el artículo 97 del Código Civil. No es una medida provisional ni mucho menos una medida independiente o autónoma de esta suerte de juicios. Es, además, una norma de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, de tal forma que para que el juez pueda concederla a uno de los cónyuges necesita que la solicite en cualquiera de sus escritos iniciales, es decir, en la demanda o en la contestación. Nos encontramos ante una norma de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva. La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. Es, por tanto, una medida que surge tras la separación o el divorcio, previa petición del cónyuge que considera alterada su situación económica en ese momento, y se determina en sentencia, según los artículos 97 y 100 del Código Civil, sin perjuicio de que pueda luego sustituirse (art. 99) o modificarse por alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100)”.*

conscientes en este punto si se ha producido el pretendido desequilibrio económico necesario para su establecimiento. Podíamos decir que ya ha nacido el derecho, y por tanto se está en disposición de renunciar al mismo.

Decimos esto aunque en sentido estricto no surge el derecho hasta que no se haya dictado la sentencia en el correspondiente procedimiento.

Al igual ocurrirá respecto de una renuncia plasmada en un convenio que no ha llegado a ser homologado judicialmente, bien porque no ha sido aprobado por el juez bien por nacer en el seno de una separación de hecho, así lo apunta el Magistrado Pérez Martín²²⁶, siendo válido tal acuerdo y no cabiendo establecer posteriormente la pensión compensatoria si se reputa que tal renuncia se hizo con todas las garantías de validez.

3. OTRO POSIBLE CONTENIDO

Como hemos puesto de manifiesto, el artículo 90, el cual recoge los extremos que debe contener el convenio regulador, dice “*deberá contener,*

²²⁶ PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Enfoque actual ...”, ob. Cit. Pág. 169. Así dice: “*Aunque hace tiempo se cuestionó si eran válidos los convenios reguladores no ratificados judicialmente, hoy el criterio mayoritario es dar plena validez a los acuerdos adoptados por los cónyuges al ser de aplicación la doctrina de los actos propios. Si en esos convenios, los cónyuges renunciaron expresamente a reclamarse pensión compensatoria, la solicitud efectuada en el posterior procedimiento de separación o divorcio será denegada. Si dichos acuerdos son considerados como un negocio de derecho de familia plenamente válido y exigible respecto a las cuestiones de derecho dispositivo de los cónyuges, si además, se ratificó judicialmente su validez es plena.*

Es preciso insistir en que la renuncia debe constar expresamente, ya que en otro caso, el acuerdo no impedirá que pueda solicitarse posteriormente una pensión compensatoria.

Como excepción al criterio general de no fijar pensión compensatoria cuando ha existido una renuncia previa debemos destacar aquellos supuestos en los que el otro cónyuge no ha cumplido con lo pactado en otra de las cláusulas (SAP Valencia, Sec. 10ª, de 24 de septiembre de 2007 -EDJ 2007/240634- y SAP Tenerife, Sec. 4ª, de 10 de mayo de 2004) y aquellos en los que a pesar de la renuncia a la pensión compensatoria se ha accedido a su fijación en el divorcio al apreciarse una conducta fraudulenta en el esposo. Así la SAP Zamora, en Sentencia de 21 de abril de 2005 (EDJ 2005/54559), entendió que aunque en el convenio regulador la esposa renunció a la pensión compensatoria, es procedente fijarla en el procedimiento de divorcio habida cuenta que aquella renuncia estaba justificada porque la esposa accedía a un empleo en una empresa del esposo, siendo despedida al poco tiempo por el mismo”.

al menos”, lo que implica que puede contener otros aspectos además de los mencionados en el mismo.

Eso sí, los pactos que se incluyan deberán respetar las reglas esenciales para su validez.

Algunas de las cláusulas que se suelen incluir en el Convenio Regulador sin que sean preceptivas son las relativas a que los cónyuges no interferirán en la vida y actividades del otro, siendo más bien de relleno y sin que aporte nada su supresión, al igual que las redactadas autorizándose recíprocamente a que cada cual pueda establecer o cambiar de domicilio, puesto que el sentido contrario vulneraría el libre desarrollo de la persona. Además de la cláusula de revocación de poderes, efecto que se produce por ministerio de la Ley una vez admitida la demanda judicial, pero que los otorgantes pueden incluir con el objeto de cesar tales poderes desde la firma del convenio.

Otras cláusulas que pueden contener son relativas al propio procedimiento judicial, como el consentimiento para iniciar el procedimiento, cuando se va a interponer la demanda por uno de ellos con el consentimiento del otro; la que se comprometen a ratificar el convenio ante sede judicial, que desde mi punto de vista, es superflua puesto que nadie puede ser compelido a tal acción, por lo que ante la negativa el otro cónyuge deberá iniciar el procedimiento contencioso, teniendo el convenio firmado y no ratificado el valor que luego veremos; o algunas respecto la asunción de gastos ocasionados por el propio proceso, fijándolos por mitad, asumiéndolos todos una parte o de la forma que tengan a bien.

Puede servir también el convenio para introducir entre sus puntos el reconocimiento de alguna deuda entre los cónyuges, o servir de carta de pago de alguna liquidación que han llevado a cabo.

Además de otras cláusulas que pueden versar sobre segundas residencias, objetos de valor, administración de los bienes de los hijos, mascotas familiares...

4. RENUNCIA A DERECHOS EN EL CONVENIO REGULADOR, EN ESPECIAL LA RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Respecto de la renuncia a la pensión compensatoria, realizada una vez surgida la crisis matrimonial, en el convenio regulador, documento precisamente en el que los cónyuges recogen los efectos y las reglas por las que se regirán ante la nueva situación creada por la separación o la ruptura matrimonial, como ya apuntábamos con ocasión de determinar la validez de la renuncia anticipada de esta pensión en virtud de un pacto prematrimonial, es posible y válida, siendo aquí tanto la doctrina como la jurisprudencia más pacífica en esta respuesta afirmativa.

Pese a que no existe ninguna norma o disposición en el derecho común en este sentido, cierto es también que el Código Civil en este punto, respecto de la fijación de la pensión compensatoria prioriza los acuerdos a los que hayan llegado los cónyuges, así el artículo 97 nos dice que “*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

1ª Los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y el estado de salud.

3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9ª Cualesquier otra circunstancia relevante”.

Por tanto, la primera opción para determinar la fijación de la pensión compensatoria y su cuantía es el acuerdo al que los cónyuges hayan llegado, y solo a falta de éste, entonces se prevén unas reglas para su determinación por parte del Juez, siendo incluso en este caso tenidos en cuenta los acuerdos de los propios esposos, entendemos se refiere a los

acuerdos tomados con anterioridad pero que no han sido llevados como tal a un procedimiento judicial.

La pensión compensatoria es un derecho dispositivo, así lo recoge el TS en la Sentencia de 25 de marzo de 2014 al recordar *“esta Sala ha declarado respecto a la pensión del art. 97 del C. Civil que se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», ... es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer”*.

Siendo bastante unánime, como decíamos, la admisión del acuerdo de renuncia de la pensión compensatoria a través del pacto recogido en el convenio regulador, cabe ahora preguntarnos si es también posible la configuración de esta figura a través del mismo instrumento.

En este sentido el TS en la Sentencia de 20 de abril de 2012 señala que *“1. ° La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2. ° Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación”*.

Aunque en principio es necesario que exista un desequilibrio para la determinación de la pensión compensatoria, siendo éste su rasgo fundamental y constitutivo, lo cierto es que la jurisprudencia ha venido admitiendo pactos contenidos en convenio por los cuales se establecía la pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges sin que se diera tal presupuesto.

Otro de los supuestos donde cabe preguntarnos si son válidos este tipo de acuerdos, es con ocasión de la posible modificación o extinción de la pensión compensatoria con ocasión de un procedimiento de divorcio, existiendo previamente un procedimiento de separación donde existió acuerdo sobre la misma.

En este punto Callejo²²⁷, de forma acertada desde mi punto de vista, plantea el caso expuesto de la siguiente manera: “... la de a tomar sobre la extinción modificación de la pensión compensatoria en el proceso de divorcio no puede estar vinculada por la decisión adoptada en el anterior pleito de separación si concurre alguna de las causas de extinción o modificación de la pensión de los arts. 100 y 101 CC. Acreditándose la alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (art. 100 CC), el cese de la causa que la motivó, o el matrimonio o convivencia marital del preceptor con otra persona (art. 101 CC), procederá la modificación o extinción respectivamente. La posibilidad de modificar o extinguir en el proceso la pensión compensatoria acordada en el proceso de separación no significa que en el proceso de divorcio se pueda prescindir de lo acordado por los cónyuges en el convenio regulador de la separación. La admisión de la validez y eficacia de los pactos en convenio regulador sobre la pensión compensatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad y del principio de libertad de contratación tiene como consecuencia que en el proceso de divorcio deben respetarse esos acuerdos de los cónyuges recogidos en el convenio de separación. Como ha puesto de relieve la doctrina, en el momento del divorcio los cónyuges pueden establecer medidas distintas de la separación, siempre que lo hagan de común acuerdo; pero no cabe, que, a falta de tal acuerdo, el juez adopte las medidas a aplicar prescindiendo de lo establecido en su día por los cónyuges, salvo los acuerdos que hubiesen estado destinados a regular sólo la situación de separación. Sostener lo contrario se opondría la carácter vinculante de los acuerdos conyugales”.

Por tanto tenemos que concluir que es posible la renuncia de derechos en general, y de la pensión compensatoria en particular, siempre que se trate de derechos disponibles, la renuncia se haga respetando los límites

²²⁷ CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN, “El pacto de modificación de la pensión compensatoria contenido en el convenio regulador”, Actualidad Civil, Nº 9, Sección Estudios de Jurisprudencia, septiembre 2004, pág. 954, tomo 2.

que impone la Ley, entre los que se encuentra la igualdad de los cónyuges, y que no perjudique a terceros, en especial a los hijos del matrimonio.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2015, ponente Seijas Quintana, sentencia número 678/2015: *“Partiendo de esta doctrina, la sentencia desconoce aspectos básicos de lo que aquí se resuelve. La autonomía de la voluntad tiene un límite y este no es otro que el que establece el artículo 1255 del C. Civil: la ley, la moral y el orden público, y no se advierte, porque nada se dice en la sentencia, de qué forma contraviene esta disposición el hecho de que las partes de común acuerdo hayan excluido de las causas de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona. Nada obsta a reconocer que las partes podían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis, en el marco de un convenio regulador en el que se negocia y se transige sobre una suerte de medidas que las partes consideran mejor para el interés propio y el de los hijos. Por tanto, en la sentencia recurrida se infringen los arts. 1225 y 1091 del C. Civil, al no tener en cuenta que las partes en el ejercicio de sus propios derechos llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión, y al interferir en dicho acuerdo sin precepto que lo autorice rompe con la seguridad jurídica contractual, como se dijo en la sentencia de 25 de marzo 2014...*

Fijando como Doctrina jurisprudencial la siguiente: a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público”.

5. ALIMENTOS ENTRE LOS OTORGANTES

Ya he señalado anteriormente que el único supuesto en que cabrían alimentos entre los cónyuges es en el caso de separación. Y esto es así puesto que mientras que el matrimonio subsiste el deber de ayuda y de socorro mutuo es más amplio y abarca más contenido que la obligación de

alimentos entre parientes, por lo que se estará a éstos deberes del matrimonio.

Y una vez que éste entra en crisis, en un procedimiento de divorcio al disolverse el vínculo matrimonial en principio desaparece la obligación de prestar alimentos, por tanto, en el único supuesto en que existiría la obligación sería como manifestamos en el supuesto de separación donde cesan los deberes matrimoniales pero subsiste el vínculo por lo que sigue la obligación de prestarlos.

Pese a lo acabado de exponer, entiendo que existe un supuesto excepcional donde sí cabría adoptar pensión de alimentos en el seno de un procedimiento de divorcio y sería para el caso en que se solicitaran medidas provisionales bien anteriores a la presentación a la demanda o coetáneas a ésta, donde todavía subsiste el vínculo y ya han cesado los deberes del matrimonio, por lo que nada obsta para que se pueda pactar una pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges hasta que se dicten las medidas definitivas.

Lo que no se puede en ningún caso es solicitar ni establecer pensión compensatoria en el procedimiento de medidas provisionales.

En la práctica lo que sucede es que se suele transformar la pensión de alimentos pactada en medidas provisionales en pensión compensatoria en el procedimiento definitivo pese a la distinta naturaleza y finalidad de ambas figuras, por que *a priori* como decíamos no tendría razón de ser el establecimiento de alimentos en el pacto establecido para el procedimiento principal.

Sin embargo dado que el convenio regulador es el documento por el cual los otorgantes regulan de mutuo acuerdo los efectos que se producirán para la nueva situación desencadenada por la crisis matrimonial, cabrá que de mutuo acuerdo pacten el establecimiento de una pensión de alimentos a favor de cualquiera de ellos tanto en el seno de un procedimiento de separación como de divorcio.

Y esto es así en virtud de la autonomía de la voluntad que permite en los casos en que se tratan aspectos puramente patrimoniales y que no afectan a los hijos menores de edad o con la capacidad modificada, que es el caso, la inclusión de los pactos que tengan a bien.

Así la citada Sentencia del Tribunal Supremo 758/2011, de 20 de diciembre, permite la inclusión de este pacto a voluntad de los otorgantes: *“el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos”*.

6. VALIDEZ Y EFICACIA DEL MISMO

Aparte del convenio regulador que en un proceso de separación o de divorcio las partes suscriben y posteriormente ratifican en sede judicial, y quedando por tanto integrado en la Sentencia, formando parte de ella y gozando de toda la eficacia procesal de la misma, pueden existir convenios otorgados por las partes y que no han llegado a ser ratificados judicialmente.

Esto puede suceder fundamentalmente por dos razones: bien porque se haya presentado en procedimiento, en principio de mutuo acuerdo, y que una vez llamado los cónyuges a ratificar antes sede judicial, uno de ellos (o ambos) no lo haya realizado²²⁸, por lo que el procedimiento se deberá

²²⁸ La SAP de Málaga de fecha 24 de septiembre de 2008:

“PRIMERO.- Acierta el juzgador de primer grado en su planteamiento de tesis inicial atribuyendo valor de negocio jurídico privado al acuerdo que adoptaran los cónyuges en convenio regulador de veintiuno de junio de dos mil cuatro (folios 109 a 113) que se presentara en demanda de separación de mutuo acuerdo presentada en fecha veintitrés de junio del mismo año (folio 106), ya que es incuestionable que si el convenio pactado no queda ratificado a presencia judicial por los cónyuges, lo primero es que se acuerde el inmediato archivo de las actuaciones procesales, sin ulterior recurso, lo cual no obsta a que posteriormente cualquiera de los cónyuges promueva nuevo procedimiento matrimonial por la vía contenciosa del artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como así fue al tramitarse bajo el número 1254/2004 ante el mismo órgano judicial dictando sentencia definitiva el quince de abril de dos mil cinco, y posteriormente proceso de divorcio número 1261/2005 en donde recayó sentencia definitiva disolviendo el matrimonio, por divorcio, el uno de febrero de dos mil seis, lo que ciertamente no obsta a darle virtualidad y eficacia a lo pactado en el convenio regulador de la separación que no quedara ratificado a presencia judicial en el inicio del conflicto matrimonial, pues sobre este particular extremo habrá de diferenciar el pacto concertado en función de la naturaleza de la medida que en el mismo se contengan, de manera que si se trata de cuestión sobre la que los esposos tienen pleno poder de disposición, se debe entender que producirá efectos entre ellos, no frente a terceros, con plena y absoluta

independencia de que no quedara homologado judicialmente, enmarcándose todos esos acuerdos en el ejercicio de su autonomía privada -artículos 1255 CC -, ya que el que los pactos en cuestión sean articulados en función de la crisis de un matrimonio no es obstáculo para ello, pues no se ve porqué si unos cónyuges, estando casados, pueden contratar libremente entre ellos, en la forma que tengan por conveniente, no han de poderlo hacer en el momento en que se separan; momento en el que, por otra parte, más indicada aparece la necesidad de que se regulen aspectos patrimoniales, conforme lo ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002 , lo que no sucede con todas aquellas otras medidas que sean de carácter indisponible como lo son las que afectan al ámbito de la personalidad, y en especial a los menores de edad, cuando no hubieran contado con la necesario y preceptivo refrendo judicial. Sobre este particular extremo preliminar la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado progresivamente en torno a materia tan controvertida, y así en un primer momento se mostró absolutamente contraria a admitir la eficacia de los convenios privados de separación que entendía nulos en unos casos por ser contrarios al orden público - SSTS de 30 de enero de 1917 y 14 de junio de 1943 -, a la ley y a la moral, a la obligación de convivir juntos impuesta por el artículo 56 del Código Civil -SSTS de 19 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1948 -, y en otros porque vulneraba el sistema de inalterabilidad del régimen económico matrimonial consagrado en el primitivo artículo 1392 del Código Civil -SSTS de 18 de noviembre de 1964 y 20 de mayo de 1965 -, implicando una transacción prohibida por la ley -SSTS de 14 de diciembre de 1932 y 17 de junio de 1949-; posteriormente vino a admitirlos como fenómeno jurídico digno de atención reconociendo primero el derecho de los cónyuges separados a la prestación alimenticia -SSTS de 25 de junio y 28 de febrero de 1989 -, aún vigente el vínculo matrimonial y teniéndola después como causa eficiente y válida de disolución de la sociedad de gananciales -SSTS de 18 de junio de 1986, 26 de enero de 1987 y 17 de junio 1988 -. Expone la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1988 que la Ley de 7 de julio de 1981 supuso un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, teniendo los convenios así establecidos un carácter contractualista, por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que con carácter general establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261 del Código Civil , siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código Civil un requisito o conditio iuris de eficacia del convenio regulador no de su validez y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia, de forma que es claro que la jurisprudencia reconoce plena validez a dichos convenios que considera como negocios jurídicos de derecho de familia que cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva y que, cuando no es aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, distinguiéndose en la sentencia de 22 de abril de 1997 tres supuestos, en primer lugar, el convenio, que en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia, en segundo lugar, el convenio regulador que al quedar aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, el cual tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil , reseñando la sentencia de 15 de febrero de 2002 , que se concibe esa disposición de los cónyuges como una manifestación del libre ejercicio de la facultad

convertir en un proceso contencioso; bien porque el convenio ha sido otorgado al margen de un proceso judicial, ante una situación de crisis matrimonial de hecho, o incluso cabría el supuesto que antes de surgir la misma, por un pacto en previsión a la futura crisis, y que en principio no ha sido aportado a ningún procedimiento judicial, queriéndolo hacer valer posteriormente.

Es cuando nos tenemos que plantear, si este convenio así firmado por los cónyuges es válido y eficaz, y por tanto debe desplegar todos sus efectos.

El Tribunal Supremo²²⁹ se ha pronunciado admitiendo la validez de estos convenios reguladores suscritos extrajudicialmente, para aquellas

de autorregulación de las relaciones privadas reconocida por la jurisprudencia -SSTS de 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998- y la doctrina registral -RR. DGRN de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998 -, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial. En este sentido, señala con pleno acierto la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 14 de enero de 2005, como se está diciendo en forma reiterada, que el convenio regulador es un negocio jurídico familiar que tiene como finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio mediante la manifestación de su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los mencionados efectos, pero la exigencia de presentación en los casos de ruptura familiar de mutuo acuerdo, de un documento que recoja el acuerdo de las partes sobre un contenido mínimo (art. 90 CC), no significa en modo alguno que los cónyuges no puedan establecer obligaciones entre sí al margen del procedimiento de separación o divorcio, bastando para ello que el convenio celebrado al efecto cumpla los requisitos esenciales para la validez de los contratos que impone el artículo 1261 del Código Civil y que el contenido de lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral ni al orden público (artículo 1255 CC). La ratificación judicial del acuerdo a presencia judicial no constituye un requisito de forma ad solemnitatem para la validez del mismo, ni resulta preciso por el hecho de que el acuerdo privado varíe los términos del convenio regulador; para la doctrina científica el convenio regulador no es más que un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir en él los particulares y la autoridad pública, de forma que, la facultad que se concede a los esposos de regular los efectos sustantivos del mismo no supone un reconocimiento ilimitado de su autonomía, al menos en los extremos del mismo que afectan a materias indisponibles para las partes tales como los acuerdos referentes a los hijos menores de edad si no interviene como es preceptivo el Ministerio Fiscal y si no resulta luego aprobado judicialmente”.

²²⁹ Así la STS de 22 de abril de 1997, (a las que han seguido y reiteran la doctrina jurisprudencial que sentada por esta, entre otras la STS de 20 de abril de 2012 y la STS de 31 de marzo de 2011), dicta: “PRIMERO: La cuestión jurídica esencial que se plantea es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código

Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como «conditio iuris», determinante de su eficacia jurídica.

Deben, por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil. La Sentencia de 25 de junio 1987 (RJ 1987/4553) declara expresamente que «se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial»; la de 26 de enero 1993 (RJ1993/365) «añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes».

SEGUNDO.- Unos cónyuges, ambos abogados en ejercicio, casados en régimen económico matrimonial de separación de bienes, en el presente caso celebraron un convenio de separación matrimonial, en fecha 5 de junio de 1986, al que llamaron «contrato de separación conyugal», en el que se previó la separación, la atribución «en posesión y propiedad» de la vivienda conyugal, la guarda y custodia de las hijas menores de edad, el régimen de visitas, la contribución a los gastos familiares, la retirada por el marido de los bienes de uso personal, la renuncia a pensión y en el acuerdo séptimo, se efectúa la partición de bienes; es de destacar que en el convenio manifiestan que han redactado el convenio «con la mayor sencillez, apartándose en lo posible de términos jurídicos».

Dicho convenio no fue presentado como tal convenio regulador en el proceso de separación que se siguió en el Juzgado de 1ª Instancia núm. 14 de Barcelona por los trámites de la disposición adicional 5ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL1981/1700 y ApNDL 2355); se dictó Sentencia con fecha 25 de enero de 1989 en la que se hace referencia al mencionado convenio y se expresa literalmente que «estando conformes ambos cónyuges en solicitar la separación, se estará a lo dispuesto en dicho número 1 del artículo 81 del Código Civil sustituyendo el convenio por los acuerdos que establezca el Juzgado». En la parte dispositiva de la sentencia se prevén las medidas llamadas definitivas y no se hace referencia alguna a la «partición de bienes», llamada así y contenida en el acuerdo séptimo del mencionado convenio.

Posteriormente, la esposa formuló demanda interesando el cumplimiento de dicho acuerdo séptimo. El Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Barcelona dictó Sentencia en fecha 19 de marzo de 1991 estimando la demanda y desestimando la reconvencción que había formulado el esposo demandado. Apelada por éste, la Audiencia de Barcelona, Sección 12ª, dictó Sentencia en fecha 18 de enero de 1993 revocando la anterior declarando la ineficacia del convenio. Contra ésta se ha formulado el presente recurso de casación.

TERCERO.- Hay que partir de ciertos extremos que conviene destacar. El convenio de 5 de junio de 1986 no es el convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil y al que se refieren los artículos 81 y 86: le falta la aprobación judicial, «conditio iudis» de su eficacia. Es un negocio jurídico de derecho de familia. No está

materias que son susceptibles de libre disposición, como las económicas y patrimoniales.

Entiende el Alto Tribunal que no se pueden considerar convenios reguladores de los que contempla el artículo 90 del Código Civil porque les falta la aprobación judicial, condición necesaria para su eficacia. Pero que estos acuerdos son válidos y eficaces, teniendo la naturaleza jurídica de negocio jurídico, y que aceptado y firmado por las partes debe desplegar toda su validez y eficacia si no hay ningún motivo de invalidez que lo impida.

Estos acuerdos, como negocios jurídicos de derecho de familia que los considera el Tribunal Supremo, tienen carácter contractual, y por tanto, para su validez han de concurrir los requisitos establecidos por la legislación con carácter general, previstos en el artículo 1261, es decir,

inmerso en el proceso de separación conyugal, que se tramitó como contencioso, aunque en éste se alude al mismo.

El acuerdo séptimo del convenio, al que llaman las partes «partición de bienes», no es tal partición sino la adjudicación de bienes del régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Este acuerdo no forma parte necesariamente del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil ni fue recogido en la parte dispositiva de la Sentencia de separación conyugal.

Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico.

CUARTO.- Al examinar los motivos de casación que ha formulado la esposa contra la sentencia de la Audiencia, deben desecharse aquellos que pretenden dar al convenio valor como tal convenio regulador del artículo 90 del Código Civil pues ya se ha dicho que carece de la «conditio iuris» de la aprobación judicial. Pero sí hay que estimar los motivos 2.º, 6.º y 7.º.

Si bien, los artículos 1255 y 1256 del Código Civil son, normalmente, excesivamente genéricos para fundamentar un recurso de casación, sí pueden fundamentarlo si se parte de un concreto negocio jurídico, como es el presente caso en que una parte del convenio (al que las partes llamaron «contrato de separación conyugal»), que es el acuerdo séptimo, de carácter patrimonial, tiene plena validez y eficacia. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 y está reconocido en las Sentencias de esta Sala antes citadas de 25 de junio 1987 (RJ 1987/4553) y de 26 de enero 1993 (RJ 1993/365). Cuyo acuerdo, de naturaleza patrimonial, tiene una interpretación clara, que no deja duda sobre la intención de las partes y debe estarse a su tenor literal, como dispone el artículo 1281 del Código Civil”.

consentimiento, objeto y causa, así como las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición.

Por tanto, son considerados como una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, y su validez y fuerza vinculante entre las partes no está condicionada a la aprobación judicial.

Ahora bien, como hemos apuntado, lo dicho hasta ahora es referido a las materias que son susceptibles de libre disposición. Sin embargo quedan fuera de la exigibilidad del cumplimiento de estos convenios aquellos pactos que afecten al interés superior del menor, en cuyo caso los órganos judiciales no estarán vinculados por lo acordado por sus progenitores.

En este sentido se muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2005, ponente Almagro Nosete, diciendo: *“Y en lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, aparte de que el Tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, afirmó que no encontraba causa alguna para hacer pronunciamiento en contrario –afirmación que ponía de manifiesto cómo actuaba en la perspectiva del interés del menor– cabe señalar que tanto la Constitución –artículo 39– como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales –especialmente el artículo 154 del Código Civil– reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención –sin perjuicio de su deberes de prestación– está limitada a los supuestos en que el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores ...”*.

Es decir, cuando en el convenio se incluyan materias que afecten al interés del menor o incapaz, cuestiones de las que los padres no tienen la libre disposición, el Juez sí que debe controlar lo acordado por los cónyuges, y necesitará la aprobación judicial para que despliegue su eficacia.

Por último añadir que una vez ratificado el convenio en sede judicial no cabe la revocación del mismo²³⁰.

7. EL CONTROL DEL CONVENIO

7.1. Control judicial y aprobación del convenio

El art. 90 del Código Civil en su apartado segundo indica *“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”*.

Como hemos puesto de manifiesto el convenio regulador, expresión de la autonomía de la voluntad de los otorgantes, aprobado judicialmente, formará parte de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, y por tanto, además de desplegar toda su eficacia, gozará de fuerza ejecutiva.

²³⁰ Sobre este particular SILLERO CROVETTO, BLANCA, Crisis Matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio. Tras las Reformas Legislativas de 2015, Ed. Juruá, Lisboa, 2ª Edición, 2015, pág. 104; recoge lo que autores como Romero Coloma, y la jurisprudencia, señalan sobre la imposibilidad de revocación del convenio regulador ratificado: *“¿Cabría la revocación de la ratificación del convenio regulador por parte de alguno de los cónyuges?, a juicio de ROMERO COLOMA, (2012, P. 1 – 2), “un convenio regulador realizado por ambos cónyuges con intervención y asistencia de Letrado, a presencia judicial y con pleno conocimiento de su contenido y alcance, sin que, a la hora de emitir el consentimiento, se produjeron vicios que pudieran invalidar éste, ser revocado una vez que haya sido ratificado en el marco del proceso judicial de separación y divorcio. Según el AAP Ciudad Real de 21 de mayo de 2004, la ratificación del convenio regulador es, desde el punto de vista procesal un acto de causación, cuya característica fundamental es originar un determinado estado o situación jurídica en el proceso que se muestra irreversible, en cuanto predetermina un efecto previsto directamente en la ley. De ahí que, en la ratificación, como todo acto procesal, la ley presuma su seriedad, validez y licitud y únicamente permita eliminar el acto cuando se demuestra la ausencia total de voluntad. En el mismo sentido la SAP de Huesca de 25 de mayo de 2005, declaró que, una vez producida, por separado, la ratificación de la petición de separación o divorcio y del convenio regulador presentados de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, art. 777.2 LEC, no puede uno de ellos mostrar, con posterioridad, su disconformidad, porque ello supondría ir contra los propios actos. La SAP de Barcelona, de 5 de mayo de 1998, expresa que, después de ratificadas las partes, no cabe admitir disconformidad de un cónyuge respecto de lo pactado, debiendo dictarse sentencia de conformidad a lo solicitado en la demanda”*.

En este sentido la SAP de Córdoba, de 14 de julio de 2003 recoge “*A la luz de esta doctrina, esta misma sección 2ª AP Córdoba Sentencia 24-6-99 (AC 1999\1186) ya declaró que al Convenio Regulador debe reconocérsele un carácter transaccional (ved Sentencia TS 31-1-85 [RJ 1985\210]) que debe someterse a aprobación judicial bien entendido que esa aprobación no le priva del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación de esa autoregulación de los intereses de las partes, limitándose el Juez a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los progenitores o para el hijo. De esta forma podemos definir el Convenio Regulador como una transacción sometida a condición y es precisamente su homologación judicial lo que le dota al convenio regulador de fuerza ejecutiva, circunstancia en la que coinciden tanto el art. 90 Código Civil, como el art. 1816 CC ...*”.

Para ello, el Juez deberá homologar el mismo, comprobando que no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, sin embargo cuando afecte a los hijos menores de edad deberá aprobar este convenio tras un examen de los principios que aseguran el interés superior del menor.

Así de esta manera el Juez se convierte en un garante de los principios constitucionales de igualdad y de protección a los hijos²³¹.

El convenio regulador deberá respetar los límites que en general el art. 1255 CC impone a la autonomía de la voluntad, no debiendo ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, además de los que hemos señalado que exige el art. 90 del Código Civil, no ser dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

²³¹ Para CALAZA LÓPEZ, SONIA, “El proceso consensual de separación y divorcio”, Revista de Derecho UNED, número 5, 2009, la función del Juez es: “La labor judicial en materia de pactos, convenios o acuerdos conyugales, tal y como puede fácilmente colegirse de la redacción del precepto recién transcrito, no es, en puridad, de enjuiciamiento, sino de mera vigilancia, supervisión y control de la legalidad. En este sentido, tanto el acuerdo inicialmente propuesto, como el sobrevenido, como consecuencia de una negativa motivada a la aprobación de aquél otro, procederán, en exclusiva, de los cónyuges, quedando limitada, la función del Juez a verificar el equilibrio económico alcanzado en dichos acuerdos y, en su caso, a impedir que uno de los cónyuges o los hijos queden en una situación gravemente perjudicial respecto del otro cónyuge”.

Es señalado²³² que “*A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos sometidos a la voluntad de las parte, en este ámbito de la regulación de las consecuencias de las rupturas matrimoniales el control judicial se ha impuesto de modo previo. La razón de esta regulación tiene que ver con la existencia de ciertas cuestiones bajo las que subyace un interés público y sobre las que necesariamente se debe producir alguna regulación. Así pues, el control judicial se dirige a verificar que no se deja huérfana de regulación alguna de las materias que la Ley (art. 90 CC) señala como necesaria y que el interés público concurrente no es desprotegido*”.

En este punto se deberá tener en cuenta que el convenio puede recoger tanto materias de *ius cogens* como otras de carácter dispositivo. Entre las materias de derecho necesario se encontrarán aquellas que afecten directamente a los hijos menores de edad, aquí regirá el principio favor *filii*, de modo que el juez deberá determinar de forma especial que estos pactos cumplen con el interés superior del menor.

Sin embargo en aquellas materias de carácter dispositivo, es decir, aquellas materias que no afecten a los menores, y que mayoritariamente tendrán carácter patrimonial, su control se limitará a comprobar que no vulneren los límites generales que hemos expresado, y que no sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

En este sentido podemos citar como ejemplo, el recogido en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo²³³, de 8 de marzo de 2017, con objeto de la interposición de una modificación de medidas, respecto del uso de la vivienda familiar pactado por los cónyuges en convenio regulador²³⁴ siendo

²³² ALVÁREZ ALARCÓN, ARTURO, BLANDINO GARRIDO, M^a AMALIA, SÁNCHEZ MARTÍN, PABLO, “Las crisis matrimoniales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2^a Edición, 2016, Pág. 201.

²³³ STS Sala de lo Civil, N^o 168/2017, de 8 de marzo, Recurso N^o 117/2006, Ponente José Antonio Seijas Quintana.

²³⁴ El pacto recogido en el convenio regulador del que se pretendió la modificación de medias y que finalmente fue objeto del Recurso de Casación al que no referimos reza así: “«el uso del que ha sido domicilio familiar, sito en DIRECCION000 , NUM000, UM001 de Pascaia, se atribuye provisionalmente a D^a Rosalia , en tanto en cuanto se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad. En cualquier caso, la Sra Rosalia abandonará la vivienda que ha sido familiar y propiedad exclusiva del S, Hugo una vez transcurrido el plazo de tres años

éste aprobado por el Juez, y que finalmente fue disputado llegando al Alto Tribunal, que ante los argumentos de la recurrente²³⁵, se pronuncia en los siguientes términos: “1º. Las sentencias citadas en el motivo, y otras posteriores (entre las más recientes la 117/2017, de 22 de febrero), recogen la siguiente doctrina en la interpretación del artículo 96 del Código Civil:

«la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ».

«Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor»”.

Por tanto, incluso en materias dispositivas como lo es la atribución del uso de la vivienda, que admite el pacto de los progenitores debe ser

desde la firma del presente convenio regulador (con independencia de que le hayan entregado la precitada vivienda)»”.

²³⁵ Que eran los siguientes: “En la demanda formulada por doña Rosalia se alegaba que se habían alterado las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del convenio regulador porque: a) no se le había concedido una vivienda de protección oficial; b) no dispone de alojamiento en la vivienda de su madre, al tratarse de una vivienda de reducidas dimensiones, en la que habitan en la actualidad, además de su madre, su hermano y su tío y c) se encuentra en situación de desempleo desde el 19 de junio de 2012.

El juzgado estimó la demanda y dejó a doña Rosalia el uso y disfrute del domicilio familiar hasta el momento de la mayoría de edad del hijo, o de su emancipación económica. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocó la del juzgado y desestimó la demanda porque no habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que fue suscrito el convenio regulador”.

Siendo el motivo de casación: “Único.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del CC , por aplicación indebida, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2011 (unificación de doctrina), 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011”.

sometido al control judicial para determinar que no vulnera el interés del menor.

Si no cumple los requisitos exigidos o es perjudicial podrá rechazarlo y denegar su aprobación, pudiendo ésta ser total o parcial respecto de las cláusulas afectadas.

Sucediendo la denegación de la aprobación del convenio el art. 777.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone *“Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente”*.

Por su parte, tras las novedades introducidas en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, por la que se regula que la separación o el divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad saca del ámbito judicial estos procedimientos facultando al Secretario Judicial y al Notario para ser quien esté al frente de estos procedimientos, siendo por ende quienes tendrán ejercitar el control del convenio regulador y su aprobación.

Así el apartado 10 del citado artículo 777 de la L.E.C., al igual que el artículo 90 del CC, prevé *“Si la competencia fuera del Secretario judicial por no existir hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Secretario judicial, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador.*

El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges.

Si considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso, los cónyuges podrá acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

Por tanto se prevé que el Secretario Judicial, a día de hoy Letrado de la Administración de Justicia, o el Notario quien lleve a cabo esta tarea, como hemos dicho, de control y aprobación del convenio presentado por las partes. Lo que no podrán hacer ni el Secretario Judicial ni el Notario es, una vez denegada la homologación del convenio, dictar las reglas que deben sustituir a las consensuadas por los cónyuges, sino que deberán dar por terminado el procedimiento y acudir los interesados al Juez para que sea éste quien tome la decisión final de aprobar el convenio, indicar a los cónyuges cuales son las cláusulas que deben modificar concediéndoles el plazo preceptivo para ello, o finalmente ser quien fije las medidas que deben de regir tras la separación o el divorcio.

7.2. El papel del Ministerio Fiscal. Protección a menores e incapaces

La figura del Ministerio Fiscal está recogida en la Constitución, concretamente en el artículo 124, donde se le encomienda la defensa de la legalidad. Así el apartado 1 lo expresa de la siguiente forma: *“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”*.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 749 preceptúa la intervención del Ministerio Fiscal en cualquier procedimiento siempre que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

La Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, dispone: *“Los procesos matrimoniales se configuran como procesos especiales, a los que se aplican las disposiciones generales del Capítulo I, Título I, Libro IV LEC, entendiéndose que su objeto es -en buena medida- indisponible, dado que afecta en su contenido inmediato al estado, pervivencia y circunstancias del vínculo matrimonial, y en sus*

consecuencias mediatas, a aspectos existenciales, educativos y personales de los hijos menores, incapacitados o ausentes que quedan bajo el resguardo protector del Estado”, y continúa “El Ministerio Fiscal interviene en el proceso si existen hijos del matrimonio menores de edad o incapaces, ejerciendo una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido.

De acuerdo con el art. 749 LEC el Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de nulidad matrimonial aunque no sea promotor de los mismos ni deba asumir conforme a la ley la defensa de ninguna de las partes y en los demás procesos especiales será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación legal de ausencia.

En último término, la potestad de tutela del interés público implicado en el proceso la comparten ambos órganos del Estado, tribunal y Fiscal, si bien desde posiciones procesales diferenciadas”.²³⁶

²³⁶ Respecto del papel activo del Ministerio Fiscal la citada Circular añade: “Es obligada la intervención del Fiscal en la vista, participando en la práctica de la prueba propuesta por las otras partes, proponiendo a su vez prueba propia, formulando alegaciones en defensa de los intereses de los hijos menores e incapaces y controlando el contenido de los acuerdos que sobre medidas definitivas hayan alcanzado las partes. También habrá de tomar parte en la prueba que se practique en los treinta días siguientes a la vista -art. 770.4^a LEC- y en la exploración de los hijos menores o incapacitados, los cuales han de ser preceptivamente oídos si tienen suficiente juicio para ello y en todo caso si han cumplido los doce años de edad, pues la formación del criterio correcto sobre el interés del menor exige un contacto y comunicación directa con el mismo, en una comunicación fluida y personal”.

Sin embargo respecto de la audiencia a los menores pese a lo que promulga, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de su obligatoriedad, así con ocasión de un recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal solicitando la nulidad de una sentencia y la reposición de las actuaciones al momento en que se debió practicar por entender que vulnera el art. 9. 1 de la Ley Orgánica 1/1996 y el art. 24 de la Constitución Española y por defender que el menor tiene derecho de ser oído en cualquier procedimiento, la Sala se pronuncia: “Es cierto como dice el Ministerio Fiscal que ello podría abrir las puertas a un posible automatismo de denegación judicial del derecho del menor a ser oído, que tampoco los arts. 92. 6 777. 5 y 9 permiten, cuando los padres manifestasen que los menores están de acuerdo con lo convenido. Pero el riesgo de ese automatismo lo salva el art. 9 obligando al Juez a motivar su decisión, obligación de razonar y argumentar que también se deriva de los términos en que se han redactado los arts. 92. 6 y 777. 5, cuando señalan que el Juez oirá a los menores cuando lo considere necesario, consideración que sin duda significa deber de razonar. Le otorga por tanto al Juez una facultad discrecional que, para que no se convierta en arbitraria, debe de venir adornada de la oportuna motivación para que las partes puedan contrastar su decisión. El Juzgador además puede efectuar el control de la

Por su parte el apartado 5 del artículo 777 LEC, referido a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, establece: *“Si hubiera menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”*.

Según lo preceptuado la intervención del fiscal se ceñirá a revisar las cláusulas del convenio regulador que los cónyuges hayan presentado en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio solicitado de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, que estén relacionadas con el menor, incapacitado o ausente²³⁷.

²³⁸ *“En cuanto al Ministerio Fiscal su actuación sirve para garantizar que en el convenio se respetan los intereses de los menores o incapaces, de manera que no se incluyan cláusulas contrarias a derecho. También*

existencia o no de intereses contrapuestos entre el menor y sus representantes legales mediante la supervisión de los términos del convenio y cuando observe algún pacto que considere perjudicial o inhabitual de lo que suelen ser los comunes y ordinarios en esta clase de procesos, bien de oficio o mediante advertencia del Ministerio Fiscal o de los demás intervinientes que mencionan los preceptos analizados proceder a cumplimentar el trámite de audiencia en protección y garantía de los intereses superiores del menor”.

²³⁷ También en el seno de un procedimiento contencioso el Fiscal realizará la misma función respecto de los posibles pactos a los que lleguen las partes durante el proceso. Así se recoge en la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles: *“En el proceso matrimonial contencioso es posible que los cónyuges presenten en el acto de la vista acuerdos destinados a regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio - art. 774.1 LEC-. Estos acuerdos no vinculan al tribunal en las materias que no están sujetas a la libre disposición de las partes con arreglo a la legislación civil aplicable. El Fiscal impugnará en la vista cuantos acuerdos conyugales resulten perjudiciales o incompatibles con el superior interés de los hijos menores o incapacitados y si es preciso propondrá la prueba oportuna para clarificar las necesidades a las que se debe atender”*.

²³⁸ CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, ob. Cit., pág. 287.

resulta obligado a oponerse a la aprobación del convenio si en él no se recogen y regulan todos aquellos extremos que afectan a los menores o incapaces, como la guarda y custodia, patria potestad, régimen de comunicación, pensión de alimentos, así como el modo de atender otros gastos o necesidades que estas personas protegidas pudieran tener. Por último, también se opondrá cuando, pese a regularse en el convenio todos esos extremos, los son de forma parcial, confusa, imprecisa, contradictoria, o de cualquier otro modo expongan al menor o incapaz soportar la insatisfacción de su derecho total o parcialmente, o que su cumplimiento exija fuertes contiendas donde pueda peligrar su estabilidad, desarrollo o normalidad de vida.

En todo caso su informe no es vinculante para el Juez, pudiendo resolver de forma distinta a lo informado por el Ministerio Fiscal”.

Como pone de manifiesto Calaza López²³⁹ en los procesos matrimoniales consensuados, en donde se ha conferido a los cónyuges que prime su voluntad, no se requiere ninguna prueba, a excepción del certificado de matrimonio, el cual acreditará además de la existencia y validez del mismo el transcurso de los tres meses desde su celebración, que es el único requisito que exige la Ley a día de hoy para decretar la separación o divorcio de cualquier unión matrimonial, y las certificaciones de nacimiento de los hijos menores de edad habidos del matrimonio. No siendo necesario la acreditación y por ende la proposición ni prueba sobre las medidas de carácter patrimonial. Sin embargo no ocurre lo mismo cuando se trata de cuestiones que afecten a los hijos.

Así lo expresa la citada autora: *“Las pretensiones que afecten a los intereses de los hijos menores o incapaces en los procesos matrimoniales están sustraídas al poder de disposición de los cónyuges y, en tal sentido, la exteriorización de una voluntad común de aceptación de las medidas personales integradas por aquellas propuestas, no eximirá, a las partes, cuando el Juez lo estime conveniente, de practicar las pruebas que resulten oportunas, pertinentes y útiles. La Ley no prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal solicite la práctica de la prueba en este tipo de procesos matrimoniales, exclusión ésta que ha sido calificada, por la propia Judicatura, con todo acierto, como un error, habida cuenta de la conveniencia de que sea precisamente el público defensor de los intereses*

²³⁹ CALAZA LÓPEZ, SONIA, “El proceso consensual..., ob. Cit, pág. 139.

de las personas especialmente vulnerables por razón de su minoría de edad o incapacidad, quién proponga la prueba que, en relación con ellas, deba practicarse”.

Además la citada autora pone el acento en que: *“La Ley no prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal solicite la práctica de la prueba en este tipo de procesos matrimoniales, exclusión ésta que ha sido calificada, por la propia Judicatura, con todo acierto, como un error, habida cuenta de la conveniencia de que sea precisamente el público defensor de los intereses de las personas especialmente vulnerables por razón de su minoría de edad o incapacidad, quién proponga la prueba que, en relación con ellas, deba practicarse”.*

Por lo que el Ministerio Fiscal pese a tener que informar según lo que ordena el art. 777.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene, como hemos visto, la posibilidad de solicitar prueba, que en determinados casos, será necesaria para poder dilucidar sus conclusiones y avalar el informe que emita.

También en el proceso de modificación de medidas tiene un papel relevante el Ministerio Fiscal si existen hijos menores o incapacitados, pues además de intervenir en el procedimiento, está legitimado para instarla si las medidas definitivas afectan a dichos sujetos.

La falta de intervención del Ministerio Fiscal informando sobre estos extremos, debería producir en principio la nulidad de pleno derecho de las actuaciones, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el art. 225. 3º los actos procesales estarán castigados con esta pena cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Pero debe de acreditarse que ha existido ese perjuicio, y haberse denunciado en el momento oportuno, además que en la mayoría de los casos la intervención del Fiscal *a posteriori* producirá la convalidación del procedimiento²⁴⁰.

²⁴⁰ Así lo exige y lo recoge la STS de 15 de diciembre de 1999, ponente Don Alfonso Villagómez Rodil. *“Por el cauce del número tercero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primer motivo que contiene denuncia de quebrantamiento de las formas esenciales de los actos y garantías procesales, por infracción de los arts. 457 de dicha Ley, en relación al 124-1 y 2 de la Constitución y 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación a sus preceptos 238-3 y 240-1. Se argumenta haber*

sufrido indefensión y procede decretar la nulidad de actuaciones, toda vez que el Ministerio Fiscal no fue parte en el proceso seguido en primera instancia. El motivo no procede por las siguientes razones: ... 2º.- No se ha producido actuación de efectiva indefensión pues los recurrentes durante toda la tramitación del litigio no plantearon impugnación ni recurso alguno sobre la omisión en que incurrió el Juzgado, al no llamar con efectividad al pleito al Fiscal. De conformidad al art. 1693 de la Ley Procesal civil es exigente ara poder alegar situación de efectiva indefensión que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia donde se cometió, y cabe su reproducción en la segunda y así lo proclama la reiterada jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil, al declarar que el remedio de la infracción consistente en ausencia de comunicación del pleito al Fiscal, ha de procurarse con la mayor inmediatez desde el momento en que la parte la conoce y bien a ser ineficaz la tardía, en cuanto resulta consentida, ya que se precisa constante protesta y oposición (SS 3-4-1987 y 5-5-1991, 23-3-1992, 21-4-1992, 28-5-1992 y 10-5-1994), lo que lleva consigo la necesidad de agotar las vías de recurso disponibles (S. de 22-3-1993) ... No se alcanza a comprender qué repercusión tiene respecto a los recurrentes la indefensión que alegan, cuando en el pleito dispusieron de todos los medios que la Ley otorga en la procura de hacer valer sus derechos, pues toda la indefensión en sentido jurídico-casacional nos la entendemos como aquella situación en la que el justiciable resulta privado de modo efectivo de alguno de los medios que el Ordenamiento pone a su alcance para poder ejercitar sus derechos ante los Tribunales. El principio constitucional se refiere al derecho de ser acogido y oído como parte en un proceso legal, y no a obtener una sentencia de conformidad (Sentencia de 4-11-1995), y teniendo en cuenta que el Ministerio Público intervino en el Trámite de apelación y en este recurso, aunque se produzca con retraso, conforme declara la sentencia de 9 de julio de 1992 en relación a la de 21 de mayo de 1988 y 6 de febrero de 1991, convalida las actuaciones anteriores, al no integrar causa de nulidad de las mismas, ya que quedó subsanado el defecto de conformidad a los arts. 238-3º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse de simple irregularidad procesal”.

CAPITULO V. VALIDEZ

El propio Tribunal Supremo²⁴¹ ha manifestado recientemente: “*El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 Civil).*”

En cualquier caso las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también con criterio más flexible a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" (art. 1325 C. Civil).

Por otro lado el art. 1328 del C. Civil considera nulas las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges.

En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del C. Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil , a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana.

De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del C.

Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia”.

²⁴¹ STS Sala de lo Civil, N° 392/2015, de 24 de junio de 2015, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Una vez aceptado el “fenómeno” de los pactos matrimoniales, habiendo sido superada la discusión acerca de su validez, y habiendo sido regulados por algunas legislaciones forales y reconocidos por la jurisprudencia del Alto Tribunal, queda la tarea de establecer cuáles son los requisitos, sus límites, la protección que se otorga, el control a que están sometidos y los efectos que despliegan, en definitiva, instituir cuales son las reglas que operan en torno a su validez y eficacia.

1. REQUISITOS

1.1. Personales

No contiene el Código Civil ningún precepto que contenga una regla general acerca de qué personas pueden otorgar capitulaciones matrimoniales, u otra clase de pactos.

Solamente se puede llegar a la conclusión, por lo dispuesto en los artículos 1329 y 1330 CC a *sensu* contrario, que pueden otorgar capitulaciones toda persona mayor de edad que no esté judicialmente incapacitado.

Por tanto podemos afirmar que los únicos requisitos personales que se exigen por el legislador para poder otorgar capitulaciones matrimoniales válidamente son la mayoría de edad y capacidad de obrar.

Mucho menos contiene la legislación reglas respecto de los requisitos personales exigidos para otro tipo de pacto matrimonial, entendemos que igualmente cabe aplicar lo expuesto para las capitulaciones matrimoniales.

1.1.1. Acto Personalísimo. ¿Cabe representación?

Podemos decir que el concepto de acto personalísimo está en relación con el derecho a la libertad y el de libre desarrollo de la personalidad, de forma que se le reconoce a la persona la capacidad de decidir libremente, de esta manera quedan fuera las posibles injerencias del Estado o de terceros.

En los actos personalísimos se exige que el otorgante manifieste su consentimiento libre, de forma personal e insustituible, sin que quepa la representación.

Las capitulaciones matrimoniales son un acto personalísimo por lo que es necesario que sean otorgadas por la propia persona, que debe ser capaz, sin que pueda emitir el consentimiento otra persona distinta.

En cuanto a los menores e incapacitados judicialmente, como pondremos de manifiesto, los padres, tutores o curadores, complementarán su capacidad, pero los que realmente otorgan las capitulaciones son los propios cónyuges o contrayentes.

1.1.2. Capacidad

Para que una persona realice determinado acto con eficacia es necesario que tenga capacidad de obrar, entendiendo esta como aquella cualidad jurídica que se le reconoce a las personas que cuentan con el conocimiento necesario para obrar y la voluntad de hacerlo.

Respecto de las capitulaciones matrimoniales, o de otros pactos que pueden otorgar los cónyuges no existe un precepto que exija una capacidad especial para que se puedan realizar válidamente.

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales, a *sensu* contrario de lo previsto en los arts. 1329 y 1330 CC, tenemos que afirmar que solamente es necesario que una persona sea mayor de edad y no se encuentre incapacitado judicialmente para poder otorgarlas válidamente.

Los otros pactos matrimoniales, se regirán también, a falta de disposición específica, por los criterios generales de la capacidad de obrar.

Como acabamos de expresar es necesario el conocimiento para obrar y la voluntad de hacerlo, lo que podemos traducir a consentimiento y capacidad.

Por lo que además de lo dicho respecto de la capacidad, tenemos que añadir que debe existir un consentimiento a la hora de otorgar las capitulaciones matrimoniales.

Éste debe ser consciente y libre, y ser manifestado ante el Notario que autorice el instrumento capitular. Será inválido cuando el consentimiento sea prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Si existen vicios en el consentimiento el acto será anulable, pero si se produce de forma que anula el consentimiento, al faltar éste, será nulo de pleno derecho. Volveremos a insistir en esta distinción en sede de ineficacia.

Hemos afirmado, que no existe una regla especial de capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, que basta con ser mayor de edad y tener capacidad de obrar para poder otorgarlas.

¿Pero qué ocurre con el menor de edad que según la legislación actual puede casarse? ¿Y con el incapaz, que también puede contraer?

Vamos a ver en primer lugar, lo dispuesto para el menor de edad.

Artículo 1329 CC *“El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación”*.

De esta forma el Código Civil introduce una regla respecto de los menores de edad no emancipados, los cuales podrán otorgar capitulaciones si se limitan a pactar el régimen de separación de bienes o de participación, o en caso de querer realizar otros pactos podrán realizarlos con el concurso y consentimiento de sus padres o tutor.

Por tanto, solamente para determinados pactos necesitará ese complemento de capacidad, pudiendo por sí otorgar válidamente capitulaciones si se limitan a pactar solamente los regímenes de separación o de participación.

La duda surge con el menor de edad emancipado, el cual según el art. 46 del Código Civil podrá contraer matrimonio.

Atendiendo al tenor literal del citado artículo 1329 solamente hace falta el concurso y consentimiento de los padres o tutor en el caso que el menor no esté emancipado, por lo que en principio puedes suponer que si el menor ya está emancipado, puede por sí solo otorgar capitulaciones.

Hasta no hace mucho tiempo el matrimonio es una de las causas que producían la emancipación, según los arts. 314 y 316 del Código Civil, cualquier menor de edad podía otorgar por sí capitulaciones constante el matrimonio, pues en virtud de su celebración adquiría la emancipación y por tanto el poder otorgarlas. Sin embargo en virtud de la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el matrimonio ha dejado de producir la emancipación.

A mi juicio solamente para otorgar capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio será cuando el menor no emancipado necesitará el consentimiento de sus padres o tutor, sin que afecte para esto la reforma de la Ley.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LJV el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, será aquél que había obtenido la dispensa de impedimento prevista en el artículo 48, a partir de los 14 años de edad. Lo que incluía tanto al menor de edad entre los 14 a los 16 años (puesto que menores de 16 años no pueden obtener la emancipación), como aquellos entre 16 a 18 años, que no tenían la emancipación por no habérsela concedido los que ejercen la patria potestad o el Juez (por no solicitarlo, por no estar dentro de ninguno de los supuestos previstos en el art. 320 CC, o por habérsela denegado), y sin embargo sí que habían obtenido la dispensa de edad para casarse.

A día de hoy igualmente solo necesitará el complemento de edad el menor que quiera otorgar capitulaciones matrimoniales, en los casos necesarios, antes del casarse, puesto que si bien es cierto que por el matrimonio no se obtiene la emancipación, ésta sí que es requisito para casarse, por lo que habiendo desaparecido el supuesto de dispensa por el impedimento de la edad (que era caso por el cual en virtud del matrimonio se obtenida la emancipación), todo menor que se haya casado es porque previamente ha obtenido la emancipación.

Por lo tanto debería haberse reformado el también el art. 1329 puesto que a día de hoy no hay ningún menor no emancipado que pueda casarse, y todo aquél que lo esté puede otorgar capitulaciones tanto antes como después del matrimonio.

Cuando el menor no emancipado necesite este complemento de capacidad serán ambos padres los que lo presten, o uno de ellos si sólo este ostenta la patria potestad del menor; y a falta de estos el tutor.

En caso de no concurrir los padres o tutor en el acto, las capitulaciones serian anulables, pudiendo ser subsanado el defecto con posterioridad a su otorgación, de conformidad con las reglas generales.

Pero en rara ocasión se dará en la práctica, solamente si se otorgan las capitulaciones matrimoniales antes de la obtención de la emancipación y obteniendo ésta se contrae matrimonio antes del plazo de un año.

Respecto de los incapacitados el Código Civil dice: *“El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador”*, art. 1330.

Por lo tanto el incapacitado judicialmente en ningún caso podrá otorgar las capitulaciones sin asistencia, aunque la Sentencia de incapacidad le faculte para realizar este acto. Por tanto el único papel que juega en este aspecto la mencionada sentencia es la de determinar las personas que deben de complementar esta capacidad del otorgante.

Aunque el Código Civil no prevé la sanción que se debe aplicar a las capitulaciones matrimoniales otorgadas por menores de edad o incapacitados judicialmente vulnerando lo prescrito por el artículo 1329, y aplicando por tanto, lo dispuesto en el art. 1335 CC, donde se proclama que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos, entiendo que las mismas serán anulables, con carácter general, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1300 y 1301.

La acción de nulidad podrá ser ejercida en el plazo máximo de cuatro años, que en para los menores de edad empezará a contar desde que alcance la mayoría de edad.

Cabe la subsanación de éste defecto mediante la comparecencia posterior de las personas que tenían que haber prestado el complemento de capacidad, por la cual presten su asentimiento.

Solamente, desde mi punto de vista, sería nula de pleno derecho la capitulación realizada por un incapacitado, que carezca de discernimiento y

por tanto faltando la voluntad, y siendo ésta un requisito esencial para prestar el consentimiento, a falta de éste el acto sería nulo.

1.2. Formales

El art. 1327 CC prescribe: “*Para su validez las capitulaciones habrán de constar en escritura pública*”, siendo esta exigencia mayor que lo dispuesto en el art. 1280 el cual nos dice que deberán constar en documento público, entre otros, las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

Siendo un requisito de carácter constitutivo o *ad solemnitatem*, si falta éste, es decir, que se realizan en otro documento que no sea escritura pública, carecerán de validez, no teniéndola ni ante terceros ni siquiera entre partes.

Pero tenemos que precisar que pudiendo contener las capitulaciones matrimoniales además del contenido típico, por el que se establecerá el régimen matrimonial, otro contenido atípico, el requisito de forma imprescindible para su validez, se refiere solamente en cuanto al contenido típico, pudiendo los cónyuges, establecer otros pactos por razón de matrimonio sin necesidad de ser otorgados por escritura, los cuales serán perfectamente válidos entre cónyuges²⁴².

Es aquí interesante destacar la distinción que realizó Lacruz y recoge Bayod²⁴³ entre capítulos matrimoniales y estipulación capitular, es decir, la

²⁴² En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1995, siendo ponente Morales Morales: “*La exigencia de escritura pública, con carácter constitutivo o ad solemnitatem, que establece el art. 1327 CC, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, o sea, a las estipulaciones a través de las cuales los esposos establezcan el régimen económico de su matrimonio, lo modifiquen o lo sustituyan por otro, con todos los demás pactos relacionados con ello y que, por tanto, tengan naturaleza capitular. Pero de dicha naturaleza carecen evidentemente las operaciones liquidatorias o particionales de una sociedad conyugal ya disuelta, aunque las mismas se practiquen en una misma escritura de concurrentes o simultáneas capitulaciones matrimoniales, a cuyas operaciones particionales o liquidatorias no es aplicable, para la validez de las mismas, la exigencia de escritura pública con el expresado carácter constitutivo o ad validitatem*”.

²⁴³ BAYOD LÓPEZ, MARÍA DEL CARMEN, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1ª

diferenciación entre *instrumentum* y *negotium*, así el primero, el instrumento que acoge los capítulos es el documento público, la escritura, que es el requerido formalmente para la validez de la estipulación capitular, y que a su vez además de ésta puede cualquier otra disposición o negocio jurídico; el segundo, el negocio, es la estipulación capitular, por el que se establece el régimen económico matrimonial, contenido típico y primario de las capitulaciones matrimoniales, y que obligatoriamente deberá estar instrumentado a través de una escritura pública.

Sin embargo, existen estipulaciones o pactos contenidos en el instrumento que serían perfectamente válidos entre las partes aunque estuviesen recogidos en otra clase de documento.

En este sentido la citada autora recoge *“las capitulaciones matrimoniales en cuanto a instrumento pueden albergar un variado contenido: todos aquellos negocios jurídicos patrimoniales que pueden constar en escritura pública (compraventa, donaciones, constitución de dote, etc.); negocios de carácter familiar que no supongan atribución de bienes y regulen relaciones personales (ejercicio de la patria potestad o de la autoridad familiar; reconocimiento de hijos no matrimoniales, etc.) y pactos sobre la sucesión futura, en la medida en que sean admitidos por el ordenamiento”*.

Estos otros pactos que no forman parte del régimen económico matrimonial primario, por tanto pueden formalizarse bien aprovechando el documento público por que se establece aquél, pero también se podría prescindir de cualquier requisito formal, pues no se exige una determinada forma para estos pactos, solamente a efectos prácticos es conveniente su realización por escrito, pues de otra manera difícilmente podría probarse su existencia.

Aquí tenemos que hacer referencia del papel del Notario en la otorgación de las capitulaciones y otros pactos matrimoniales.

Edición, 1997, pág. 38, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, “Capítulos matrimoniales y estipulación capitular”, en Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1962, págs. 1 – 58. El citado autor afirma *“el instrumento que documenta los capítulos es documento público y, además, forma jurídica apta para contener la estipulación capitular”*.

Aparte de la función principal de autenticar el documento en que se otorgan las capitulaciones matrimoniales, dando fe de la identidad de los otorgantes, ejerciendo el control acerca de la capacidad de los otorgantes e intervinientes, y de la voluntariedad en la manifestación de éstos, el control de la legalidad, así como de las demás funciones que le corresponden en el ejercicio de sus atribuciones²⁴⁴, de forma que se cumpla con el requisito

²⁴⁴ En cuanto al efecto que produce el instrumento público y las funciones que desempeña el Notario en su otorgamiento o autorización, el Artículo 145 del Decreto de 2 junio 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado:

“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

1.º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

2.º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3.º La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:

a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.

b) Que todos los comparecientes lo soliciten.

4.º En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

5.º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

6.º Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.

formal exigido por la ley, autorizando la escritura, y el posible desempeño de asesoramiento que puede realizar, tiene otra función en relación con la escritura de capitulaciones matrimoniales.

El Notario no tiene la obligación de remitir la escritura de capitulaciones al Registro Civil, puesto que como luego veremos, la inscripción de las mismas no es obligatoria, y solamente se producirá a petición de los otorgantes²⁴⁵. El deber del Notario solamente consiste en consignar en las

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad.

La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad”.

²⁴⁵ Artículo 266 Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. “Las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones.

Sólo se extenderán a petición de interesado.

No cabe indicación sobre hecho ya inscrito: la practicada se cancelará de oficio con referencia a la inscripción que tendrá, además del propio, el valor de indicación registral.

En la indicación constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación.

El título será devuelto al presentante, con nota firmada en la que se consignará el Registro, tomo y folio en que consta la indicación.

En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y

capitulaciones el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio.

Pero el papel del Notario no termina ahí, una vez otorgadas las capitulaciones.

Además el Notario expedirá copias de las mismas en los casos permitidos por la legislación notarial, y particularmente a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a alguno de los cónyuges, de conformidad con el art. 266 del RRC.

También a la hora de la modificación de las capitulaciones, que deberá otorgarse igualmente en escritura pública, el Notario lo indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y lo hará constar en las copias que expida.

Además el Notario es el encargado de la tramitación del acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial cuando éste no conste expresamente en el Registro Civil²⁴⁶.

folio en que consta inscrito ha indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En las capitulaciones se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado. Si el matrimonio no se hubiere celebrado aún, los otorgantes están obligados a acreditar, en su caso, esos datos al Notario por medio de certificación del matrimonio o de exhibición del Libro de Familia, y el Notario los consignará por nota al pie o al margen de la escritura matriz; el Notario hará a los otorgantes advertencia de esta obligación.

Los Notarios expedirán copias de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges”.

²⁴⁶ De conformidad con el art. 53 de la Ley del Notariado, introducido por el apartado uno de la disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: “1. *Quienes deseen hacer constar expresamente en el Registro Civil el régimen económico matrimonial legal que corresponda a su matrimonio cuando este no constare con anterioridad deberán solicitar la tramitación de un acta de notoriedad al Notario con residencia en cualquiera de los domicilios conyugales que hubieran tenido, o en el domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, o donde estuvieran la mayor parte de sus bienes o donde desarrollen su actividad*

Pero a raíz de la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, adquiere el Notario un nuevo papel fundamental respecto otro tipo de pacto matrimonial, el convenio regulador.

En virtud de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción voluntaria, los cónyuges que decidan divorciarse de mutuo acuerdo pueden optar por hacerlo notarialmente, otorgando escritura pública en tal sentido, siempre y cuando el matrimonio no tenga hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente.

Esta Escritura por la cual los cónyuges se divorcian, contendrá la declaración de voluntad en tal sentido y además incorporará el convenio regulador pactado por ambos.

Aquí en este punto los Notarios ejercerán un control respecto del contenido del convenio regulador, como así prevé el art. 90.2 CC tras su modificación: *“Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”*.

laboral o empresarial, a elección del requirente. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores.

2. La solicitud de inicio del acta deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de identidad y domicilio del requirente. Deberá acreditarse con información del Registro Civil la inexistencia de un régimen económico matrimonial inscrito.

Los solicitantes deberán aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos en que se deba fundar el acta, aportarán la documentación que estimen conveniente para la determinación de los hechos y deberán acompañar los documentos acreditativos de su vecindad civil en el momento de contraer matrimonio y, en caso de no poder hacerlo, deberán ofrecer información de, al menos, dos testigos que aseguren la realidad de los hechos de los que se derive la aplicación del régimen económico matrimonial legal.

3. Ultimadas las anteriores diligencias, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos y, si considera suficientemente acreditado el régimen económico legal del matrimonio, remitirá, en el mismo día y por medios telemáticos, copia electrónica del acta al Registro Civil correspondiente. En caso contrario, el Notario cerrará igualmente el acta y los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda”.

Por lo tanto se le atribuye en este sentido al Notario, la misma facultad reservada hasta ahora solamente al Juez, respecto del control del convenio regulador, cuando el divorcio de mutuo acuerdo y sin hijos menores de edad o incapaces se tramite notarialmente, teniendo el autorizante la facultad de revisar el convenio regulador otorgado por las partes, realizando un control de sus cláusulas y estando obligado a dar por finalizado su expediente si, a su juicio del convenio se pudieran derivar daños o perjuicios graves para alguno de los cónyuges o de sus hijos mayores de edad.

En este caso para obtener el divorcio, los cónyuges tendrán que acudir a la vía judicial, siendo el Juez el que determine si existe tal perjuicio o no. Si no lo hay aprobará el convenio y decretará el divorcio, si lo hay, compelerá a los cónyuges a modificarlo o en su defecto, archivará el procedimiento debiendo acudir a un contencioso, y siendo él el que determine las medidas pertinentes.

1.3. Materiales

1.3.1. Objeto inexistente

Como ya hemos apuntado con anterioridad el objeto principal de las capitulaciones matrimoniales es el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. Pero éste no es el único contenido que pueden contener las capitulaciones, pues como dice el Código cabe que contengan *“cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*.

Cabe por tanto que los cónyuges otorguen capitulaciones matrimoniales pactando solamente éste último contenido, sin establecer régimen económico. En este caso seguirían siendo válidas y regiría entre los esposos el régimen económico matrimonial legal supletorio de primer grado, en derecho común, el de gananciales.

En cuanto al objeto de otro tipo de pactos matrimoniales, tenemos que decir que será el ordenar diferentes aspectos patrimoniales o personales de la situación surgida tras la crisis matrimonial, bien antes de surgir en los

pactos prematrimoniales bien después de ya iniciada en el convenio regulador. Cada uno de los acuerdos tendrán un objeto concreto, que será dependiendo de los casos la transmisión de bienes entre cónyuges, el establecimiento de una cantidad por resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, el establecimiento de una guarda y custodia de los hijos, etc., pero todo pacto deberá tener un objeto necesariamente²⁴⁷.

²⁴⁷ Así se ha encargado de recordarlo el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 19 de octubre de 2015 en la que recoge: "... 6. *Consecuencia del planteamiento que antecede es que la cuestión jurídica que late en el pleito no es el carácter privativo del bien, conforme al artículo 1437 del Código Civil, sobre el que no cabría debate, ni sobre el alcance del artículo 1324 del mismo Texto legal, sino la de la validez de los contratos entre cónyuges, y más concretamente si es para ordenar su vida patrimonial a causa de su crisis matrimonial.*

7. El artículo 1323 proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, con una mayor amplitud tras la reforma que en derecho de familia supuso la Ley de 13 mayo 1981.

Así lo ha venido reconociendo la Sala que en sentencia, entre otras, de 19 de diciembre 1997 afirma que "los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos..." y la de 25 de mayo de 2005 reitera que "los cónyuges pueden celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323)...".

Esta autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC ...".

Por tanto, como repiten sentencias posteriores, los cónyuges en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 de octubre de 2007).

En fecha reciente de 24 de junio de 2015, Rc. 2392/2013, recogía la Sala referida doctrina, añadiendo que "en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana."

8. Consecuencia de la doctrina de la Sala expuesta es la validez del pacto suscrito por las partes el 14 de diciembre de 1999, concurriendo en él objeto y causa, pues

1.3.2. Causa ilícita

Como en cualquier otro contrato las capitulaciones y demás pactos matrimoniales tienen que tener una causa²⁴⁸ como elemento esencial, no pudiendo ser ésta ilícita.

La causa es aquella motivación de las partes que le determina a realizar el contrato.

Ésta será ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral.

Si las capitulaciones matrimoniales u otras disposiciones tienen una causa ilícita serán nulas, y no producirán efecto alguno.

Ahora bien, para deberá probarse la ilicitud de la causa, porque de conformidad con lo establecido con carácter general para los contratos ésta se presume que existe y que es lícita.

aunque a efectos del consentimiento de ambos, la recurrente alegó la existencia de un vicio de la voluntad, tales coacciones no han quedado probadas, siendo tal conclusión fáctica de la instancia inamovible”.

²⁴⁸ Respecto de la causa de las capitulaciones matrimoniales, y su especial naturaleza, la STS 370/2012 de 18 de junio de 2012, siendo ponente Encarnación Roca Trias, “CUARTO. La causa en las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia, porque sin matrimonio, las capitulaciones matrimoniales no tienen sentido. Y ello, porque los negocios de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa, en el sentido del art. 1261 CC, aunque las capitulaciones deben considerarse como contratos, como lo demuestra el art. 1335.

El principal pacto capitular lo constituye, según el art. 1325 CC, la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio. La modificación, o sustitución del régimen es el objeto y causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido complejo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico matrimonial”.

Uno de los supuesto que más se da en la práctica es la otorgación de pactos matrimoniales con el objeto de defraudar a los acreedores, normalmente modificando el régimen económico matrimonial constante matrimonio y pactando el de separación de bienes, adjudicado los bienes al cónyuge no deudor.

En este caso deberán probar al menos mediante el juego de las presunciones que la causa que motivó el acuerdo matrimonial es precisamente la de vulnerar los derechos de los acreedores.

Aquí además el Tribunal Supremo admite la inversión de la carga de la prueba por entender que al cónyuge le es muy fácil probar que mediante su actuación no se pretende quedarse en una situación de insolvencia que pueda ser buscada en perjuicio de los acreedores, y por tanto probar que el negocio jurídico de familia no carece de causa o la misma es ilícita²⁴⁹.

²⁴⁹ Señalamos en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, Nº 592/2006, de 8 de junio, ponente Jesús Corbal Fernández: *“El ámbito de la controversia, tal y como se plantea en el recurso de casación, se circunscribe a determinar si las disposiciones patrimoniales realizadas por el marido a favor de sus esposa mediante un convenio de separación, aprobado judicialmente en pago de la pensión compensatoria, deben declarar nulas de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.276 CC, bien por inexistencia de la causa, bien por tener causa ilícita, al responder al único propósito de defraudar los derechos de los acreedores.*

En la demanda deducida por el “Banco C., S.A.” contra los cónyuges D. Antonio y Dª Eugenia se solicita la nulidad de las transmisiones que menciona por causa de simulación y finalidad ilícita en perjuicio de la acreedora, y subsidiariamente la rescisión de los contratos transmisores por haber sido celebrados en fraude de la actora, acreedora del transmitente; y para cualquiera de ambos casos se interesa también se ordene las cancelaciones registrales correspondientes...

El motivo se desestima por las razones siguientes: ...

En segundo lugar porque no se infringe el art. 1214 CC si se han declarado probados los hechos, ya sea por valoración de un medio de prueba, por apreciación conjunta de las pruebas, o por presunciones, tanto más si se tiene en cuenta que estas últimas constituyen un mecanismo para la fijación de la realidad de los hechos especialmente idóneo cuando se trata de apreciar la existencia de simulación contractual.

En tercer lugar porque la carga de la prueba de la insolvencia del deudor no se puede hacer recaer sobre el acreedor, pues éste no tiene porqué conocer cuáles son los bienes de aquél no cabe exigirle una labor de investigación o indagación más allá de lo que es fácilmente detectable por los signos externos o consulta de un registro. Por el contrario, el deudor fácilmente puede desvirtuar la afirmación de insolvencia mediante la indicación de bienes de su propiedad susceptibles de realización, por lo que a él incumbe la carga de la prueba en la materia como tiene reiterado este Tribunal...”.

1.4. Temporales

Con la reforma operada por la Ley 2 de mayo de 1975, se permitió la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Con anterioridad a la misma no era posible modificar las capitulaciones o mutar el régimen económico matrimonial de los cónyuges una vez estos contraían matrimonio²⁵⁰.

A día de hoy, como hemos puesto de manifiesto las capitulaciones matrimoniales, y demás pactos, se pueden otorgar en cualquier momento, bien antes bien constante el matrimonio. Así lo recoge el artículo 1326 CC *“Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”*.

1.4.1. Pactos Prematrimoniales

Referíamos que por pactos prematrimoniales tenemos que entender aquellos que se otorgan para prever los posibles efectos de una crisis matrimonial, con independencia de que se celebren antes o después de contraído el matrimonio.

Por tanto serán válidos siempre y cuando se hayan pactado antes o durante el matrimonio, no después de la crisis de éste, pues una vez la misma se ha producido, ya no tendría cabría este tipo de pacto, sino que los acuerdos a los que lleguen los cónyuges que versen sobre las reglas sobre las que ha de basarse la nueva situación creada se recogerán a través de la estipulación de un convenio regulador.

²⁵⁰ En este sentido el artículo 1315 CC en su redacción original disponía: *“Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.*

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales”.

El art. 1319 CC decía: *“Para que sea válida cualquier alteración en las capitulaciones matrimoniales, deberá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio ...”*

Y el artículo 1320 CC ordenaba: *“Después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes, ya se trate de bienes presentes, ya de bienes futuros”*.

1.4.2. Pactos Matrimoniales

Dividimos los pactos matrimoniales de los prematrimoniales, no tanto por el momento de su otorgación, que como ya hemos apuntado, pudiéndose otorgar tanto antes de la celebración del matrimonio como constante la vigencia de éste, como sí por el específico contenido que podemos matizar.

Independientemente del nombre que le demos hacemos referencia a aquellos pactos que están destinados a regular diversas cuestiones o aspectos derivados del matrimonio precisamente durante la vigencia del mismo, es decir, que los diferenciamos de los anteriores en que su función no es determinar o prever los posibles efectos de una crisis matrimonial y regular la situación creada post ruptura, estipulados antes de que ésta se produzca. Obviamente también los desligamos del convenio regulador el cual prevé también los efectos de una ruptura o separación matrimonial pero determinados una vez la crisis ya ha surgido.

Como pone de manifiesto Medina Alcoz²⁵¹ *“junto con este tipo de pactos, están también los pactos prematrimoniales reguladores de cuestiones constante matrimonio, tanto de índole patrimonial (entre ellas, las relativas al régimen económico matrimonial), como personal (por ejemplo, relativas al régimen convivencial). Es decir, son pactos que han de surtir eficacia durante la normalidad del matrimonial. En este sentido, resalta Paz-Ares Rodríguez que cada vez resulta más frecuente que preceda al matrimonio una reflexión más o menos intensa sobre aspectos de la futura vida matrimonial en común, particularmente económicos e, incluso, de forma más tímida, sobre las consecuencias de los posibles avatares matrimoniales”*.

Independientemente de la nomenclatura utilizada por la autora, estoy de acuerdo que los pactos matrimoniales son aquellos que han de desplegar eficacia durante la normalidad del matrimonio.

²⁵¹ MEDINA ALCOZ, MARÍA, “Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho común”, en ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de Familia*, Ed. La Ley, Las Rozas, 1ª Edición, 2013, pág. 287.

Por tanto, el límite temporal de estos pactos será el inicio de la crisis matrimonial, que operará de barrera delimitadora de éstos acuerdos.

Siendo independiente su otorgación antes o después del inicio del matrimonio su único límite será el expuesto, que el matrimonio esté constante y en situación de “normalidad”.

En cuanto a su otorgación antes del matrimonio señalar que el artículo 1334 CC *refiere* “*Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año*”. Por lo que nos encontramos con un límite temporal en cuanto a las capitulaciones matrimoniales que no podrá ser otorgadas en fecha anterior a un año de la celebración del matrimonio puesto que excediendo de los doce meses devienen en nulas.

1.4.3. Convenio Regulador

Como ya hemos expuesto el convenio regulador es la forma que tienen los cónyuges para expresar su autonomía de la voluntad una vez surgida la crisis matrimonial, siendo este elemento temporal lo que es la le caracteriza y distingue de otros pactos que pueden otorgar los cónyuges.

La principal finalidad de este negocio jurídico de familia, por el momento en que es otorgado, es la de regular los efectos de la situación de crisis matrimonial sobrevenida, recogiendo los acuerdos a los que han llegado los cónyuges y que deberán regir ante la nueva situación creada.

Pero insistimos, bien sea un convenio regulador aprobado judicialmente en un procedimiento de separación o divorcio, bien se trate de un convenio que no ha sido ratificado, o simplemente se ha elaborado en el seno de un separación de hecho, el momento temporal de su elaboración siempre será una vez ya surgida la crisis matrimonial.

2. LÍMITES

Si bien es cierto que existe una amplia libertad de pacto entre los cónyuge, y así lo expresa el art. 1315 CC al establecer “*El régimen*

económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”, naturalmente ésta no es ilimitada y existen algunos límites contenidos a lo largo del articulado del Código Civil.

El artículo 1328 CC nos dice que *“Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”*.

Antes de entrar a ver cada uno de los supuestos que este artículo establece como límite de los pactos a que lleguen los cónyuges, tenemos que hacer una breve referencia al artículo 1255 CC.

Dado que el citado artículo refiere que uno de los límites será la ley, tenemos que hacernos eco que en sede contractual, el propio Código Civil establece que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”²⁵²*.

Por lo cual un pacto matrimonial además de no vulnerar la ley, las costumbres o la igualdad de derechos de los cónyuges, no podrá ser contrario tampoco a la moral ni al orden público.

Uno de los casos que nos podemos encontrar en la práctica que vulnere uno de los principios que acabamos de recoger, sería el supuesto en que se estableciera un pacto que sumiera a uno de los otorgantes en una clara situación de precariedad generando la necesidad de asistencia de instituciones públicas; pues bien, esa insuficiencia de los medios podría

²⁵² Respecto del orden público como límite a los pactos matrimoniales MEDINA ALCOZ, MARÍA, ob. Cit alt., pág. 299, refiere: *“El orden público familiar que, pese a la falta de su precisa definición, expresa el valor preferente de ciertas normas o principios dentro del ordenamiento jurídico frente a las normas que reconocen la autonomía de la voluntad. La proyección del orden público familiar es muy diversa: en ocasiones, se manifiesta negando margen de actuación a la autonomía de la voluntad; en otras, imponiendo a ésta unos requisitos superiores para la formación del convenio (así, la mayor exigencia de información y libertad para que el negocio jurídico familiar sea válido, que se manifiesta con la necesidad de escritura pública); y, en otras, provoca la inversión de algunos criterios imperativos (como, por ejemplo, la menor preponderancia del principio pacta sunt servanda, respecto de la modificabilidad por alteración de las circunstancias”*.

atentar contra el orden público al suponer la necesidad de intervención del erario público.

2.1. La Ley

2.1.1. Límites establecidos en la Constitución

Varios son los límites que podemos encontrar en nuestra carta magna a tener en cuenta en para la validez de los pactos matrimoniales:

2.1.1.1. La igualdad entre los cónyuge

El apartado primero del artículo 32 de nuestra Constitución proclama *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*²⁵³.

²⁵³ Respecto del sentido al término “igualdad jurídica” utilizado por la CE, Sentencia AP Madrid, sec. 25, Nº 266/2005, de 29 de abril, ponente Carlos López-Muñiz Criado, *“Sentado que frente al acuerdo de 13 de junio de 2001 nos hallamos ante una simple modificación parcial y convencional de la liquidación patrimonial, su nulidad únicamente puede venir dada por alguna de las razones que privan de validez a los contratos cuando hay ausencia o vicio de sus elementos constitutivos, esto es, en el consentimiento, el objeto o la causa (art. 1.261 CC), o por quebrantar lo preceptuado en el artículo 1.328 CC. Éste pregona la nulidad de cualquier estipulación contraria a la Ley, las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponden a cada cónyuge, pero la igualdad de la que habla la norma es la que se contiene en el artículo 66 del mismo cuerpo legal que debe contemplarse en el marco del artículo 14 CE, es decir, la igualdad ante la Ley y la proscripción de cualquier tipo de discriminación, pero no puede extenderse a cuestiones que entran dentro del ámbito de la libertad individual de cada uno como sería la disposición patrimonial, incluso aceptando un reparto de bienes perjudicial asumido de modo franco, de modo que la atribución convencional de un valor ficticio creando una irreal igualdad en los bienes que reparten, no daría lugar, por sí misma a la nulidad de la estipulación, y menos de las capitulaciones. Por tanto, sólo si el valor irreal o el reparto desigual se establecieron por un vicio del consentimiento cabrá cuestionarse la validez del convenio, y en este aspecto la parte demandante, tomando como hecho de partida la valoración ficticia de los bienes objeto del acuerdo, denuncia la desigualdad en el reparto aceptada ante Notario por las presiones recibidas de su esposa al régimen de comunicación, es decir, el vicio estaría en la intimidación mediante la amenaza de impedir la relación con la hija común. En tal caso quien lo alegue carga con la prueba de acreditar la existencia de la amenaza y que fue ésta el móvil conductor del acuerdo, mientras que el artículo 1.267 CC le exige justificar también la eficacia invalidante del*

Este artículo encuentra su desarrollo en el art. 66 CC *“Los cónyuges son iguales en derechos y obligaciones”*.

Éste debe su introducción a la modificación del Código Civil en virtud de Ley 30/1981, de 7 de julio, el cual hablaba del “marido y la mujer”, manteniéndose hasta la aprobación de la Ley 13/2005 y la admisión del matrimonio homosexual, por lo que se ha modificado en cuanto a que habla de “cónyuges”²⁵⁴.

Es de suma importancia que la igualdad entre cónyuges se declare en nuestra Carta Magna, la norma suprema a la que todo el ordenamiento

acuerdo, a cuyo fin debe demostrar que el temor producido es racional y fundado, así como que el mal con que se amenace sea inminente y grave...”.

²⁵⁴ En cuanto a las diferencias entre hombre y mujeres, ZOCO ZABALA, Cristina, “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: Sentencias del Tribunal Constitucional, 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y 59/2008, de 14 de mayo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20/2008, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2008, se pronuncia así: “En la actualidad, la proliferación normativa y la práctica de la jurisprudencia, a nivel comunitario o nacional, sensibilizada con las diferencias reales y efectivas entre hombres y mujeres que todavía existen en ámbitos concretos de la realidad social, produce, en algunos casos, el efecto contrario al objetivo de igualdad de oportunidades que persigue la exigencia de igualdad en el contenido de la ley.

Así pues, no sólo resulta discriminatoria por razón de sexo aquella normativa que ignora a los hombres

y sobre todo a las mujeres en la consecución de derechos y deberes (discriminación directa); o que siendo neutra produce consecuencias desfavorables para uno de los dos sexos, por cuanto la lógica de la ley no ha previsto a todos sus destinatarios (discriminación indirecta); también se vulnera la prohibición de discriminación por razón de sexo cuando la regulación normativa otorga derechos a las mujeres porque en el pasado estuvieron discriminadas, pues sitúa a las mujeres en una posición privilegiada respecto de los hombres, no justificada en una concreta diferencia factual; dicha regulación produce, pro futuro, la perpetuación de la desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres no sólo en el momento en el que se aprueba la norma, sino también cuando la evolución de la realidad social regulada determina que la diferencia entre hombres y mujeres por razones objetivas, se restablece de modo progresivo de tal manera que la norma siendo todavía razonable, ya no prevea el máximo número de destinatarios posible, o a mayor abundamiento, no esté basada en razones objetivas.”

jurídico debe respetar, siendo derogado todo lo que a ella se oponga, además de las garantías que le proporciona²⁵⁵.

Por lo que, cualquier pacto matrimonial que vulnere este principio será nulo de pleno derecho por estar contraviniendo un mandato constitucional.

Para Figueroa²⁵⁶, siguiendo a Rams Albesa, la igualdad se refiere a “... se trata de una orden dirigida a las partes intervinientes en los capítulos matrimoniales advirtiéndoles sobre la nulidad de aquellas estipulaciones capitulares que afecten a la condición de los cónyuges «desigualándolos o coartando su libertad personal o restringiendo los derechos de cada uno de ellos. Lo que es lo mismo, se refiere básicamente el precepto a los pactos familiares de carácter no patrimonial que se pueden y se suelen introducir en los capítulos matrimoniales». Así, considera que el fin del precepto es reiterar que el principio de igualdad entre los cónyuges no es materia de la que éstos puedan disponer y que la normativa reguladora de los derechos y deberes conyugales está fuera del alcance del posible contenido del pacto conyugal «formal y solemne»”.

Hay que decir en este momento que existe solamente un supuesto donde la igualdad de los cónyuges cederá y es en favor al interés del menor, donde debe primar éste en detrimento incluso de aquél.

Así, por ejemplo, respecto de la guarda y custodia compartida nuestro Alto Tribunal ha tenido ocasión de proclamar tal principio, afirmando que el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores, lo que recoge en diversas resoluciones, entre otras, la STS N° 641/2011, de 27 de septiembre, siendo ponente Encarnación Roca Trías: “La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del

²⁵⁵ Diversas son las Sentencia del Tribunal Constitucional que se han pronunciado haciendo referencia a la igualdad jurídica de los cónyuges entre ellas las STC 45/1989 y la 159/1989.

²⁵⁶ FIGUEROA TORRES, MARTA, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura. En España, Estado Unidos y Puerto Rico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, pág. 99.

interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor”.

2.1.1.2. La igualdad entre hijos y su protección

Uno de los límites que podemos extraer de la Constitución española es el de la igualdad de los hijos, que indudablemente afectará a los pactos matrimoniales que otorguen los cónyuges debiendo respetar éste.

Así tenemos que tener en cuenta el art. 14 CE *“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

Y debemos poner en relación con el artículo 39.2 de la Carta Magna *“Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.*

La Constitución como hemos visto, iguala a todos los hijos, sin que pueda existir discriminación alguna entre ellos, ni por su nacimiento, ni por su sexo ni por su filiación²⁵⁷, de forma que equipara a todos los hijos proclamándoles los mismos derechos²⁵⁸.

²⁵⁷ El artículo 108 del Código Civil distingue los distintos tipos de filiación: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.*

Tenemos que decir que un hijo extramatrimonial se convierte en matrimonial después de que se haya producido el matrimonio de sus padres. Así lo recoge el art. 119 CC *“La filiación adquiere el carácter matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede legalmente determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente.*

Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido”.

²⁵⁸ La Jurisprudencia también ha recogido en numerosas ocasiones la igualdad de todos los hijos, entre otras podemos citar, la Sentencia del Tribunal Supremo, 171/2012, de 4 de octubre de 2012, *“Lo anterior pone de manifiesto que el hecho de utilizar el criterio del carácter común de los descendientes o, dicho de otro modo, la existencia de previo vínculo con el beneficiario del usufructo, para circunscribir a éstos el ámbito de la obligación regulada por la norma no puede ser considerado como elemento de diferenciación válido desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de filiación derivada del art. 14 CE. El precepto, al establecer una obligación de alimentos que pesa sobre el beneficiario del usufructo y con cargo a los bienes objeto del mismo, trata de hacer frente a las eventuales situaciones de necesidad de aquellos que han visto extinguida la obligación de alimentos por muerte del obligado, extremo éste, el de las concretas necesidades del eventual alimentista en función del cual pueden producirse diferencias entre unos descendientes y otros en la aplicación del precepto que no pueden darse en la existencia y exigencia de un previo vínculo con el usufructuario.*

En un ámbito como el de la interdicción de la discriminación, en el que regla es la parificación, carece de justificación la diferencia de trato entre unos y otros descendientes, distinción entre situaciones equiparables que resulta perjudicial para la posición jurídica de unos descendientes respecto de los otros, de suerte que los que lo son sólo del causante puedan quedar sumidos en una eventual situación de necesidad tras la muerte del mismo —aun pudiendo ser, según los casos, herederos de sus bienes—, mientras que los que son comunes, siendo la misma la relación que les une con el causante, queden debidamente protegidos por aplicación del precepto que examinamos. De esta forma, al distinguir entre ellos, la norma aplicable no asegura a los descendientes del causante una idéntica cobertura familiar a sus necesidades y discrimina así a unos frente a otros por razón de su filiación.- Un análisis más detenido requiere el segundo de los presupuestos antes aludido, esto es, la homogeneidad o equiparación de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar a efectos del juicio de igualdad, constituidas en este caso por las de los hijos adoptivos y las de los hijos por naturaleza. La concurrencia o no de dicha homogeneidad o equiparación pasa necesariamente por abordar la caracterización jurídica de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico y, en concreto, por determinar si la misma constituye o no una forma o modalidad de filiación, ya que sólo en tal caso nos encontraríamos ante dos situaciones que, a efectos de lo establecido en el art. 14 CE, podrían considerarse iguales.”. STC, Pleno, núm. 200/2001, de 4 de octubre, (RTC 2001/200): “La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE). En este sentido no cabe sino compartir los razonamientos del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado de que dentro del margen de libertad del legislador se encontraría la posibilidad de establecer o no una institución a la que denominase adopción o, incluso, de configurarla al margen de la relación genérica de filiación.”

Las obligaciones derivadas de la patria potestad la tendrán los padres con todos sus hijos por igual, incluso aunque estuvieran privados de ésta.

Todo ello nos lleva a decir, que los pactos que realicen los cónyuges y afecten a sus hijos menores de edad o con la capacidad modificada deberán estar presididos por el principio de igualdad, respetando lo dispuesto por la ley, sin que puedan existir diferencias por razón de su filiación.

Así el ordenamiento jurídico crea mecanismos para la defensa de la pretendida igualdad, como por ejemplo a través de la figura del Ministerio Fiscal que, en relación con éste tema de la igualdad entre todos los hijos le confiere el papel de garante de la legalidad, como se recoge en la Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles: *“El Fiscal, cuya actuación estará dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público conforme a los arts. 124 de la Constitución y 3.6 del EOMF, no deberá, en modo alguno, soslayar la salvaguarda de otros valores y derechos constitucionales como son los de asegurar la protección integral de los hijos y garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, que consagran los apartados 2 y 3 del art. 39 de la Constitución, así como los derechos a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 del texto constitucional en cuyo ámbito cabe incluir el derecho a conocer la propia filiación biológica. El respeto y protección de tales valores y derechos deberán presidir sus intervenciones”*.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, con ocasión del frecuente supuesto de pretensión por uno de los progenitores de modificar a la baja la pensión de alimentos fijada en sentencia, bien por aprobación de convenio judicial, bien en el seno de un procedimiento contencioso, tras el nacimiento de nuevo hijo habido de otra relación post ruptura, determinando la absoluta igualdad de todos los hijos:

“Por consiguiente, el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, dice la sentencia, «no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento

entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante»²⁵⁹.

Existe otra materia en que la Ley también proclama la igualdad entre los hijos y que además, que puede ser objeto de pacto entre los cónyuges en cierto sentido. Nos referimos a los derechos sucesorios, que pueden ser objeto de pactos matrimoniales en menor medida en el derecho común y en mayor en alguno de los derechos forales.

Así el art. 931 CC dispone “*Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación*”.

No significa esto que todos los hijos y demás descendientes tengan que heredar lo mismo y en la misma proporción, pues la legislación permite que se produzcan mejores a favor de uno o varios de los hijos o descendientes, heredando uno de los tercios de la legítima que la ley reserva para ellos, y repartiendo el otro de los tercios, el de legítima estricta, entre todos los existentes. Lo que refiere este precepto es no *a priori* todos los hijos son iguales para heredar, y que no pueden existir desigualdades entre ellos por razón de su sexo, edad o filiación.

Los pactos matrimoniales que vulneren la igualdad entre los hijos por serán nulos de pleno derechos, por ir contra lo prescrito en la Ley.

2.1.1.3. Protección a la familia

La Constitución de 1978 en su artículo 39 recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica la protección jurídica a la familia.

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, N° 61/2017, de 1 de febrero, Recurso N° 1928/2016, ponente José Antonio Seijas Quintana.

Entendida ésta como la nuclear, es decir, un padre y/o una madre junto con los hijos que conviven con ellos, es protegida a nivel constitucional²⁶⁰, mandato que aunque dirigido más bien a los poderes públicos por su ubicación en el texto, también afecta a los particulares, y en este caso a cónyuges que otorguen un pacto.

En efecto, deben respetar este principio al otorgar cualquier pacto, lo que implica que en sus pactos no pueden incluir cláusulas que vayan en contra del interés de la familia, debiendo primar el bienestar del conjunto de sus miembros en detrimento del querer individual.

Tenemos que hacer mención que cada vez más el derecho europeo se ocupa de este tema. Podemos citar a Rocha²⁶¹, que señala: *“En tal sentido el Legislador comunitario ha tenido un creciente interés, así lo puso de manifiesto el Consejo de la Unión Europea (Comité de Derecho Civil) con motivo del “Proyecto de informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil”. En tal sentido el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Consejo se han venido pronunciando en ámbitos relacionados con la unidad familiar, los hijos o el cónyuge y, por lo tanto, con el estatuto personal de los ciudadanos comunitarios. Asimismo las autoridades comunitarias se han pronunciado sobre otras cuestiones de gran trascendencia para el Derecho de Familia, por ejemplo entre tales materias tenemos: la adopción de menores, la protección y mejora de los matrimonios fraudulentos, así como la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, o el “Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.* Junto a ello también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha expresado su interés creciente por cuestiones de diversa índole como el estado de la persona (su calidad de hijo, descendiente, cónyuge) 80, el

²⁶⁰ Acerca de la necesidad o no del vínculo matrimonial a la hora de dispensar la Constitución una protección a la familia, y que es lo que debemos entender por ésta, véase, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, JOSÉ LUIS, “La familia en la Constitución española”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 58, 2000, págs. 11 – 43.

²⁶¹ROCHA ESPÍNDOLA, MARTÍN ANSELMO, “El principio del libre desarrollo de la personalidad ...”, ob. Cit., pág. 36.

derecho de alimentos, la patria potestad y su ejercicio, el respeto a la vida familiar, etc.

Sin duda ha sido una labor incesante, en el afán de armonizar algunos aspectos del Derecho de Familia, tal cual se puede dejar entrever del Programa de la Haya publicado en 2005, destacando entre otros la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia.

Se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, el Libro Verde sobre legislación aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, finalmente se menciona el vigente Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”.

Respecto de nuestra legislación Pérez²⁶² afirma: *“En definitiva, el respaldo jurídico a los deberes éticos de solidaridad que derivan de las relaciones familiares (de los diferentes modelos admitidos) encuentra su fundamento en los principios y valores constitucionales y también en el mandato que tiene el legislador en el art. 39 de la Constitución de proteger a la familia. ...En la regulación legal, la idea de familia (al menos de la basada en el matrimonio) y de la protección de sus intereses enlaza con una concepción del Derecho de Familia en la que priman los intereses de la familia sobre los de cada individuo (lo que, por ejemplo, obliga a actuar en interés de la familia: art. 67 CC). Se trata de un criterio mencionado puntualmente para la toma de decisiones en caso de conflictos (art. 103 CC). Lo que sucede es que, en casos de crisis, los intereses de sus miembros para proteger al más necesitado de protección (art. 103 CC, para la adjudicación del uso de la vivienda”.*

2.1.2. Límites impuestos en el Código Civil

²⁶² PÉREZ HERESA, JUAN, “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, El Notario del Siglo XXI, Nº 18 marzo – abril 2008.

Además del expresado art. 1328 CC, que estamos desarrollando, a lo largo del articulado del Código Civil vemos varias referencias a materias excluidas o a límites impuestos con ocasión de la celebración de contratos.

Así, por ejemplo, el artículo 1271 CC establece que pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, a *sensu contrario*, y aplicado a la materia que nos ocupa, no podrán instituirse pactos en virtud de los cuales se vulnere este precepto incluyendo estipulaciones que versen sobre extremos que estén fuera del comercio de los hombres como, como por ejemplo, la venta de un hijo habido del matrimonio.

Además el art. 1814 establece que *“No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”*.

Pero sin duda el límite más contundente que impone el Código Civil respecto de los pactos matrimoniales es el que recoge en el art. 90.

2.1.2.1. Daños para los hijos

Dice el apartado 2 del artículo 90 del Código Civil que *“Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”*.

Así mismo si el procedimiento se está siguiendo ante el Letrado de la Administración o Notario, por ser un procedimiento de mutuo acuerdo en el que no existen hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada, el mismo artículo recoge el mismo mandato respecto de los cónyuges o hijos mayores de edad o emancipados: *“Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”*.

De esta forma la ley está vetando la aprobación de un pacto integrado por los cónyuges en un convenio regulador y que pueda ser perjudicial o dañoso para los hijos de los otorgantes.

Aquí está primando el interés superior del menor o de la familia, en caso de ser mayores de edad.

El Tribunal Supremo²⁶³ lo califica como: “...*el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social ...*”.

De igual modo prohibiendo el artículo 1328 que las capitulaciones matrimoniales contengan cualquier estipulación contraria a las leyes, será nula la que contravenga las disposiciones referidas a los hijos siendo dañinas para ellos.

Además de lo dispuesto en el Código Civil se tendrá que atender a otras leyes que protegen a los menores como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo respecto del derecho de visitas²⁶⁴, que si bien cabe pacto entre los progenitores, éste encuentra su límite en que no deben ser dañinos para los hijos, y deben respetar en todo

²⁶³ En este sentido entre otras las STS de 17 de septiembre de 1996 y STS de 11 de junio de 1998.

²⁶⁴ Cabe recordar que el régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio es un derecho del menor, y que como tal se debe en todo momento ejercer teniendo en cuenta el interés superior de éste, así se hace constar en el art. 160 del Código Civil, el cual prevé que incluso en los supuestos que los progenitores estuvieren privados de libertad, y que en orden a éste interés fueren recomendables las visitas con aquellos la Administración facilitará el traslado del menor al centro penitenciario. acompañado por un familiar competente o por un profesional que velarán en todo momento por el menor.

caso su propio interés: “... debe recordarse cuál es la finalidad del derecho de visitas. El Tribunal Constitucional, en la STC 176/2008, de 22 diciembre, señala que "Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos". Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, "contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»”²⁶⁵.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 54/2011, de 11 de febrero, ponente Encarnación roca Trias.

2.1.2.2. Grave perjuicio para uno de los cónyuges

Como hemos manifestado en el apartado anterior el artículo 90 del Código Civil proscribire los pactos realizados con ocasión de un convenio regulador en el seno de un procedimiento de mutuo acuerdo de nulidad, separación o divorcio, cuando suponga un grave perjuicio para uno de los cónyuges o sea dañino para este.

Su sanción inmediata es la prohibición al Juez para que lo apruebe, debiendo ponerlo en conocimiento de las partes y solicitando la modificación de las cláusulas en cuestión, en caso contrario el juez adoptará las que tenga por conveniente, vetando así que los cónyuges puedan adoptar este tipo de medidas.

De igual forma en los casos en que la Ley de Jurisdicción voluntaria permite acudir Secretario Judicial o al Notario para llevar a cabo este tipo de procedimientos les obliga a realizar un juicio de valor sobre las cláusulas que contenga el acuerdo, y si las creen perjudiciales para uno de los cónyuges deberán ponerlo en conocimiento de éstos, dar por terminado el expediente y forzar a los interesados a acudir a un juez para la aprobación del convenio.

Asimismo cualquier otra estipulación que cause un grave perjuicio para uno de los cónyuges contenida en otro pacto matrimonial, devengará en nula por contravenir la ley.

2.2. Las buenas costumbres

Las buenas costumbres *“En sí, son formas y maneras de comportamiento de las personas en cualquiera de los escenarios cotidianos de la vida en sociedad... También suele decirse que son buenas costumbres las formas de ser de las personas que hacen de sí, su estima y ponderación que los ubica dentro del contexto social como personas distintas entre ellas pero que al mismo tiempo, en su conjunto conforman identidad ciudadana, regional o nacional, según corresponda a una época y a un momento determinados en un espacio geográfico establecido.*

Las buenas costumbres se basan sobre todo en la armonía que deben tener las personas con y entre sus semejantes, procurando hacer respetar los derechos de los unos y de los otros, así como, contribuir para que la persona cumpla con sus obligaciones, todo con la finalidad de mantener una convivencia pacífica. Esto quiere decir que la costumbre también como en el caso del orden público tiene el sustento de los valores dentro del campo de la deontología”²⁶⁶.

Regulando las capitulaciones matrimoniales, el artículo 1328 del Código Civil dicta que será nula cualquier estipulación contraria a las buenas costumbres.

Pérez Sanz²⁶⁷ proclama: *“Ciertamente las buenas costumbres presentarán un freno más amplio respecto de las estipulaciones familiares y relativas a los efectos personales del matrimonio, que en relación con las estipulaciones patrimoniales puras. Por eso la doctrina normalmente alude aquí, considerando nulos, a los pactos que van contra la estimación moral del matrimonio, como serán la obligación de dedicarse a la prostitución impuesta a cualquiera de los cónyuges, la admisión del concubinato o la homosexualidad y cualquiera otro similar. En este apartado cabría incluir los pactos contrarios a los fines del matrimonio, como lo sería el que excluyera la descendencia. La problemática de este tipo de pactos es delicada y excede de los límites que me he marcado para este trabajo. Para Lacruz también hoy son contrarios a las buenas costumbres los pactos que privando a un cónyuge de poderes patrimoniales pueden atentar contra la posición irreductible que el derecho le asigna la familia, citando como ejemplo el pacto que restableciera la antigua licencia matrimonial o tribuyera con carácter irrevocable a uno de los cónyuges la representación del otro. Creo, sin embargo, que estos pactos más que*

²⁶⁶ Según definición de ZAVALETA VELARDE, BRAULIO, “Integración de Derecho Civil y Procesal Civil”, consultado en http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%2003/Contenido_03.pdf, última consulta 3 de enero de 2017.

²⁶⁷ PÉREZ SANZ, ANTONIO, “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo 26, Madrid, 1985, págs. 7 – 34.

contra las buenas costumbres van contra el principio de igualdad de los cónyuges, limitación contenida en el artículo 1328... ”.

Tratándose de un concepto jurídico indeterminado se deberá estar al caso concreto para determinar la vulneración de un pacto patrimonial a este principio.

2.3. Limitativas de la igualdad de los derechos de los cónyuges

También el artículo 1328 del Código Civil establece que será nula cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge.

La nulidad establecida en el art. 1328 CC no es de la totalidad de las capitulaciones matrimoniales, sino de aquellas estipulaciones que vulneren sus límites, como tiene dicho el Tribunal Supremo²⁶⁸.

La igualdad proclamada por este artículo no tiene que ser entendida en el sentido de igualdad jurídica sino de derechos de las personas, así se ha pronunciado el Alto Tribunal²⁶⁹.

²⁶⁸ Véase en este sentido la STS 370/2012, de 18 de junio de 2012, ponente Encarnación Roca Trias.

²⁶⁹ Entre las diferentes acepciones que podemos encontrar de igualdad véase PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Dimensiones de la Igualdad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005. El autor entre otras distinciones menciona la igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental, y además señala las dos vertientes que acoge nuestra Constitución de este principio, la material y la formal: “*La igualdad, en su dimensión de principio, ha sido acogida en nuestra Constitución en sus dos vertientes fundamentales: a) como igualdad material atribuyendo a los poderes públicos la tarea de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2); Y b) como igualdad formal con la declaración solemne de que «los españoles son iguales ante la ley» (art. 14)».*”

Además se viene exigiendo para la vulneración de la igualdad que los pactos supongan una situación de sometimiento a una de las partes, cometiendo la infracción del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución o lesión del derecho a la dignidad (art. 10 de la Constitución) o libertad personal (arts. 17 y 19 de la Constitución)²⁷⁰.

Tenemos que hacer un apunte señalando que la legislación europea también protege los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana e igualdad, entre otros. Así lo recoge la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su preámbulo dice así *“Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”*.

En idéntico sentido lo proclama en el artículo 1 *“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*.

3. LA PROTECCIÓN OTORGADA A LOS TERCEROS

Las capitulaciones dado que contienen el régimen económico del matrimonio pueden tener trascendencia para los terceros que quieran contratar o tener alguna transacción jurídico-económica con los cónyuges. La responsabilidad frente a las deudas, el poder de disposición, etc., son diferentes según el régimen económico por el que se rige el matrimonio, y la única forma que tienen los terceros para conocerlo es la publicidad de las capitulaciones matrimoniales.

Ya en la exposición de motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, se ponía de manifiesto la necesidad de otorgar protección al tercero, para que pudiera conocer el régimen económico de la persona con la que contrataba, así decía: *“La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los*

²⁷⁰ Ver en este sentido la citada STS Sala de lo Civil, N° 392/2015, de 24 de junio de 2015, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

intereses generales y de los intereses de terceros. Esa protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un sistema de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que se han fortalecido preceptos que a se encuentran en la Ley de 8 de junio de 1957. La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndolo constar el Notario en las copias que expide. La segunda medida de salvaguardia o de garantía y tan actual que no requiere ningún comentario consistente en la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicará a los derechos ya adquiridos por terceros”.

Además de la protección otorgada a los terceros a través de la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, que veremos ahora en el próximo apartado, el ordenamiento jurídico dispone otros mecanismos tendentes a dispensar tal protección.

Para facilitar la publicidad, se exige cuando se produce una modificación, que el Notario haga mención en la escritura de la capitulaciones anterior.

Otra de las garantías es la prevista en el art. 1317 CC que dispone “*La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso a los derechos ya adquiridos por terceros”.*

Por lo que los derechos ya adquiridos por los terceros quedarán intactos pese a la modificación del régimen económico matrimonial constante matrimonio, la cual podrá ser oponible desde su inscripción²⁷¹.

²⁷¹ Acerca de la inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales BAYOD LÓPEZ, MARÁ DEL CARMEN, “Efectos de la invalidez...”, ob. Cit.:

“*El sistema de oponibilidad que el legislador prevé para los capítulos hace derivar de él importantes consecuencias:*

Para ello no es necesario se pida, por parte del tercero, la nulidad o la rescisión de las escrituras de capitulaciones matrimoniales²⁷².

Sí que es requisito para la protección que éste artículo dispensa, que el derecho del tercero haya nacido con anterioridad, como se pone de

1. *Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones pueden ser válidos, pero no oponibles a los terceros, si los mismos no han sido debidamente publicados o, en su caso, dados a conocer a los terceros (art. 1333 CC).*

2. *La modificación de los capítulos sin cumplir el protocolo de la publicidad no perjudicará en ningún caso los derechos de terceros (art. 1317 CC).*

3. *Los capítulos inválidos presentan una ineficacia ex nunc respecto a los terceros de buena fe (art. 1335 CC).*

La falta de publicidad y, por lo tanto, de oponibilidad, se sanciona con la inoponibilidad, que puede ser definida como la nulidad de los efectos del contrato en interés de determinadas personas.

En consecuencia, la inoponibilidad es el régimen que debe aplicarse a los casos donde el contrato es perfectamente válido pero no puede ser opuesto a los terceros por diversas razones (como el defecto de publicación). En estos supuestos, el contrato tiene una eficacia limitada, pero no es nulo porque guarda su carácter vinculante entre las partes 31. Si bien, no atañe a los terceros, que podrán actuar frente a los cónyuges como si su régimen fuera el legal”.

²⁷² Así lo confirma, entre otras, la STS 944/2007, de 25 de septiembre, ponente Encarnación Roca Trias, “Efectivamente, es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código civil, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código civil “es una responsabilidad ex lege, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna” (STS de 15 marzo 1994, entre muchas otras). Cuando el artículo 1317 del Código civil establece que “la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros” determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317, cuya concurrencia en el presente caso se examinará más adelante. El artículo 1317 del Código civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS 21 nov. 2005, 1 marzo 2006, 3 julio 2007, etc.). Se trata de una doctrina consolidada jurisprudencialmente, lo que exime de la cita de las sentencias por ser de general conocimiento”.

manifiesto por la jurisprudencia: *“Como afirma la sentencia de 17 febrero 1986, el artículo 1317 del Código civil significa que “Los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria”; por tanto, resulta imprescindible para el resultado de este recurso, examinar si la obligación por la que el Ayuntamiento de Teror demanda la inoponibilidad de los capítulos era o no anterior a su otorgamiento”*²⁷³.

Una de las formas también de proteger los derechos adquiridos por los terceros es la apariencia de matrimonio que se crea cuando se declara la nulidad de un matrimonio, no determinándose los efectos retroactivos del régimen matrimonial, si no reputándose que ha existido ese régimen económico pese a no existir matrimonio, y disolviéndose el régimen económico a partir de la fecha de firmeza de la sentencia.

Y tenemos que mencionar además la protección que se dispensa a los terceros con ocasión de la confesión realizada por un cónyuge acerca del carácter de un determinado bien, siendo esta confesión inoponible frente a terceros, respecto de los cuales seguirán rigiendo las presunciones que establecen, para los bienes gananciales en el art. 1361 o para el régimen de separación del art. 1441.

4. PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

La necesidad de publicidad de las capitulaciones matrimoniales viene dada por lo dispuesto en el artículo 1333 del Código Civil, el cual establece: *“En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos*

²⁷³ Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada.

afectaren a bienes inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria”.

Como vemos, en atención a proteger a terceros y que éstos puedan conocer el régimen económico matrimonial de los cónyuges con los que van a actuar en el tráfico jurídico, la Ley prevé que tanto las capitulaciones matrimoniales, como su modificación o cualquier pacto o resolución judicial que afecte al régimen económico matrimonial, tenga reflejo en el Registro Civil, y en el de la Propiedad, en su caso.

Por tanto el legislador español, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no ha optado por crear un registro especial de capitulaciones matrimoniales, sirviéndose de los ya creados a otros fines.

Pero tenemos que decir que la inscripción no es obligatoria, como dice el Reglamento del Registro Civil solamente se extenderá a petición del interesado y solo es a los efectos de publicidad frente a terceros. Por tanto aunque las capitulaciones no sean inscritas serán perfectamente válidas entre los cónyuges, y únicamente supondrá que sus efectos no se desplegarán erga omnes, que es precisamente el efecto característico de su publicidad.

4.1. Registro Civil

Acabamos de indicar, que principalmente las capitulaciones matrimoniales, y demás pactos o resoluciones que afecten al régimen económico matrimonial, se publicitarán a través del Registro Civil mediante su mención en la inscripción del matrimonio.

Aquí tenemos que acudir a la Ley del Registro Civil, la cual en su artículo 77 nos dice *“Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la indicación”.

Del desarrollo se encarga el Reglamento del Registro Civil, el cual le dedica a esta materia la Sección Quinta, en la que su único artículo, el 266 prescribe *“Las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones.*

Sólo se extenderán a petición de interesado.

No cabe indicación sobre hecho ya inscrito; la practicada se cancelará de oficio con referencia a la inscripción que tendrá, además del propio, el valor de indicación registral.

En la indicación constará la naturaleza del hecho, la denominación, en su caso, del nuevo régimen matrimonial, el documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento y, en forma destacada, su carácter de indicación.

El título será devuelto al presentante, con nota firmada en la que se consignará el Registro, tomo y folio en que consta la indicación.

En las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el Libro de Familia o por la nota que se refiere al párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En las capitulaciones matrimoniales se consignará siempre el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito el matrimonio celebrado. Si el matrimonio no se hubiere celebrado aún, los otorgantes están obligados a acreditar, en su caso, estos datos al Notario por medio de certificación de matrimonio o de exhibición del Libro de Familia, y el Notario los consignará por nota al pie o al margen de la escritura matriz; el Notario hará a los otorgantes advertencias de esta obligación.

Los Notarios expedirán copias de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges”.

Como vemos la información que ofrece a los terceros el Registro Civil es algo acotada, puesto que se limita a mencionar la existencia de

capitulaciones o resolución judicial y el régimen económico que tales documentos determinan, pero no el contenido de los mismos.

Es decir, que a través del Registro el interesado podrá saber si los cónyuges están sujetos al régimen legal supletorio que les corresponda según su vecindad civil o si por el contrario hay algún documento que indique el régimen económico por el cual se rigen, y existiendo éste cuál es, pero no tendrán conocimiento de las particularidades o pactos concretos que tengan acordados.

Para ello, en caso de constar en capitulaciones matrimoniales, deberán de acudir al Notario, y previa acreditación de un derecho patrimonial frente a los cónyuges, solicitar la expedición de una copia de las mismas.

4.2. La anotación en otros Registros

4.2.1. Registro de la Propiedad

Como hemos visto, el anteriormente mencionado artículo 1333 CC nos dice que si las capitulaciones matrimoniales afectan a bienes inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y efectos previstos por la Ley Hipotecaria.

Pues bien, el Reglamento Hipotecario es el que se encarga del desarrollo de este precepto, concretamente el art. 75 *“De conformidad con el artículo 1.333 del Código Civil, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las capitulaciones matrimoniales en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2.º de la Ley y 7.º de este Reglamento.*

Si, en tal caso, el matrimonio no se hubiere contraído, se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurrido un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha”.

Además de la propia inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro de la Propiedad cuando estas afecten a bienes inmuebles, existe

otra forma en la cual los cónyuges tendrán que hacer constar cuál es su régimen matrimonial, y no es otra que en el momento de realizar cualquier inscripción o anotación puesto que entre las circunstancias personales que se exigen figuren para las personas físicas, se encuentran las de expresión su estado civil, y en caso de ser el sujeto casado, y poder afectar el acto a derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico del matrimonio y los datos del otro cónyuge, según la regla 9ª del art. 51 del Reglamento Hipotecario²⁷⁴.

4.2.2. Registro Mercantil

Para el caso en que el otorgante de las capitulaciones matrimoniales fuera empresario, las mismas también pueden ser inscritas en el Registro Mercantil, aunque tenemos que decir que no es una práctica muy común.

El artículo 22 del Código de Comercio en su apartado primero contempla esta inscripción: *“En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán los datos identificativos del mismo, así como su nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento, la sede de éste y de las sucursales, si las tuviere, el objeto de su empresa, la fecha de comienzo de las operaciones, los poderes generales que otorgue, el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6 a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio, y los demás extremos que establezcan las Leyes o el Reglamento”*.

Además el Código hace otra mención a la inscripción de las capitulaciones, con ocasión de determinar si los bienes comunes del comerciante casado quedan obligados o no, fijando una serie de reglas, tras

²⁷⁴ Regla 9ª del Art. 51 RH *“La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquélla de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme a las siguientes normas:*

a) Si se trata de personas físicas, se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten”.

las cuales se hace una salvedad: “Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio de pactos en contrario contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil”, art. 12 CCom.

5. LAS MODIFICACIONES DE LAS CAPITULACIONES Y DEMÁS PACTOS ESTABLECIDOS

El Código Civil vetaba la mutabilidad de las capitulaciones hasta la reforma operada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Esta Ley ya en su exposición de motivos predicaba la necesidad de esta modificación²⁷⁵.

²⁷⁵ “El tercero de los puntos afectados por la reforma es el relativo a la modificación, constante matrimonio, del régimen económico matrimonial por voluntad de ambos cónyuge. La regla de la inmodificabilidad partía probablemente de la idea de que, a través de los pactos posnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones de plena libertad.

Frente a ello cabe señalar que, desde hace siglos, la regla cabalmente contraria, la misma que ahora se introduce, está vigente en grades zonas de nuestro país, pues casi sin excepción, es tradicional en los territorios de derecho foral, sin que no sólo se haya planteado graves problemas, sino que, al contrario ha servido de cauce para resolverlos pacíficamente. Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad a una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.

Las capitulaciones matrimoniales son, como es sabido, un acto de carácter complejo, en el cual no se contiene solamente el pacto de los contrayentes dirigido a estatuir el régimen económico-matrimonial, sino que, a veces, incorporan también disposiciones hechas a favor de los dos contrayentes o de uno de ellos por otras personas. De aquí que se distingan dos tipos de modificaciones. Por una parte, los cónyuges pueden en todo momento, actuando de común acuerdo, modificar el régimen económico anterior, sea éste convencional o legal. Para ello se ha exigido el requisito de la mayoría de edad, por ser el dato que proporciona la plena capacidad de obrar. Por otro lado, se ha contemplado también la posible modificación de las capitulaciones cuando contuvieran reglas o disposiciones en virtud de las cuales resultara constituido un derecho por otras personas a favor de los contrayentes o derechos constituidos por éstos a favor de aquéllas. Para que la modificación afecte a tales derechos, será necesario que la consientan los otorgantes, si vivieran todavía.

A día de hoy todavía hay países como Portugal en el cual no es posible modificar el régimen económico matrimonial que regirá entre los cónyuges una vez los mismos lo pacten²⁷⁶ en contrato matrimonial que deberá ser

La modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil, con lo que, se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete. La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida.

La segunda medida de salvaguarda o de garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consistente en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros”.

²⁷⁶ En cuanto al contenido del mismo pueden elegir por estipular un régimen de los previstos legalmente o un régimen atípico, pero con ciertas restricciones. A saber:

En primer lugar pueden elegir una comunidad universal de bienes, por la que todos los bienes presentes y futuros forman parte de los gananciales, excepto los que excluye la ley. Éste régimen no se podrá pactar si uno o ambos de los cónyuges ya tienen hijos que no sean comunes.

También pueden establecer el régimen de separación de bienes, conservando la propiedad y disposición cada cónyuge de sus bienes tanto presente como futuros. Este régimen es obligatorio cuando se ha contraído sin haberse llevado a cabo los procedimientos matrimoniales preliminares o cuando cualquiera de los cónyuges o ambos tiene 60 años o más.

O como hemos apuntado se puede confeccionar un régimen atípico con las características de varios de ellos.

Solo será oponible a terceros el contrato matrimonial si ha sido registrado, conservando las oficinas del Registro Civil un registro del régimen económico matrimonial aplicable. Además el certificado matrimonial debe incluir una nota que indicará si existe documento a tal efecto.

A falta de contrato matrimonial que disponga otra cosa, se aplicará el régimen de comunidad de bienes, art. 1717 CC.

Según este régimen devendrán gananciales los ingresos percibidos por el trabajo de los cónyuges y cualquier bien adquirido por los cónyuges durante su matrimonio que no esté excluido por la ley; siendo bienes separados los que ya se tenían con anterioridad al matrimonio, los que se adquieran durante el mismo por herencia o regalo, y los adquiridos constante matrimonio de acuerdo con un derecho anterior.

notarial o en documento redactado en cualquier oficina del Registro Civil. Éste deberá de ser otorgado antes de contraer matrimonio y entrará en vigor tras su celebración no siendo posible modificarlo tras contraer el matrimonio.

5.1. Requisitos

5.1.1. Personales

El artículo 1331 de Código Civil dispone: *“Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes, si viven y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas”*.

Como vemos el artículo anterior exige para la válida modificación de las capitulaciones matrimoniales que asistan todas las personas que en su día intervinieron en la otorgación de las capitulaciones matrimoniales, si todavía viven, y si la modificación afecta a derechos que fueron concedidos por éstas personas.

Por tanto, además de los cónyuges, obviamente, tenemos que precisar quiénes son las esas personas que deben de asistir a la modificación de las capitulaciones.

El art. 1331 al exigir que concurren las personas que en su día intervinieron hace una precisión, delimitando que de éstas solamente serán aquellas que lo hicieron en calidad de otorgantes, por lo que se deben excluir a los simples asistentes, como son los padres, tutores o curadores que en el momento de realizar las originarias capitulaciones concurren al acto para complementar la capacidad del menor no emancipado o del incapacitado judicialmente, pero sin ser otorgantes.

Distinto sería el caso de los padres que intervienen en el otorgamiento de las capitulaciones para realizar por ejemplo la donación de un inmueble a

En caso de divorcio los cónyuges podrán pactar la disolución de su patrimonio, pero es obligatoria la regla de partes iguales, lo que cualquier convenio que disponga pacto en contrario será anulado, según lo dispuesto en el art. 1730 CC. En este caso la división se hará en presencia de notario autorizado o en el Registro Civil.

A falta de acuerdo será el juez el que determine la partición.

favor de los cónyuges, y que ahora la modificación de las capitulaciones afectara a ese inmueble por un cambio de régimen económico, o por una donación entre los cónyuges, en este caso sí que deberán asistir a la modificación.

En cuanto a la sanción que le correspondería a la modificación de unas capitulaciones en las que no han concurrido todas las personas exigidas por el citado artículo la doctrina no es pacífica.

Mientras que para algunos la vulneración de este requisito de validez comportaría la nulidad radical, para otros como Lacruz, solamente serían anulables, lo que comportaría que ante la falta de asistencia de las personas requeridas, éstas posteriormente podrían confirmar el acto.

Para la modificación de otros pactos matrimoniales, solamente será necesario, en cuanto a requisito personal, la concurrencia de voluntad de los otorgantes.

5.1.2. Reales

En cuanto a los requisitos reales solamente decir que entendiendo éste como las prestaciones que las partes intercambian en cualquier contrato, en sede de capitulaciones matrimoniales estaríamos ante la modificación del contenido de las mismas, bien sea el típico, es decir, la modificación o sustitución del régimen económico matrimonial, o bien el contenido atípico, otras disposiciones que se modifiquen y que sean incluidas por razón del matrimonio, recogidos en las propias capitulaciones o en otro tipo de pacto, pudiendo afectar a cualquier materia que en el mismo se haya estipulado.

En el convenio regulador será la modificación de las medidas definitivas que rijan y regulen los efectos de la situación creada tras la crisis matrimonial.

5.1.3. Formales

Se requiere al igual que para su constitución que la modificación sea otorgada en escritura pública autorizada por Notario.

El artículo 1280 CC exige que tanto las capitulaciones como sus modificaciones deben constar en documento público, junto con la exigencia

de escritura pública del art. 1327 CC, hacen que sean un requisito imprescindible para su validez a efectos de terceros.

En cuanto a la modificación de otros pactos, señalamos que en principio no será necesaria una forma determinada, siendo conveniente su plasmación en documento privado a efectos probatorios.

Si se trata de una modificación de un convenio regulador, será válido el documento firmado por los otorgantes sin necesidad de requisito formal adicional. Sin embargo, para que este tenga fuerza ejecutiva, y sea oponible frente a todos, se deberá seguir el procedimiento que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para la modificación de las medidas definitivas dictadas en un procedimiento de familia.

En este caso estaríamos ante una modificación de medidas de mutuo acuerdo o solicitada con uno con el consentimiento del otro, en el que se aportará junto con la demanda una propuesta de convenio regulador, y se seguirá por los cauces establecidos en el artículo 777 L.E.C. Una vez dictada sentencia en este proceso, el convenio regulador modificado por las partes formará parte de la propia sentencia y gozará de los beneficios que esto le otorga, entre otros el de ser ejecutable y oponible frente todos.

5.2. Publicidad de la modificación

Dada la protección que se le otorga a los terceros, se exige que la modificación de las capitulaciones matrimoniales sean publicadas para que los interesados tengan acceso a ellas y a su contenido.

Ésta publicidad se lleva a cabo de diversos modos, en primer lugar podemos señalar la publicidad notarial, establecida en el artículo 1332 del Código Civil: *“La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida”*.

Además según lo preceptuado por el art. 1333 CC, la publicidad también se llevará a cabo a través de diferentes registros.

En el Registro Civil se inscribirá la modificación de las modificaciones de las capitulaciones matrimoniales. Así al margen de la inscripción del matrimonio se hará mención a las capitulaciones que otorguen los cónyuges así como a las modificaciones que éstas sufran.

La fecha de la inscripción será determinantes a la hora de surtir efectos a los terceros como veremos.

También serán objeto de inscripción en el Registro Mercantil cuando uno de los cónyuges (o ambos), sea empresario; y en el supuesto que afecte a bienes inmuebles tendrá acceso al Registro de la Propiedad donde causará inscripción.

5.3. Efectos a terceros

Tratándose de capitulaciones matrimoniales el principal efecto que producirá las capitulaciones matrimoniales será la sustitución de un régimen económico por otro, o al menos la modificación de las reglas del ya estipulado primeramente.

El artículo 1317 del Código Civil establece *“La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”*.

Si la modificación de las capitulaciones se hace constante matrimonio y afecta al régimen económico matrimonial no afectará a los derechos que los terceros ya hayan adquirido antes de la modificación.

Como ya apuntábamos anteriormente, como la única forma que tienen los terceros de tener conocimiento de la modificación de las capitulaciones matrimoniales es precisamente la inscripción de la escritura que contengan ésta, será la fecha que se tome para determinar a partir de cuándo tienen efecto para los terceros la modificación.

Para conocer el alcance de la modificación, como ya se ha puesto de manifiesto para el establecimiento de las capitulaciones, la persona que tenga un derecho patrimonial frente a los cónyuges podrá solicitar la expedición de una copia de la modificación al Notario autorizante.

Los efectos de las modificaciones del resto de los pactos establecidos por los cónyuges, solo tendrán efectos ante terceros cuando de alguna forma tengan acceso a ellas.

Es decir, en el caso que antes nos poníamos de modificación del convenio regulador, tendrá efectos ante terceros si el mismo es aprobado judicialmente y formando parte de una sentencia, siendo ésta pública puede ser accesible a todo el mundo, y más aún si es inscrita en algún registro, por ejemplo por afectar a un inmueble y tener acceso al Registro de la Propiedad.

CAPITULO VI. EFICACIA

Un contrato válido, en principio, es apto para desplegar todos sus efectos que le correspondan según su clase y naturaleza, sin embargo hay ocasiones en que se encuentra con determinadas dificultades o defectos que le impiden que despliegue esos efectos, en este caso hablaremos de que el contrato es ineficaz.

Estamos ante un contrato que por diversas anomalías no es idóneo para desplegar todos sus efectos jurídicos²⁷⁷.

1. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

²⁷⁷ Sobre la ineficacia del acto en general dice SÁNCHEZ FARFAN, ZULAY, “Ineficacia de los actos jurídicos”, en <http://m.monografias.com/trabajos40/ineficacia-actos-juridicos-/ineficacia-actos-juridicos2.shtml>, última consulta 15-04-2017:

“El acto jurídico es eficaz cuando produce los actos jurídicos que le son propios (consistentes en la creación, regulación, modificación u extinción de relaciones jurídicas), tales efectos son los contemplados por el ordenamiento jurídico (efectos legales) y los queridos por las partes (efectos voluntarios).

Al respecto Lizardo Taboada manifiesta que: “Los negocios jurídicos son celebrados para que produzcan efectos jurídicos, pues es a través de dichos efectos jurídicos, concebidos y entendidos por lo particulares como efectos simplemente prácticos, que se podrán autorregular libre y satisfactoriamente los diferentes intereses privados que determinaros la celebración de los mismos, de tal forma que se puedan satisfacer las distintas necesidades de los sujetos de derecho en los diferentes Sistemas Jurídicos”.

Si el acto jurídico no produce sus efectos normales es calificado de ineficaz, al acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos o cuando se hacen cesar, o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas.

La razón de ser de esta categoría jurídica radica en el hecho que cuando se celebra un acto jurídico y este no cumple con algún requisito que establecen las normas jurídicas, cuando el contenido del acto jurídico no se ajusta a derecho o por contravenir principios del orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas, cuando estos se encuentran viciados o cuando los actos jurídicos que han venido produciendo normalmente sus efectos, desde la fecha de su celebración dejan de producirlos; el ordenamiento jurídico reacciona en forma negativa estableciendo sanciones.

El sustento de la categoría genérica de la ineficacia de los actos jurídicos es la tutela del principio de legalidad en el ámbito de los actos de la autonomía privada, pues el objetivo del sistema jurídico es que los actos de la autonomía privada produzcan efectos jurídicos, siempre y cuando los mismos se ajusten a los requisitos de orden legal para que los actos jurídicos sean eficaces.

Los actos ineficaces son aquellos que nunca ha producido efectos jurídicos o que habiéndolos producido dejan de producirlos por una causal sobreviniente a la celebración del acto jurídico”.

1.1. Art. 1.334 del CC

El Código Civil prevé *“Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contratarse en el plazo de un año”*.

Por tanto, las capitulaciones matrimoniales se podrán otorgar en cualquier momento, como ya se ha puesto de manifiesto, tanto antes como después de contraer matrimonio y durante toda la vigencia de éste, pues obviamente después de finalizado éste, además de no tener sentido otorgarlas, no es posible puesto que no puede existir régimen económico matrimonial sin la existencia de matrimonio, por lo que disuelto éste ya no cabe realizarlas.

Sin embargo a la inversa, es decir, antes de contraer matrimonio sí que se pueden éstas otorgar, en consideración de un futuro matrimonio, pero siguiendo la misma regla que acabamos de señalar, las mismas no pueden “sobrevivir” sin que exista un matrimonio, por lo cual quedarán sin efecto si no llega a celebrarse el enlace.

El legislador español ha fijado un margen de tiempo para declarar la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales si no se han casado los que las otorgaron, ese plazo se ha fijado en un año, como hemos visto que dispone el artículo 1334 CC.

Como acabamos de ver esta ineficacia se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, no afectando a otro tipo de pactos matrimoniales o prematrimoniales que pueden celebrar los contrayentes antes de celebrar el enlace y que seguirán siendo válidos una vez celebrado el matrimonio aunque haya excedido el plazo del año.

Sin embargo referente a las capitulaciones aunque el matrimonio se celebrara con posterioridad al plazo señalado, ya no serán eficaces, y por tanto regirá entre los casados el régimen legal supletorio establecido en el derecho común o foral según su vecindad civil, o en su caso, deberán de pactar de nuevo otras capitulaciones matrimoniales que recojan las estipulaciones que crean convenientes para regir su economía matrimonial.

Tenemos que decir, no obstante, que algunas de las estipulaciones contenidas en las capitulaciones que han devenido ineficaces por el trascurso del tiempo sin que se haya contraído el matrimonio, que no se refieren al contenido típico de las mismas puede seguir siendo válido, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo.

Por último señalar que el plazo establecido es de caducidad, por lo que no cabe su interrupción por ninguna causa.

1.2. Art. 1.335 del CC

El citado artículo dice: *“La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe”*.

Este artículo no aparecía en la redacción original del Código Civil, sino que fue introducido por la reforma del año 1981, y como pone de manifiesto Bayod²⁷⁸, al no estar permitido la modificación de las

²⁷⁸ BAYOD LÓPEZ, MARÁ DEL CARMEN, “Efectos de la invalidez...”, ob. Cit., La citada autora hace referencia a este tema diciendo: *“El artículo 1335 aparece por primera vez en nuestro Derecho tras la reforma del CC en 1981.*

El CC español, ni en su redacción originaria, ni siquiera tras la reforma de 1975 – en la que por primera vez admite el legislador estatal (entonces único) la modificación capitular constante matrimonio–, se hablaba legalmente (sí doctrinalmente) de nulidad de capítulos matrimoniales. Y, desde luego, ninguna remisión se hacía al régimen común de las nulidades en el CC, aunque la doctrina no dudó de su aplicación, si bien señalando alguna que otra excepción.

Ciertamente, en esta materia, probablemente por influencia del Code, se intuía que el sistema de nulidades de los capítulos no podía responder al régimen general de la invalidez diseñado en el Código, entre otras cosas, porque la declaración de invalidez de los mismos provocaba necesariamente la modificación del régimen económico matrimonial prohibida en el CC hasta 1975; y también, porque el propio contenido y regulación de las capitulaciones matrimoniales escapaba a la teoría general de los contratos (v. gr. forma solemne, reglas de capacidad, validez de determinados pactos – mejoras, donaciones de bienes futuros–, que fuera de los capítulos estaban prohibidos).

Los comentaristas del Código y la doctrina de la época admitían, en su caso, la nulidad de los capítulos (inexistencia, decían) pero se dudaba de la posibilidad de que los mismos, aun en el caso de la menor edad de los esposos, pudieran ser anulables, puesto que ello entrañaba la prohibida mutabilidad de los mismos.

La jurisprudencia admitió la nulidad de pleno derecho de los capítulos como único régimen de invalidez aplicable a los mismos, por cuanto declarada la nulidad (o su inexistencia) en teoría, no se producía la modificación posmatrimonial de los capítulos,

capitulaciones, en el caso de que éstas fueran inválidas no podían tener la misma consecuencia que la prevista para el régimen general de la invalidez de los contratos.

La ineficacia de cualquier acto jurídico supone que éste no llega a desplegar sus efectos o deja de generarlos por una causa que puede ser intrínseca o extrínseca al propio acto.

Existen diversas clases y cada una de ellas producirá una consecuencia distinta. Así en primer lugar podemos hablar de inexistencia, que se producirá cuando el acto es celebrado omitiendo uno de los requisitos esenciales para su constitución. Este acto se entiende que no ha existido nunca y por tanto no puede desplegar efecto jurídico alguno.

Otra clase de ineficacia es la nulidad, esta se produce por ser contrario a las normas imperativas o prohibitivas o falta de alguno de los requisitos o formalidades exigidos para su el acto. Siendo su sanción también la falta de efectos del acto, por lo que en la práctica no se distinguirá entre inexistencia y nulidad absoluta, hablándose simplemente de nulidad en contraposición de la anulabilidad.

Ésta última se reserva a defectos de menor gravedad, consistentes en determinados vicios de los elementos del acto, sin llegar a faltar, y cuya sanción será la interrupción de los efectos del acto, pero cabiendo en algunos casos la convalidación del mismo.

pues declarados inexistentes era como si siempre hubieran estado casados los cónyuges en régimen de gananciales.

No obstante, no faltaron algunas voces en la doctrina, como la de Peña Bernardo, que defendieron la llamada nulidad relativa para los casos de menor edad (regulado en el derogado art. 1318 CC), alegando, curiosamente, que ello beneficiaba al menor, puesto que él no tendría que restituir sino en lo que se hubiera enriquecido.

Tal vez estas dudas seculares sobre si los capítulos pueden ser nulos o anulables, llevaron al legislador de 1981 a manifestarse expresamente acerca de la invalidez de los mismos.

En efecto, quizá el legislador, a través del artículo 1335 CC, tan sólo quisiera mostrar que los capítulos sí pueden ser inválidos (nulos o anulables) y que sus causas son las previstas por el Derecho común de los contratos, si bien, lo que ya no es tan evidente es que sus consecuencias deban regirse por dichas normas, debido precisamente a la peculiar naturaleza de las capitulaciones matrimoniales”.

2. INEFICACIA

Ya hemos apuntado que un contrato ineficaz será aquél que por diversas causas, aun siendo válido, es decir, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la ley, no despliega todos los efectos que ésta le confiere.

Martín Pérez²⁷⁹ apunta “*En definitiva, la ineficacia es una figura que pone fin a los efectos contractuales típicos porque si el contrato no está en grado de realizar el interés en función del cual fue celebrado, no tiene sentido considerar a las partes ligadas a un vínculo contractual que sólo se justifica en consideración del producir y perdurar de los efectos finales*”.

2.1. Ineficacia de los pactos prematrimoniales cuando el matrimonio no se llega a celebrar

Acabamos de exponer este caso que es el regulado en el artículo 1334 del Código Civil.

2.2. Declaración de nulidad del matrimonio celebrado

La nulidad matrimonial conlleva la invalidez de un matrimonio que en el momento de su celebración carecía de determinados requisitos o adolecía de determinados vicios necesarios.

El matrimonio puede ser declarado nulo por diversas causas²⁸⁰, sea cual sea la que la determine, afectará a los pactos matrimoniales que se hayan establecido entre los cónyuges.

²⁷⁹ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Ed. J. M. Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1995, pág. 189.

²⁸⁰ El artículo 73 CC declara los supuestos de nulidad del matrimonio: “*Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:*

1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.

Como ya hemos dicho no puede existir matrimonio sin régimen económico, pero tampoco a la inversa, no puede haber un régimen económico sin matrimonio. Por lo que, si las capitulaciones tienen por principal objeto el establecimiento, modificación o sustitución del régimen matrimonial, si el matrimonio es declarado nulo éstas se verán afectadas.

Cuando un pacto matrimonial deviene en ineficaz por la declaración de nulidad del matrimonio, se devengarán unos efectos que serán diferentes según deban desplegarse entre las partes o para los terceros²⁸¹.

2.2.1. Efectos para los cónyuges

La declaración de nulidad de un matrimonio producirá que el mismo sea ineficaz desde su celebración, siendo retroactivos los efectos de su invalidez.

3º El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.

4º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

5º El contraído por coacción o miedo grave”.

²⁸¹ BAYOD LÓPEZ, MARÁ DEL CARMEN, “Efectos de la invalidez...”, ob. Cit. Hace distinción entre los efectos de ambas ineficacias, según sea porque el matrimonio no se ha llegado a celebrar o si el motivo es la nulidad del mismo. Dice así: “*Si el matrimonio no llega a celebrarse, el negocio capitular no puede activarse ni desplegar ningún efecto.*

Como explicaba Lacruz «faltando el matrimonio las determinaciones estatutarias, al igual que el régimen legal, no tienen a qué aplicarse. (...) A las estipulaciones capitulares corresponde exactamente la idea de contrato accesorio» 37. Los negocios documentados en los capítulos que no estén condicionados a la celebración del matrimonio serán válidos y eficaces.

Por el contrario, en el caso de la nulidad matrimonial, sí hubo una activación del régimen sobre la base de la apariencia del matrimonio.

De ahí que tradicionalmente el legislador en función de la buena fe de los cónyuges (o de uno de ellos) y siempre respecto de los hijos (art. 79 CC) haya establecido que la nulidad declarada del matrimonio tenga efectos ex nunc, de manera que las relaciones personales y patrimoniales establecidas entre los cónyuges y sus hijos así como las relaciones con terceros no queden invalidadas: no opera el efecto ex tunc propio de la invalidez, puesto se consideran eficaces los efectos derivados del matrimonio”.

Entre los cónyuges la declaración de nulidad del matrimonio, devengará la ineficacia de las capitulaciones que hubieren otorgado, y la liquidación del régimen económico que rigiera entre ellos.

Pero como el llevar a cabo esta ineficacia absoluta “*ab intitio*” podría provocar situaciones difíciles de sostener, la ley prevé que en determinados casos sí se respeten determinados efectos ya nacidos respecto de los hijos y del cónyuge o cónyuges que hayan obrado de buena fe.

Así si la sentencia de nulidad declara que uno de los cónyuges obró de mala fe, el otro puede optar por liquidar su régimen económico según las reglas relativas al de participación, y el de mala fe no participará en las ganancias obtenidas de su consorte. De esta manera se permite apartarse de la liquidación estipulada al de buena fe y optar por aplicar las reglas expuestas; además si ha existido convivencia tendrá derecho a una indemnización²⁸².

El artículo 79 CC establece “*La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos o del contrayente o contrayentes de buena fe.*

La buena fe se presume”.

Por tanto los efectos que ya se hayan producido en virtud de lo dispuesto en un acuerdo matrimonial no se verán afectados por la declaración de nulidad del matrimonio respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe y respecto de los hijos del matrimonio.

Es lo que la doctrina ha dado en llamar matrimonio putativo, es decir, que se reputa válido respecto de los sujetos aludidos.

Para poder considerar un matrimonio putativo es necesario que concurren una serie de requisitos: en primer lugar es imprescindible que el matrimonio que se ha declarado nulo haya guardado en su celebración las formas esenciales; parte de la doctrina, exige además que el matrimonio

²⁸² Señalar la precisión que hacen VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, y CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO, “Derecho de familia y obligación...”, ob. Cit., pág. 83: “*La sentencia de nulidad, a diferencia de la de divorcio (art. 97 CC), no origina la obligación de pagar (en su caso) una pensión por desequilibrio económico, sino la de abonar una indemnización, la cual se satisfará al contribuyente de buena fe, siempre que haya existido convivencia conyugal, en atención a las circunstancias previstas en el art. 97 (art. 98 CC)”.*

haya sido inscrito en el Registro Civil, aunque la mayoría no cree necesario este requisito al entender que el matrimonio despliega sus efectos desde su celebración; y finalmente que la sentencia que determine la nulidad del matrimonio en cuestión haya devenido firme²⁸³.

El principal efecto del matrimonio putativo es que los efectos producidos por el matrimonio antes de declararse nulo se mantienen de forma que se reputa como válido, respecto de los hijos y del cónyuge de buena fe.

Indicar que pueden tener efectos civiles las sentencias canónicas de nulidad²⁸⁴.

En este punto tenemos que hacer referencia la art. 98 CC que determina *“El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”*.

Se trata de una indemnización que tiene que ser entendida como una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que puede producir la nulidad matrimonial cuando ha existido convivencia conyugal. No debe confundirse con una reparación de daños sufridos que deberá, en su clase, reclamarse en virtud del art. 1902 CC. Pese a la remisión que hace al art. 97 CC no es necesario, desde mi punto

²⁸³ En cuanto a la determinación del momento en que devienen ineficaces, BAYOD LÓPEZ, MARÁ DEL CARMEN, “Efectos de la invalidez...”, ob. Cit. Alt., opina: *“Respecto del negocio capitular, sea éste legal o paccionado, si en la sentencia de nulidad no hay declaración de mala fe de alguno de los cónyuges, la ejecutoria, una vez firme, provocará respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 CC, en relación con los arts. 1392 y 1395 CC). Lo que viene a significar que los capítulos habrán sido eficaces (no sólo válidos) hasta la declaración de invalidez del matrimonio produciendo plenamente efectos, tanto entre los cónyuges y en todo caso, respecto de los terceros”*.

²⁸⁴ El artículo 80 CC establece *“Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre el matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez Civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

De esta manera en virtud de una sentencia de nulidad dictada por un Tribunal eclesiástico o de una decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado se podrá ver afectado un pacto matrimonial si finalmente el Juez Civil dicta una resolución reconociéndole efectos civiles.

de vista, que concurren los requisitos necesarios para el establecimiento de la pensión compensatoria, sino que solamente la remisión constituye una referencia para que el Juez determine la cuantía de la indemnización en función de los parámetros a tener en cuenta para la pensión compensatoria. Tampoco tiene naturaleza alimenticia, puesto que no habiendo existido vínculo matrimonial, no hay obligación de alimentos entre los que no han sido cónyuges.

Cabe preguntarnos si cabe pacto al respecto de ésta indemnización, otorgado bien antes de la declaración de nulidad del matrimonio bien después de la misma.

En la práctica no es muy usual que los futuros cónyuges otorguen un acuerdo para éste caso en un pacto prematrimonial, ni tampoco durante el matrimonio pues en principio no se prevé que una persona alcance a pensar que su enlace pueda llegar a ser nulo. Pero nada obsta para que se pueda incluir.

Ahora bien, hay que cuestionar si es válido el acuerdo por el que se renuncia anticipadamente al derecho de ésta indemnización. Entiendo que pese al distinto fundamento con la pensión compensatoria sí cabe aplicar con cierta analogía lo dicho en cuanto a la renuncia de la pensión compensatoria, debiendo concluir, desde mi punto de vista que sí cabrá tal renuncia por tratarse de un derecho de carácter meramente patrimonial, siempre y cuando respete los requisitos necesarios para la validez y eficacia de los pactos matrimoniales.

Obviamente con mayor razón de ser una vez declarada la nulidad del matrimonio, ya nacido el derecho, el cónyuge de buena fe puede renunciar a dicha indemnización, pactándolo así a través del convenio regulador.

2.2.2. Efectos respecto de terceros

Como acabamos de explicar, la nulidad del matrimonio determinará la disolución del régimen económico matrimonial, puesto que éste no puede existir sin aquél.

Es necesario determinar cuál es la fecha que se debe tener en cuenta para la liquidación del régimen, pues será de suma importancia, sobre todo por las relaciones patrimoniales que los aparentes cónyuges hayan tenido con terceros.

Así tenemos que estar a lo dispuesto en el art. 95 CC, que establece que será la sentencia firme la que producirá la disolución del régimen económico.

Tenemos que apuntar que para que los efectos de la nulidad matrimonial produzca efectos erga omnes es necesario que la misma esté inscrita en el Registro Civil, porque es el medio que tienen los terceros para tener acceso a la información sobre la situación de los ex cónyuges a través de la publicidad que éste ofrece. Esto se hace de oficio por el Juzgado o Tribunal que haya dictado la sentencia sin necesidad que las partes lo insten.

En cuanto a las resoluciones de nulidad matrimonial dictadas por Tribunales eclesiásticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 61 de la Ley del Registro Civil dispone: *“Las resoluciones sobre disolución de matrimonio canónico, dictadas por autoridad eclesiástica reconocida, se inscribirán si cumple los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico”*.

Artículo que debe complementarse con el art. 265 del Reglamento del Registro Civil que apunta: *“La inscripción de las resoluciones sobre nulidad de matrimonio canónico o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato requieren que previamente su ejecución haya sido acordada por Juez civil competente”*.

En igual sentido se pronuncia el Código Civil²⁸⁵ al exigir la previa ejecución por parte de los interesados de la resolución canónica para que la misma tenga acceso al Registro Civil.

La apariencia de matrimonio válido que tenía el que posteriormente se ha declarado nulo, hace que se respeten las relaciones patrimoniales que los “cónyuges” han celebrado con terceros de buena fe; y que sea la fecha de la firmeza de la sentencia de nulidad la que determine la disolución del régimen que económico que tuvieron, pues en caso de que fuera tomada una fecha anterior perjudicaría los derechos adquiridos por los terceros.

²⁸⁵ Artículo 80 CC *“Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia matrimonial en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

3. NULIDAD

Como hemos dicho anteriormente la nulidad de un pacto matrimonial se producirá por la vulneración de una ley imperativa o prohibitiva o por la falta de los requisitos esenciales para su constitución.

En cuanto consecuencia de la nulidad es la falta de efectos del pacto, que se reputará como si no hubiera nunca existido.

Aunque no es necesaria su declaración como tal, se puede ejercitar la acción para poner de manifiesto esta nulidad por parte de cualquier interesado, sea bien un acreedor, los propios cónyuges o uno de ellos, o los herederos de éstos.

No existe un plazo para ejercitarla, puesto que la acción de nulidad es imprescriptible.

La consecuencia práctica de la declaración de nulidad dependerá del tipo de pacto que se trate, si son capitulaciones matrimoniales supondrá que al considerar que las mismas no han existido nunca, entre los cónyuges regirá el régimen económico matrimonial supletorio previsto por el legislador, que en el caso del derecho común será el de gananciales. Sin embargo, esta sanción, no llegará hasta sus últimas consecuencias respecto de los derechos de los acreedores, puesto que no se perjudicarán los derechos de éstos adquiridos de buena fe.

3.1. Falta de consentimiento

En cualquier tipo de pacto matrimonial es necesario la concurrencia de los elementos esenciales requeridos en el art. 1261 CC con carácter general para cualquier contrato. Uno de ellos es el consentimiento de los contratantes.

Aunque podemos encontrar una especie de definición de consentimiento en el Código Civil²⁸⁶, nos parece más adecuada para el tema que estamos

²⁸⁶ Artículo 1262 CC “*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*”.

tratando recoger la definición siguiente: “*el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen*”²⁸⁷.

Por tanto, en los que otorguen cualquier tipo de pacto matrimonial, sea capitulaciones, pacto prematrimonial en previsión de una futura ruptura o convenio regulador, debe concurrir consentimiento.

Es necesario para la existencia del consentimiento que se den los siguientes elementos: en primer lugar que haya pluralidad de sujetos, en este caso será necesaria la concurrencia de los dos cónyuges o contrayentes; en segundo lugar, hace falta que estos tengan la capacidad requerida, según las indicaciones que hemos visto anteriormente.

Es necesario además que exista una voluntad para otorgar el pacto matrimonial; en cuarto lugar, debe haber una declaración de esa voluntad.

Y por último tiene que existir una correspondencia entre la voluntad interna y la declarada.

Para que el consentimiento emitido sea válido deberá haberse prestado sin que concurra error, violencia, intimidación o dolo²⁸⁸, así lo prescribe el

²⁸⁷ Definición recogida en el manual DERECHO CIVIL OBLIGACIONES Y CONTRATOS (VOLUMEN II) JUDICATURA, Ed. Carperi, septiembre 2008, Madrid, pág. 47 – 3.

²⁸⁸ Así lo manifiesta POZO FERNÁNDEZ, MARIBEL, “Renuncia anticipada a la pensión compensatoria”, Revista La Toga. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, Nº 186, diciembre 2012: “*Muy a tener en cuenta a la hora de la validez de esas capitulaciones prematrimoniales es que se hayan realizado con un consentimiento libre y voluntario, sin ningún tipo de coacciones y sabiendo a lo que van a renunciar generalmente de forma recíproca, de hecho así lo hacen constar expresamente los notarios a la hora de efectuarse las mismas y protocolizarse, generalmente las parejas van acompañadas con sus asesores legales, uno, dos o simplemente ellas mismas, sabedoras de lo que van a firmar y lo que les va a vincular constante matrimonio, generalmente se tratan de parejas con sus propios patrimonios y con un trabajo cada uno de ellos, y lo que desean es que si por desgracia su matrimonio no funciona y tuviesen que separarse o divorciarse, saber cómo les quedaría su economía, previendo de antemano que no tendrán que pasar al que fue su cónyuge una prestación que a buen seguro también les mermaría su capacidad económica para afrontar el nuevo reto de vivir sin la pareja y tener que salir adelante con nueva casa y nuevos gastos ya que evidentemente no es lo mismo compartir gastos que financiarlos por sí mismos; en este sentido se decantan las nuevas parejas del siglo XXI; evidentemente estos pactos son de “previsión” de un futuro, claro está que si las circunstancias variasen, también podrían*

art. 1265, que declara que el consentimiento en que haya habido alguno de estos extremos será nulo.

Para poder alegar esta nulidad es necesario probar que en el momento de la otorgación del pacto matrimonial la voluntad de uno de los cónyuges estaba totalmente anulada, lo que equivaldrá a una falta o ausencia de consentimiento.

Una de las alegaciones más utilizadas en la práctica para conseguir la pretendida nulidad es la falta de condiciones psicológicas producidas por la crisis matrimonial que impiden a la parte a estar en condiciones para entender y aceptar el acuerdo. Debiendo quedar completamente la falta de consentimiento para estimarse la nulidad del pacto matrimonial²⁸⁹.

variarse los mismos; y si hubiese discrepancia entre ellos, sería entonces los tribunales quien tuviesen que entrar a verificar si esas circunstancias son viables para causar la modificación de dichas capitulaciones, y en cuanto a los datos estadísticos en Cataluña y Madrid, a título ejemplificativo tenemos que hasta 1975, a pesar de que en Cataluña, como derecho foral exista separación de bienes, en cifras absolutas, se otorgan más capítulos que en Madrid; es a partir de éste año, cuando la práctica capitular empieza a crecer en Madrid, a un ritmo tan importante, que supera al de Cataluña”.

²⁸⁹ En este sentido varias son las Sentencias que desestiman la ineficacia del pacto por no quedar probada la falta de libertad por una presión psicológica, entre otras la de la AP de Coruña, Sección 4ª, número 141/2009, de 20 de marzo, que dice: *“Sobre la alegada nulidad e ineficacia del convenio suscrito por los cónyuges en el documento privado de 28/12/2006, la sentencia rechazó implícitamente pero inequívocamente la tesis del demandado al basarse precisamente en los acuerdos del convenio como actos propios vinculantes para estimar las pretensiones de la demandante sobre la pretensión de pensión compensatoria y la alimentaria a favor de la hija más pequeña, considerando lo demás irrelevante. Desde esta perspectiva el problema sería de disconformidad con la razón tenida en cuenta en la sentencia. De todas maneras, carece de consistencia insistir en un alegato basado en la falta de libertad por una presión psicológica no probada en absoluto, como tampoco lo demuestra el hecho de haber sido firmado cuatro días después de la ruptura o “expulsión” del hogar, y porque, digámoslo directamente sin rodeos, no hay quien se lo crea, al no tratarse de cualquier papel escrito de cualquier modo, sino muy completo y elaborado en sus diversas cláusulas, habiéndolo firmado en sus dos páginas la esposa con el ahora apelante, persona que acredita experiencia en el mundo de los negocios, con una pluralidad de empresas o sociedades de su titularidad o bajo su gestión y control, que vino abonando durante más de un año, desde entonces hasta la interposición de la demanda, las cantidades estipuladas...”*

En dirección estimatoria la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, N° 277/2007, de 8 de octubre, Ponente Ricardo Rodríguez López, que sí que declara la nulidad de la renuncia a la pensión compensatoria en un convenio regulador, al quedar acreditada la falta de voluntad: *“En este caso, de la prueba practicada, y más*

3.2. Falta de forma

En principio tenemos que decir, que con carácter general, el Código Civil instaura el principio de libertad de forma en sede contractual, así el artículo 1278 en este sentido *“Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*.

Pese a expresar esta libertad de forma con carácter general, seguidamente se pasa a recoger una serie de supuestos en los que sí son necesarios la forma, pasando ésta de ser *ad probationem* a ser con carácter excepcional *ad solemnitatem*.

Así el artículo 1280 CC establece una serie de supuesto en los que el contrato debe constar en documento público, añadiendo además que deberán constar por escrito, aunque sea en documento privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, lo que supone prácticamente la totalidad de los que se dan en el tráfico jurídico.

Entre estos contratos que el citado artículo exige que deben constar en documento público figuran las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

Ya hemos tenido ocasión de señalar en el apartado correspondiente a éste tipo de pacto, que además el artículo 1327 CC exige para su validez que habrán de constar en escritura pública, siendo éste más exigente.

Por tanto es requisito de carácter constitutivo y la su falta provocará que sean inválidas incluso entre partes, en cuanto eso sí, a su contenido típico.

concretamente de la documental obrante en autos, resulta claro que la demandada se encontraba aquejada de un cuadro de ansiedad agudo en el momento en el que se suscribió el convenio regulador, por lo que el convenio lo tuvo que suscribir en una situación de escasa estabilidad emocional. En el documento 8 de la contestación a la demanda se alude a “...cuadros compatibles con crisis... desconexión del medio a raíz de inicio de separación con su marido... En las últimas semanas las crisis han aumentado y ha dejado de comer... Solicito evaluación psiquiátrica...”. Este documento se suscribió el día 14 de septiembre de 2005, justo al día siguiente de la firma del convenio.

Por tanto la renuncia a la pensión compensatoria en un convenio-marco previsto para acudir a un proceso de divorcio, no puede ser considerada eficaz”.

En cuanto al contenido atípico será perfectamente válido entre partes, puesto que no siendo constitutiva la forma en el resto de pactos matrimoniales que tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico y dada la libertad de estipulación entre los cónyuges, los acuerdos que manifiesten bien para ordenar los efectos de su matrimonio, bien para su posible futura crisis matrimonial, serán perfectamente válidos y eficaces entre ellos aunque no revistan una forma especial.

Tampoco para el convenio regulador se exige una forma determinada para su celebración, al contrario que para su contenido. El mismo se formalizará por escrito, y en el supuesto que se realiza en el seno de un procedimiento judicial de nulidad, separación o divorcio, una vez aprobado por el juez formará parte de la sentencia dictada por éste; o en su caso, de la resolución que dicte el Secretario Judicial.

Si se aporta en uno de los supuestos que recoge la Ley de Jurisdicción voluntaria, será parte integrante de la escritura pública en la que el Notario autorice la separación o divorcio, pero no porque sea necesaria su forma, sino porque será incluida en la misma.

3.3. El objeto

No existe una definición unánime en la doctrina acerca del objeto del negocio jurídico.

Al respecto el Código Civil establece *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del servicio de los hombres, aun las futuras.*

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”, art. 1271.

En cuanto a los requisitos exigidos para el objeto el mismo tiene que ser: posible²⁹⁰, lícito²⁹¹ y determinado o de posible determinación.

El objeto de los pactos matrimoniales es la regulación de determinados aspectos patrimoniales o personales derivados del matrimonio, pudiendo tener también por objeto una donación por razón de matrimonio, o el establecimiento de un pacto o promesa de mejorar o no mejorar a alguno o algunos de los hijos; en las capitulaciones matrimoniales, el objeto principal del mismo es el establecimiento del régimen económico matrimonial, o su modificación o sustitución, aunque puede tener por objeto el estipular otras disposiciones por razón del matrimonio; los pactos prematrimoniales tienen por objeto el establecimiento de las reglas que habrán de regir en un futuro para el caso en que se produzca la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, estableciendo estipulaciones de carácter patrimonial así como personal referidas a los otorgantes o incluso a sus hijos; el convenio tendrá por objeto la regulación de los efectos derivados de la crisis matrimonial una vez iniciada esta.

Aunque tenemos que decir que dada la libertad de pacto que existe en este campo, se estará al caso concreto para determinar el objeto preciso de cada uno de los acuerdos matrimoniales.

3.4. La causa

No existe unanimidad en la doctrina acerca de la naturaleza de la causa. Diversas son las teorías acerca de la causa que han ido surgiendo a lo largo de los años, no vamos a entrar en este debate por exceder de cuanto es el tema del presente trabajo. Nos limitaremos a señalar que la causa ha de existir, tiene que ser verdadera y lícita.

²⁹⁰ En cuanto a la posibilidad del objeto, además de que el mismo tenga existencia o la pueda llegar a tener, se deberá estar a los límites establecidos en la materia correspondiente.

²⁹¹ El objeto no deberá ser contrario a la ley o a las buenas costumbres. Ya hemos hecho referencia a los límites establecidos en este sentido. De esta forma no podrá un pacto matrimonial tener por objeto la renuncia de la patria potestad de un hijo, por ser una materia indisponible.

El artículo 1274 CC establece *“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”*.

Como señala Compagnucci²⁹² *“La causa es la razón de ser del negocio jurídico; mientras el objeto responde a la pregunta “qué se debe” (quid debetur) la causa contesta a la cuestión del “por qué” se debe (cur debetur). Se trata de la determinación de la razón o del porqué de la realización del negocio”*.

La causa de los pactos matrimoniales la tendremos que determinar para cada uno de las clases de pactos que se pueden adoptar.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la causa de las capitulaciones matrimoniales, sentando la siguiente jurisprudencia, recogida entre otras en la STS de 18 de junio de 2012²⁹³, en la cual se dispone: *“CUARTO. La causa en las capitulaciones matrimoniales.*

Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia, porque sin matrimonio, las capitulaciones no tienen sentido. Y ello, porque los negocios de derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa, en el sentido del art. 1261 CC, aunque las capitulaciones deban considerarse como contratos, como lo demuestra el art. 1335 CC.

El principal pacto capitular lo constituye, según el art. 1325 CC, la estipulación, modificación o sustitución del régimen económico del matrimonio. La modificación, o sustitución del régimen es el objeto y la

²⁹² COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *El negocio jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 173.

²⁹³ STS N° 370/2012, siendo ponente Encarnación Roca Trias.

causa de las capitulaciones, por lo que si falta, de acuerdo con el art. 1325 CC, faltará a su vez el objeto y la causa de los capítulos. La doctrina ha discutido si este pacto tiene naturaleza onerosa o gratuita, lo que se plantea más directamente cuando la modificación se produce constante matrimonio. La conclusión más general es la que entiende que los capítulos no tienen abstractamente naturaleza onerosa o naturaleza gratuita, sino que, dado el contenido complejo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico matrimonial.

Entre los posibles pactos capitulares se encuentra la modificación del régimen, cuando se otorgan después de contraído el matrimonio. Cuando ello ocurre, según lo dispuesto en los arts. 1392.4 y 1396 CC, debe procederse a la liquidación del régimen anterior, puesto que no es posible mantener la vigencia a la vez de dos regímenes económicos distintos”.

Para las donaciones por razón de matrimonio, o las donaciones entre cónyuges, la causa de conformidad con lo establecido por la legislación para los contratos, la pura beneficencia o mera liberalidad del donante, cuya motivación será precisamente el matrimonio.

Lo que es común a todos los tipos de pactos matrimoniales es la necesidad de existencia de la misma como elemento esencial del contrato.

Así cuando un contrato no tiene causa o la misma es ilícita no producen efecto alguno (art. 1275 CC). Por lo tanto la sanción que se prevé cuando falta este requisito es el de la nulidad radical.

Se entenderá que la causa será ilícita cuando se oponga a las leyes o a la moral.

Podemos también encontrarnos en el caso de que se exprese una causa falsa, lo que determinará la nulidad del contrato, según lo previsto en el Código, a no ser que se pruebe que existía otra verdadera y válida en el que estaba fundado, pues al fin y al cabo, sí que concurriría el presupuesto de una causa, aunque distinta.

Además se establece la presunción iuris tantum que la causa existe y que es lícita.

3.5. Simulación

La simulación hace que el negocio jurídico otorgado sea nulo por falta de causa.

Según el Tribunal Supremo²⁹⁴ *“Existe contrato simulado cuando varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un determinado contrato y no quieren celebrar ninguno (simulación absoluta) o desean encubrir otro distinto (simulación relativa), bien en su naturaleza (se quiere donar -negocio disimulado- y se exterioriza una compraventa -negocio simulado-), bien en su objeto (precio diferente) o en los sujetos (contratos con interposición de persona), bien en cualquiera de los demás elementos, incluso los accidentales (simulación de condición o plazo); la simulación constituye una anomalía o vicio en la vida de los contratos que, en principio, es aplicable a cualquiera de ellos (arrendamiento, compraventa, donación, permuta, etc.); lleva implícita la finalidad de engañar, pues la apariencia falsamente creada tiene por objeto hacer creer a otras personas que algo existe donde no hay nada o hay otra cosa diferente; pese a ello, el concepto de contrato simulado es, por sí mismo, inocuo, pues no encierra indefectiblemente la idea de ilicitud; al amparo de la libertad de contratación (art. 1255 CC) es posible la existencia de contratos simulados lícitos, cuando la finalidad engañosa que persiguen así lo sea, como puede suceder cuando se aparentan contratos por vanidad o por razones publicitarias o para librarse de reclamaciones injustas pero molestas, mas ordinariamente no es así porque lo normal es que con la apariencia de contrato se persiga dañar a otra persona o violar la Ley”*.

Podemos definir la simulación como aquel acuerdo entre las partes por el que manifiestan una declaración de voluntad con un contenido no real y discrepante con su verdadero querer interno, realizado de forma consciente y con la intención de engañar a terceros.

²⁹⁴ Sentencia de la Sala 2ª, de 18 de febrero de 1991, ponente Delgado García.

Por lo que para que exista simulación será necesario: que haya una declaración consciente diferente de la verdadera intención interna; que exista un acuerdo entre las partes para realizarla; y además crear una apariencia en otro con la finalidad de engañar.

Hay que ponernos en el caso de que una vez ambos cónyuges de común acuerdo y en connivencia hayan otorgado un negocio jurídico de familia simulado para, por ejemplo preservar bienes en contra de los acreedores, y es uno de los consortes el que en un determinado momento quiere reclamar contra el otro cónyuge impugnando el acuerdo llegado. Nos encontramos aquí con una falta de legitimación para instar la nulidad²⁹⁵.

Respecto al plazo para instar la acción contra el acto simulado por los perjudicados tenemos que decir de conformidad con la jurisprudencia del TS²⁹⁶ que es imprescriptible, por lo tanto no está sujeta a plazo alguno.

²⁹⁵ Proclamando esta falta de legitimidad la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 16ª, Número 594/2009, de 19 de noviembre, que señala: “... resulta palmaria la improcedencia de la acción ejercitada por el Sr. Juan Pedro dirigida a obtener la declaración de nulidad del convenio regulador de la separación suscrito por las partes en fecha 15 de marzo de 1994 así como de la consiguiente sentencia que lo aprobó. En efecto, hemos de partir aquí de la base de que, según se afirma sin ambages en la demanda, el único objetivo de la alegada simulación fue poner la vivienda familiar a salvo de las acciones que, frente al marido, pudieran intentar sus acreedores. Ilícito propósito, convertido así por el propio recurrente en auténtica causa determinante del pacto cuya ineficacia pretende para obtener el reintegro del bien transmitido (...), que determina la absoluta falta de legitimación activa del Sr. Juan Pedro. Porque, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1306 CC (que excluye la aplicación del art. 1303), cuando la causa torpe determinante de la nulidad del contrato no constituyere delito ni falta y, aunque la culpa estuviere de parte de ambos contrayentes, “ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”. Por tanto, aun en el mejor de los casos para el ahora apelante (que su ex mujer hubiera sido partícipe en el fraude o intento de fraude que, según dice, constituyó la única casusa que les llevó a suscribir y pedir la posterior homologación judicial del convenio regulador de la separación), carecería de la acción que pretendió ejercitar en la demanda (STS de 10 de octubre de 2008), circunstancia que por sí sola determina la inviabilidad del recurso formulado...”.

²⁹⁶ Por todas vid. STS Número 178/2013, de 25 de marzo, ponente José Ramón Fernández Gabriel. “Argumentan que, si bien la acción declarativa de una simulación no prescribe - como había establecido el Tribunal de apelación -, sí lo hace la restitutoria, implícitamente ejercitada con aquella y dirigida a restablecer, respecto de los bienes objeto del contrato nulo, el estado posesorio anterior a su celebración.

4. ANULABILIDAD

El artículo 1300 CC dispone: *“Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que invalidan con arreglo a la ley”*.

Por lo tanto para que un acuerdo matrimonial, del tipo que sea, pueda anularse debe contar con objeto, consentimiento y causa, puesto que en caso contrario sería nulo y no anulable, y además, estar viciado por uno de los que invalidan con arreglo a la ley.

Esta acción durará cuatro años, y a diferencia con lo que ocurre en la nulidad en estos actos sí cabe la confirmación posterior de los mismos, de modo que devengarán en plenamente eficaces, pudiendo ser expresa o tácita.

Los pactos matrimoniales, al igual que los contratos, debe mediar el consentimiento de los otorgantes para que sean válidos y eficaces. Así el art. 1261 CC, exige como requisito esencial para la validez de los contratos que exista, además del objeto y la causa, el consentimiento de los contratantes.

A partir de tal afirmación añaden que el plazo fijado en el artículo 1964 para la prescripción de la acción específicamente dirigida a producir ese efecto restitutorio - en cuanto personal y no sometida a un régimen especial - había vencido cuando se interpuso la demanda, contando el tiempo desde que el contrato se celebró.

II. No tienen en cuenta las recurrentes que el Tribunal de apelación declaró que la enajenación de las acciones fue simulada y, por tal, que sólo existió en apariencia, tanto en su génesis, como en su ejecución.

En ese caso, en el que es ficticia la propia titularidad resultante del acuerdo de simulación, la restitución de los bienes está sometida al mismo régimen de imprescriptibilidad que la acción declarativa de la simulación, por cuanto nada deriva de la nada - " ex nihilo nihil " -.

Precisamente el negocio simulado se define como aquel en el que las partes, puestas de acuerdo entre sí, emiten una declaración no coincidente con la voluntad interna, con el fin de engañar a los terceros. Esa creación consciente y bilateral de una apariencia negocial puede ocultar un negocio distinto -" colorem habet substatiam vero alteram " - o puede no ocultar nada - " colorem habet, substatiam vero nullam " -”.

Ya hemos apuntado que los requisitos necesarios para que exista consentimiento es que exista una pluralidad de personas, que éstas tengan capacidad, que exista voluntad, que se manifieste a través de una declaración y que exista concordancia ente la voluntad interna y la manifestada.

Pues bien, para que éste consentimiento sea válido como acabamos de reiterar debe existir una voluntad, la cual debe ser prestada de forma libre y consciente, no debiendo adolecer de ningún vicio que pueda invalidarla, entendiendo como tal cualquier hecho, manifestación o actitud, capaz de generar un defecto congénito, es decir, que adolece en su formación, al restringir o anular el conocimiento necesario para emitir la declaración de voluntad.

El artículo 1265 del Código Civil dice *“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*.

Puede ser que los vicios no lleguen a anular completamente el consentimiento y entonces su sanción no será la nulidad radical, sino que el acto será anulable.

Para que se aprecien vicios del consentimiento deben de ser de cierta entidad, puesto que el principio de seguridad jurídica, hace que los jueces y tribunales sean bastante restrictivos a la hora de declarar estos vicios, poniendo el acento en que lo declarado y lo querido se ajusten, sin tener en cuenta los motivos que llevaron a tal decisión.

En los casos en que exista la intervención de un Notario, como ocurre por ejemplo en el caso de las capitulaciones matrimoniales, es más difícil poder demostrar la concurrencia del vicio, como pone de manifiesto Martínez Escribano²⁹⁷ *“La intervención, en estos casos, de un Notario, que examina la capacidad de las partes y trata de asegurarse de que el consentimiento se preste de forma libre y voluntaria, juega a favor de la validez del pacto. Así, los órganos judiciales suelen considerar que no hay vicio del consentimiento en los casos de intervención notarial, pues, para acreditar el vicio, sería necesaria una prueba fehaciente de la falta de un*

²⁹⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, ob. Cit., pág. 198.

consentimiento libre y voluntario en el otorgamiento (SAP de Castellón de 13 de noviembre de 1999, SAP de Valencia de 6 de febrero de 2008, SAP de Valladolid de 3 de mayo de 2007). En definitiva, la intervención del notario refuerza la eficacia y validez del acuerdo en el tráfico jurídico y hace más difícil que prospere una pretensión de anulación por vicios de la voluntad”.

4.1. Error

El error es el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad, mediante una falsa representación mental de la realidad, que vicia la formación interna, tendente a la emisión de una declaración que en otras condiciones no lo hubiese realizado.

Art. 1266 CC “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

Tiene señalado la jurisprudencia que para que el error sea invalidante del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable. Este requisito se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, y será excusable cuando pudo haber sido evitado empleando una diligencia media o regular.²⁹⁸

²⁹⁸ En cuanto a la definición y requisitos del error, la Sentencia de la AP de Huesca, Sección 1ª, N° 136/2005, de 19 de mayo, ponente Santiago Serena Puis. *“Reproduce la recurrente pretensión de nulidad por error y dolo, así como la rescisión por lesión en más de una cuarta parte. Los vicios del consentimiento basados en el error y dolo provienen principalmente, según la demandante, de la fuerte depresión por la que estaba pasando. Sin embargo, esta enfermedad parece afectar más bien al estado de ánimo que a la capacidad intelectual para comprender el alcance de las decisiones. En cualquier caso, como quiera que el error es el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración efectivamente querida (...) y que conforme a la reiterada jurisprudencia, es un requisito fundamental que “no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte*

El error puede recaer sobre la naturaleza o causa del contrato, por ejemplo, si un cónyuge cree que está realizando una donación por razón de matrimonio y el otro se piensa que está formalizando una compraventa, evidentemente en este caso es inexistente el contrato por falta de acuerdo de voluntades.

También puede ser el error referido al objeto, a ello hace referencia el artículo 1266 CC. Si el error afecta a la identidad de la cosa o a sus elementos esenciales o condiciones que principalmente hayan dado el motivo a celebrar el contrato, sí que invalidará en consentimiento, por el contra, si es en otras características no esenciales, secundarias, en este caso no invalidará. Si es un error de cuenta solo dará lugar a su corrección.

de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su consulta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración, (...), no consideramos que concurra en este caso. Por otro lado la doctrina legal, parte de la definición de dolo del art. 1269 del Código Civil como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Requiere, en suma dos elementos, uno, el empleo de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que tanto pueden consistir en acciones como en omisiones; y otro, la inducción producida por las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte, en términos tales que la determina a celebrar el negocio. Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1994). Tampoco concurre en este caso, porque, como indica la sentencia a la que nos remitimos, la actora dispuso de tiempo más que suficiente para reflexionar y, en su caso, pedir consejo sobre la liquidación de la sociedad consorcial, puesto que desde que prestó su consentimiento al convenio de separación –sentencia de separación de 31 de mayo de 2002 y auto aprobando el convenio regulador de 1 de julio de 2002– hasta que se plasmó en la escritura de 25 de abril de 2003, y desde que se otorgó esta hasta que la ratificó el 14 de mayo de 2003, pasó un año, sin contar con las conversaciones anteriores que fueron recogidas en el convenio. No consta que durante todo este tiempo estuviera bajo el influjo de la enfermedad, según ha indicado, ni que se viera presionada de forma alguna. Por su puesto de trabajo en la empresa Carpintería Luis Campos, S.L., que mantuvo hasta la rescisión de su contrato de arrendamiento de servicios en marzo de 2003 –folio 78–, la actora conocía, o estaba en disposición de estarlo, no solo el estado y posible valor económico de sus bienes, sino los de la empresa. En consecuencia no puede alegar desconocimiento o error”.

En cuanto al error sobre la persona sólo invalidará cuando la consideración a ella haya sido la causa principal del mismo. Piénsese la donación hecha por los padres de un chico a la novia de éste por razón del futuro matrimonio, y por error lo hacen a una chica distinta.

En una liquidación de la sociedad de gananciales, por ejemplo, hecha bien en capitulaciones matrimoniales, bien en un convenio regulador, podría darse el caso de error de cuenta que como hemos dicho solamente daría derecho a su corrección sin que la misma se volviera ineficaz. Sin embargo, el error en la sustancia de una cosa, en una obra de arte o en una joya, por decir algún objeto, sí que supondría un error del consentimiento invalidante.

4.2. Violencia

Según el artículo 1267 CC: *“Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”*.

En cuanto a la violencia o coacción física, la jurisprudencia²⁹⁹ entiende que la misma suprime la voluntad de quien la sufre por lo tanto el pacto que se haya llevado a cabo sufriendo ésta violencia estaría sancionado con la nulidad plena, puesto que no se entiende que exista un vicio en el consentimiento, sino que el mismo no ha existido.

Aunque no es siempre en la práctica fácil de desligar la violencia de la intimidación tenemos que decir, que al menos en la teoría, la violencia supondría un ataque a la voluntad de manera física³⁰⁰, y se requiere que la misma sea irresistible³⁰¹.

²⁹⁹ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, Nº 340/ 2005 de 5 de mayo, ponente Carlos José de Valdivia Pizcueta.

³⁰⁰ Téngase en cuenta que si la violencia llega a tal extremo que anula completamente la voluntad no existiría un vicio de ésta si no que sería inexistente y por tanto no estaríamos en presencia de un vicio de la voluntad que haría anulable el contrato prestado de esta manera, sino que nos encontraríamos en un supuesto de total falta de voluntad y por ende de consentimiento y por tanto ante la nulidad del pacto celebrado.

4.3. Intimidación

Prosigue el artículo 1267 CC: *“Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.*

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”.

Como podemos extraer del transcrito artículo, el que sufre intimidación, debido a una coacción moral, se encuentra en una situación de temor racional y fundado de sufrir un mal propiamente en su persona o bienes o en la de su cónyuge, ascendientes o descendientes, viéndose en la

Un supuesto, aunque bastante improbable en la práctica, sería el que uno de los otorgantes cogiera la mano del otro y le forzara violentamente a firmar, en este caso la nulidad sería de pleno derecho por no existir voluntad.

³⁰¹ En cuanto a los requisitos para estimarse la violencia o la intimidación cabe reseñar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Nº 364/2005, de 7 de septiembre, ponente Antonio Carril Pan: *“Para resolver respecto del motivo, rechazado en la instancia por falta de prueba de la violencia o la intimidación invalidante, debemos partir de que la violencia, calificada en el art. 1.267 de fuerza irresistible, ha de ser anterior o coetánea con el acto de cuya nulidad se trata, pues necesariamente ha de ir dirigida a arrancar el consentimiento inválido por su concurrencia. Se exige así que se trate de una violencia grave, de calidad como para ser tenida por irresistible en el sentido de presentar tal consentimiento como necesario. Por lo que se refiere a la intimidación, diferenciada en el referido artículo la anterior, según constante jurisprudencia ha de quedar integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses (T.S. 5 marzo 1992), anulando su consentimiento, de manera que se produzca entre éste y la invocada intimidación un nexo causal (T.S. 11 marzo 1985). Se deriva, pues, de lo referido que la violencia requiere fuerza física grave encaminada a arrancar el consentimiento, y que la intimidación precisa de la existencia de una amenaza grave que determine la voluntad en forma contraria a los intereses de quien resulta intimidado.*

Es pues imprescindible que entre la violencia o la intimidación y el negocio cuya anulabilidad se pretende concurra una relación de causa-efecto, o lo que es lo mismo que la violencia o intimidación tengan como fin la realización de un determinado negocio o de determinadas condiciones del mismo”.

disyuntiva de ceder sometiéndose a la celebración del contrato que de otro modo no hubiera realizado, o por el contrario sufrir la amenaza que posiblemente ejercerá la otra parte contra él o las personas nombradas.

El Código Civil regula conjuntamente esta figura con la violencia, y es que en la práctica, hay ocasiones en que podría hacerse difícil delimitar los contornos de ambas figuras, aunque ciertamente poca utilidad tiene al ser tratados con la misma sanción, la nulidad³⁰². Lo interesante será discernir entre la falta total de voluntad, y cuando ésta está viciada, lo que supondrá la diferencia entre una nulidad radical de la simple anulabilidad.

Los requisitos necesarios para que se la intimidación son:

1º Una amenaza gravedad y que sea inminente, que puede provenir del otro contratante o de un tercero no interviniente.

2º Que se dirija contra uno de los contratantes o de las personas señaladas.

3º Infundir miedo o temor a la víctima y que sea racional y fundado. Para ello el Código nos dice que para calificar la intimidación se atenderá a la edad y a la condición de la persona. Además que el miedo reverencial no anulará el contrato.

4º Que la amenaza realizada sea ilícita o antijurídica.

5º La existencia de un nexo causal entre la intimidación y la declaración de voluntad, es decir que aquélla determine ésta.

En sede de pactos matrimoniales para apreciar intimidación será necesaria la existencia de una amenaza ilícita de sufrir un mal inminente y

³⁰² Para GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, “La intimidación en los contratos (Estudio jurisprudencial)”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, Y OTROS (Comité Organizador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1ª Edición, 2003: “Aunque la distinción entre violencia e intimidación tiene un escaso interés práctico goza de una rica polémica dogmática, sobre todo en orden al régimen jurídico del contrato celebrado por violencia, cuando el consentimiento para contratar se ha arrancado merced a una fuerza irresistible (art. 1267.I del CC). Esta distinción reside en la presencia o no de voluntad imputable a quien la pronuncia. En la intimidación hay voluntad porque el intimidado elige contratar a padecer el mal con el que se le amenaza, de manera que es reconocible su voluntad (*vis compulsiva, vis animo illata*), mientras que en la violencia hay supresión total de la voluntad del violentado (*vis ablativa, vis corpori illata*), aunque en ocasiones sea relativamente difícil separar ambas nociones”.

grave en su persona o bienes o la de su cónyuge, descendientes o ascendientes, que inspiren un temor racional y fundado en la persona de quien lo sufre, sin que sea por temor reverencial, y que sea determinante para realizar el pacto, pudiendo provenir del otro cónyuge o de un tercero³⁰³.

Sería posible y estaríamos dentro del caso típico de esta figura, si uno de los cónyuges amenaza al otro con suicidarse si no firma determinado pacto, pues se trataría de infringir (más bien auto infringirse) un mal en la persona del cónyuge.

³⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, núm. 75/2000, de 12 de febrero, ponente José Ramón Godoy Méndez, “*Sostiene la actora y pretende que así se declare, que las capitulaciones matrimoniales de fecha 26 de marzo de 1988 son nulas por haber sido otorgadas mediando intimidación. Ciertamente es que, como se expresa en la sentencia de instancia, la accionante no singulariza la consistencia y especificación temporal del invocado forzamiento de su voluntad negocial y que a la actora incumbía, no sólo precisar y exteriorizar con mayor detalle expositivo en qué consistió esa intimidación y cuándo fue ejercida, sino cuándo concluyó. En definitiva no se estima la concurrencia del citado vicio del consentimiento al contraponer, entre otros factores, como así se indica, frente a las subjetivas apreciaciones contenidas en la testifical practicada el dato objetivo de la testifical del Notario interviniente en la redacción de las escrituras discutidas. Frente a tal consideración cabe subrayar que aquellas subjetivas apreciaciones no son precisamente un dato baladí, si nos atenemos al hecho de que entre tales testimonios figura el del único hijo de los litigantes, bien que intervenga como reconviniendo al contestar a la demanda tras la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, así como los testimonios de hermanos y otros familiares de la actora, cuyas declaraciones cobran especial significación si nos atenemos al hecho de que el hijo y un hermano de la actora convivían con los litigantes en el domicilio familiar del Pazo de Eiroás, expresando que el demandado tenía totalmente anulada la capacidad de decisión de su esposa, a la que amenazaba constantemente, o que el dicente veía acobardada a su hermana e influenciada por su marido, que la amenazaba continuamente con matar a su familia y suicidarse, etc. Del carácter violento del demandado no deja margen alguno de duda la sentencia del Juzgado de lo Penal de Ourense, que lo condena por agredir a su hijo dándole un golpe en la cabeza con una hacha tras levantarse de la mesa tras el almuerzo familiar. El momento de cese de tal situación de intimidación o violencia es un dato que no ofrece duda alguna, puesto que si doña Amalia toleró muchas cosas en cuanto se produce la agresión de su esposo a su hijo ambos de inmediato presenta demanda de separación conyugal, que efectivamente se produce por sentencia de fecha 17 de junio de 1992 incorporada a estos autos.*”

Lo que antecede debe ponerse en relación con la doctrina de que en materia de la prueba sobre intimidación ostentan un singular relieve las pruebas indirectas, como son la realización de negocios jurídicos notoriamente perjudiciales para el patrimonio del supuesto sujeto pasivo de la intimidación, como así efectivamente acaece con las capitulaciones matrimoniales estipulada en notorio quebranto de los intereses de la esposa como veremos a continuación”.

4.4. Dolo

Para encontrar una definición del dolo hay que ir al artículo 1269 CC, en sede de los contratos, y siendo uno de sus requisitos esenciales el consentimiento, el Código se encarga de definir uno de sus vicios diciendo *“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”*.

Así de este artículo se desprenden varias características destacables del dolo a tener en cuenta para determinar si existe dolo en un pacto matrimonial y por tanto el consentimiento prestado por una de las partes está viciado y por tanto el negocio jurídico es anulable.

En primer lugar es necesario que existan palabras o maquinaciones insidiosas³⁰⁴ por parte de uno de los contratantes, es decir, que las mismas no pueden provenir de cualquier persona, sino que tienen que proceder de la otra parte, en este caso del otro cónyuge que intervino en el pacto.

En segundo lugar hace falta que el dolo provenga de solo una de las partes y no sea empleado por las dos. Tampoco puede venir de un tercero.

Además es necesario que exista cierta gravedad, de forma que el dolo meramente accidental solamente obligará a quien lo empleó a indemnizar los daños y perjuicios causados a la otra parte, pero sin anular el acto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1270 del Código Civil. Sin embargo, los casos más graves de dolo que anulen el consentimiento darán lugar a la nulidad absoluta.

³⁰⁴ El dolo también puede ser omisivo, como así ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras Sentencia de 27 de septiembre de 1990, Ponente Ramón López Vilas, *“... conforme a lo dispuesto en el art. 1.269 del C.C., el dolo civil se caracteriza por ser el producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, abarcando según tiene esta Sala en Sentencias, entre otras, de 26 de octubre de 1981 y 15 de julio de 1987, no solo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, ...”*.

Y por último, que haya determinado el ánimo de la persona que lo ha sufrido, siendo que si no hubiera intervenido el dolo la persona no hubiera realizado el negocio jurídico de familia³⁰⁵.

³⁰⁵ Respecto del dolo y sus requisitos, la Sentencia de la AP de Las Palmas, Secc. 4ª, núm. 65/2004, de 29 de enero, ponente Julio Manrique de Lara Morales. *“Según lo expuesto, cabe recordar que el dolo, como vicio del consentimiento o de la declaración de voluntad que integra el mismo, es definido en el artículo 1269 del Código civil, que precisa que existe dolo «cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de un de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho» y añade el artículo 1270 de dicho cuerpo legal que «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave». Este concepto legal de dolo, ha dado lugar a uno de los cuerpos de doctrina más elaboradas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, proclamando, con reiteración, que en dicho concepto cabe distinguir dos elementos: uno subjetivo, como voluntad o deseo de orientar la voluntad de la contraparte en un determinado sentido o infracción voluntaria de un deber jurídico que pesa sobre la parte que lo produce (elemento subjetivo); y otro, material u objetivo, integrado por el medio o los actos externos, omisiones o silencios a través de los cuales se realiza o manifiesta el elemento subjetivo; mientras en el primero de esos elementos constituye una «quaestio juris», el segundo es una cuestión de hecho, cuya valoración es función soberana del Tribunal de instancia, no revisable de casación, según se ha expuesto en anteriores fundamentos de derecho (...).*

Atendiendo a esta descripción, cabe traer a colación la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001 que señaló que: «(...) esta Sala ha declarado que el dolo determinante de la decisión de otorgar un contrato, según lo contempla el art. 1269 del Código Civil, puede constituir no sólo en la insidia o maquinación directa sino también en la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte». Por su lado, la Sentencia de este mismo Tribunal de 29 de diciembre de 1999 declaró, respecto de los elementos del dolo para ser apreciado que: «los requisitos que según la doctrina se exigen para que el dolo pueda actuar, y que son plasmados en la Sentencia de esta Sala, de 11 de mayo de 1993, como son: a) una conducta insidiosa dirigida a provocar la declaración negocial, b) que la otra voluntad negociadora quede viciada en su libertad y conocimiento por tal conducta, c) que todo ello determine la acción negocial, d) que sea grave, y e) que no se haya causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes». Y, en esta orientación, la Sentencia de 21 de julio de 1993 que señaló lo que a continuación se transcribe: «Conforme a lo dispuesto en el art. 1269 del Código Civil, el dolo civil se caracteriza por ser producto de la astucia, maquinación o artificio, incidente en el motivo esencial determinante de la decisión de otorgar el contrato, abarcando según tiene declarado esta Sala (...) no sólo la insidia o maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte». Por último, conviene también reseñar los argumentos de la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 1999 que se expresó del siguiente modo: «Nuestro Código, amén de la acepción del dolo que ofrece como vicio del consentimiento (art. 1269 CC), estudia tal manifestación de culpabilidad en sede de incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. CC) y lo configura como el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación surgida como consecuencia de la perfección del contrato, y a diferencia del dolo penal, no se basa, exclusivamente, en la intención de dañar, sino en la de quebrar la norma, equivaliendo, por ello, a la mala fe. Por esta vía, la jurisprudencia entendió dolosamente queridos los resultados que sin

5. RESCISIÓN

ser intencionalmente perseguidos, aparecerán «como consecuencia necesaria de la acción» surgiendo el llamado dolo eventual, como una de sus manifestaciones fronterizas con la culpa consciente o culpa con previsión. No es preciso, en consecuencia, para entender el quebrantamiento contractual, una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento (...), sino que el infractor se represente como posible, a consecuencia de su acción, el resultado prohibido y, pese a ello, consienta en llevar a cabo la misma. No constituye lo anterior equiparar el dolo y la culpa, pues las dos resultan ser manifestaciones sucesivas de la culpabilidad, aunque sea, ciertamente, difícil distinguir el dolo que la doctrina ha llamado en llamar eventual, de la denominada culpa consciente por cuanto, precisamente, es esa «tierra de nadie», es donde ha sido aquél residenciado».

A la vista de todo ello, no cabe más que declarar, coincidiendo con la sentencia de instancia, la real existencia de una conducta dolosa por parte del ahora apelante, desde el instante mismo que en autos se ha comprobado la minusvaloración de los bienes incorporados en la escritura de capitulaciones matrimoniales cuya nulidad ha sido postulada por los actores; la más patente desigualdad entre el patrimonio adjudicado al esposo, asumiendo la titularidad de todos los inmuebles que en dicha escritura se incluyeron, frete al correspondiente atribuido a la esposa, dinero en efectivo, y en correspondencia con su importe; así como la ocultación de otros bienes de notorio valor económico y que el demandado ha terminado incorporando a su propio patrimonio. De ello se infiere que el consentimiento de la esposa al otorgar estas capitulaciones, y no debe desconocerse que el proceso terminal que le afectaba en el momento de su firma, estuvo viciado «ab initio», constituyendo la actuación del esposo ya descrita una verdadera actitud dolosa, resultando del todo punto ventajoso y provechosa para sus propios intereses, en perjuicio evidente para aquella, siendo más que indiscutible el rentable y lucrativo patrimonio que asumió en virtud de sus capitulaciones, adjudicándose todos los bienes inmuebles que en la tan repetida escritura se incluyeron, con notoria repercusión, dada su más evidente capacidad de revalorización, en su propio beneficio, y todo ellos en confrontación con lo adjudicado a su esposa, a lo que hay que añadirse la maniobra de ocultación de los bienes a los que se ha hecho referencia y la más que acreditada incorporación de los mismos a su exclusiva titularidad. No puede, en los términos expuestos, haber lugar a dudas, y con base en tales premisas, a considerar que hay una clara aparición del dolo a través no solo de una maquinación directa, sino también una reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que ello lo pueda invalidar la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (...), lo que permite concluir que en la parte apelante ha habido una conducta insidiosa que, unido a la coincidencia con la instancia en la falta de causa, pues, por más que el apelante insista en lo contrario, no se ha acreditado la afectiva entrega del dinero a la esposa, conlleva necesariamente a reputar acertadamente declarada la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por el apelante y su esposa el 14 de abril de 1998 (...), desestimando, en consecuencia, el recurso de apelación articulado por el apelante y confirmando la sentencia de instancia en su integridad”.

En sede de contratos, el Código Civil prevé que los mismos, incluso siendo válidos, se puedan rescindir en una serie de casos establecidos por la ley, como lo recoge el artículo 1290.

Acto seguido en el siguiente artículo se prevén una serie de supuestos en los que son admisibles esa rescisión contractual.

Por lo que aquí interesa vamos a ver los supuestos que pueden afectar a la eficacia de los pactos matrimoniales.

Antes de entrar a verlos, tenemos que hacer una distinción entre la rescisión y la nulidad. Recogemos lo dicho por Montañana³⁰⁶: *“Las diferencias entre rescisión y nulidad vienen marcadas por su distinto origen, en cuanto la nulidad absoluta o relativa parte de la carencia o vicio sustancial, respectivamente, de los elementos del contrato, mientras que la rescisión presupone que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, si bien concurren en ella determinadas circunstancias –en general un agravio jurídico-económico– que obstan su eficacia. También se distingue por sus distintos efectos, ya que la nulidad invalida siempre el acto o contrato, mientras la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado, su consecuencias no afectan a todos los interesados o se traducen en una indemnización que compensa la lesión inferida”*.

Interesante es la reflexión que hace Martín Pérez³⁰⁷ acerca de la conexión de esta figura con la autonomía de la voluntad.

Además este autor pone de manifiesto que *“La ineficacia derivada de la rescisión se debe a irregularidades que acaecen en el momento de celebrar el contrato que afectan a «principios pretendidamente objetivos de justicia*

³⁰⁶ MONTAÑANA CASANÍ, AMPARO, *La rescisión por lesión (Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 104.

³⁰⁷ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, ob. Cit., pág. 25. Dice el citado autor *“Si se busca una institución que sirva para observar los diversos avatares experimentado por el ámbito de la autonomía que el ordenamiento reserva a los sujetos en el campo económico –y, por tanto, en la contratación– se encontrará, sin duda, en la historia de la rescisión por causa de lesión. Y es que la actitud que se adopte ante la rescisión está necesariamente condicionada por el desenlace de un problema mayor, aquel que trata del conflicto entre la autonomía privada a través del principio de libertad contractual y el principio de justicia contractual en su manifestación de justo equilibrio entre las prestaciones”*.

conmutativa» –como en los contratos rescindidos por lesión–, o «a los derechos de terceros» –como sucede en los contratos revocados por ser celebrados en fraude de acreedores–; irregularidades que, teniendo un carácter «funcional», dan lugar a una ineficacia en sentido estricto. El hecho que la rescisión no sea oponible a terceros adquirentes (art. 1295), confirma que no es el contrato el que resulta atacado, sino su eficacia inter partes”.

En cuanto a los efectos que producirá la rescisión será la restitución de los bienes que han intervenido en el pacto matrimonial al estado en que se encontraban antes de realizar la partición, como así recoge la jurisprudencia *“En cualquier caso, el que se encuentre uno de los bienes en poder de tercera persona, nada empece al ejercicio de la acción rescisoria, porque la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce ex tunc con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses. En cuanto a los bienes en poder de tercero de buena fe, significa tan sólo que se excluyen tales efectos rescisorios a cargo de dicho tercero, pero el causante de la lesión o fraude está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados”*³⁰⁸.

Ahora sí vamos a ver los supuestos de rescisión que pueden afectar de modo alguno a los pactos matrimoniales.

5.1. Fraude a acreedores

El artículo El apartado tercero del artículo 1291 del Código Civil dispone³⁰⁹ que son rescindibles *“Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”*.

³⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Nº 767/2001, de 23 de julio, ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

³⁰⁹ Como ponía de manifiesto ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, “Notas acerca de la acción de rescisión por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia”, Revista General del Derecho, Nº 520 – 521, 1988, págs. 61 – 79, el Código Civil no presenta una regulación completa de esta figura, sino que en palabras del citado autor: *“No obstante, nuestro Código Civil, pese a la importancia de esta acción, presenta una regulación claramente deficitaria tanto en sus rasgos o perfiles*

Antes de entrar en el fraude a los acreedores tenemos que indicar la diferencia, siguiendo a Yáñez³¹⁰ entre el acto estatuario y el acto liquidatorio como dos fases diferentes, así la autora indica *“De un lado hay que distinguir el acto que configura el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales: el acto normativo de estipulación, modificación, o sustitución del régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes, y, de otro lado, el subsiguiente o consiguiente acto liquidatorio de la sociedad de gananciales, que suele constar en el mismo instrumento capitular, aunque no se trata de un acto sometido a forma ad solemnitatem como lo es el del cambio de régimen”*.

Pues bien el perjuicio causado a los acreedores, aunque en principio puede provenir de ambas fases y por tanto ambos actos podrían ser rescindido, normalmente será el segundo el que será el de mayor objeto de impugnación.

Como pone de manifiesto Vargas³¹¹ si el acreedor es ganancial no resultará perjudicado por el propio acto capitular si no va seguido de liquidación, pues podrá hacer efectivo su crédito contra la comunidad post ganancial que aún no está disuelta. Sin embargo si el acreedor es privativo el simple acto capitular le perjudica en cuanto que se ve privado de

dogmáticos como en sus presupuestos y requisitos. En este sentido al margen de su consagración formal, último párrafo del artículo 1.111 y número 3º. del artículo 1.291, de la reiteración de carácter subsidiario, artículos 1.294 y 1.298, del apoyo de las presunciones, artículo 1.297, o del confuso procedimiento de restitución 1.295, nuestro Código Civil ofrece una base muy escasa para la solución de variadas y diversas cuestiones que afectan de forma directa a la configuración y aplicación de esta acción rescisoria. Así, por lo menos, lo debemos entender respecto de la finalidad y función de la acción, de la definición del fraude, y de la exposición suficiente de los presupuestos y requisitos necesarios para su aplicación”.

³¹⁰ YAÑEZ VIVERO, FÁTIMA, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pág. 121.

³¹¹ VARGAS BENJUMEA, INMACULADA, *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Mecanismos de Defensa para el Acreedor Perjudicado*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2014, Pág. 165.

embargar bienes gananciales concretos y solo puede ir contra la cuota abstracta que le corresponda al deudor.

En cuanto a la acción de rescisión tenemos que decir que prescribe a los cuatro años, además, es subsidiaria y solamente ejercitable cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio que le hayan causado³¹².

En cuanto a los requisitos que se requieren para que esta acción prospere son los siguientes:

En primer lugar es necesario que exista un crédito u obligación de carácter patrimonial a favor del acreedor que pretenda la revocación de un acto, y que este sea anterior al acto que se pretenda rescindir.

Segundo, un acto válido de carácter patrimonial que disminuya el patrimonio del otorgante, en este caso a través de la liquidación del régimen económico o cualquier otro pacto matrimonial de carácter patrimonial que reduzca el patrimonio del cónyuge deudor.

En tercer lugar que el acreedor haya sido perjudicado³¹³ objetivamente por tal acto³¹⁴, se entenderá que existe este perjuicio cuando la disminución del patrimonio haga imposible el cumplimiento de la obligación.

³¹² Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1990, Ponente Santos Briz: “*b) Pero prescindiendo de esa importante infracción de normas que rigen la casación, que es común a ambos motivos, en cuanto al primero se acusa la infracción por no aplicación del artículo 1.111 del Código Civil, regulador de la llamada acción paulina o revocatoria; acción que, entre otros caracteres, tiene el de ser de aplicación solamente subsidiaria y restrictiva. c) Por tanto, únicamente careciendo de todo otro precepto legal aplicable lo sería el artículo 1.111 citado...*”. Y más recientemente la Sentencia 982/2005 de 21 de noviembre, ponente Antonio Salas Carceller: “*La acción rescisoria por fraude prevista en el artículo 1.291-3º del Código Civil, en relación con el 1.111 del mismo código, requiere la acreditación de que se ha producido una actuación fraudulenta y, además, tiene carácter subsidiario para los acreedores, como señala dicho apartado 3º del artículo 1.291 al referirse a «cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba», subsidiariedad que expresamente se establece en el artículo 1.294 del Código Civil*”.

³¹³ Pone de manifiesto JEREZ DELGADO, CARMEN, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 125; la distinción que hace el Código Civil entre actos onerosos y gratuitos para la impugnación de los actos por fraude, “*en el ejercicio de la acción requiere la prueba del elemento subjetivo cuando se trata de contratos onerosos (ánimo de defraudar o, al menos, conocimiento del fraude en ambos contratantes); mientras que la impugnación de los actos gratuitos*

La finalidad de la rescisión de las capitulaciones matrimoniales será el restituir la situación patrimonial de los cónyuges al estado que se encontraba con anterioridad al acto que fue realizado en fraude de acreedores.

Algunos autores³¹⁵ ponen de manifiesto la naturaleza personal de esta acción, y señalan que *“no persigue directa e inmediatamente los bienes, sino que va contra el acto que privó de aquellos al patrimonio del deudor; aunque, naturalmente, como consecuencia de la ‘revocación’ de tal acto, los bienes quedan al ‘alcance’ del acreedor –para que pueda cobrarse sobre ellos– ‘como si siguieran en el patrimonio de aquel’, pero no los lleva la acción, si prospera, a manos del acreedor”*.

Un punto a señalar dentro del fraude a los acreedores, tenemos que hacer mención a las donaciones que se pueden otorgar por razón del matrimonio o entre los cónyuges.

El artículo 643 del Código Civil establece *“No mediando estipulación al respecto al pago de dudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.*

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ellas”.

Aunque la doctrina no es unánime en la interpretación de este artículo la mayoría, relacionándolo con el art. 1297 CC³¹⁶, entiende que el acreedor

requiere tan sólo la prueba del daño derivado del acto y prescinde de cual fuera la intención o conciencia de los contratantes”.

³¹⁴ Ya ponía de manifiesto ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. José María Bosch editor, Barcelona, 2ª Edición, 1992, el cambio de la doctrina tradicional que exigía una acción dolosa o intencional a la tendente objetivación de la figura.

³¹⁵ Entre ellos De Castro o Albadalejo, como recoge MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, ob. Cit., pág. 367.

³¹⁶ El citado artículo establece: *“Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”*.

puede rescindir la donación, si es el único medio que tiene para poder hacer efectivo su crédito.

Para finalizar tenemos que hacer referencia a la diferenciación que hace Cutillas³¹⁷ al distinguir entre fraude de acreedores y perjuicio, manifestando *“A este respecto se ha dicho por la doctrina que le género es el perjuicio y la especie el fraude. Y ello en base a que si hay fraude hay perjuicio, pero puede haber perjuicio sin haber fraude, salvo que se pretenda una objetivación total de la idea de fraude”*.

5.2. Por lesión a uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales

Esta rescisión no está prevista de forma directa en la Ley, sino que para llegar a ella tenemos que conjugar varios artículos del Código Civil. En primer lugar debemos acudir al apartado quinto del artículo 1291 que por vía residual en su apartado quinto prescribe que son rescindibles *“Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley”*. Luego tenemos que acudir a la remisión que nos hace el art. 1410 respecto de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, que prescribe *“En todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas de tasación y ventas de bienes, división de caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la participación y liquidación de la herencia”*. Para finalmente llegar al art. 1074 CC *“Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas”*.

Entiende Martín Pérez³¹⁸ que la rescisión por lesión no es incompatible con la libertad contractual, es más, añade *“La presencia de un*

³¹⁷ CUTILLAS TORNS, JOSÉ M^a, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000, Pág. 138.

³¹⁸ MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, ob. Cit., pág. 41.

desequilibrio entre las prestaciones de un contrato oneroso es, normalmente, el resultado y el síntoma de una alteración in concreto del desarrollo de la autonomía privada. La rescisión viene precisamente a remediar esa anomalía, al introducir un control de funcionalidad que persigue la tutela del interés de un contratante respecto al interés del otro, inspirándose en la exigencia de restaurar el equilibrio económico o, en todo caso, de respetar el sentido que la operación debía razonablemente tener para ambas partes”.

El fundamento de esta rescisión lo encontramos en la necesidad de reparación del perjuicio económico causado y no en un vicio del consentimiento como sentencia el Tribunal Supremo³¹⁹: *“La rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código civil (arts. 1.410 y 1.074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (art. 1.290), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser corregida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen. Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión.*

En consecuencia, debe aplicarse la doctrina que afirma la posibilidad de que se aplique la rescisión por lesión en más de la cuarta parte que contempla el artículo 1074 del Código civil que la permite salvo el caso del artículo 1075 por el principio de la soberanía de la voluntad del causante. Así, la doctrina jurisprudencial que aplica el artículo 1074 del Código civil a todos los casos de partición salvo la hecha por el testador, complementando el ordenamiento jurídico conforme al artículo 1.6 del Código civil, es contraria a lo resuelto por la sentencia objeto de este

³¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo N° 108/2014, de 19 de febrero, Recurso N° 15/2012, ponente Xavier O’Callaghan Muñoz.

recurso, respecto a los razonamientos que emplea para estimar la demanda.”.

Y existe esta necesidad de reparación del agravio económico se basa en el artículo 1404 del Código Civil que impone la división del remanente del haber de la sociedad de gananciales por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

En cuanto a los requisitos necesarios para que prospere esta acción podemos señalar los siguientes:

- Lesión o agravio en el patrimonio de uno de los cónyuges por la liquidación de la sociedad de gananciales y la posterior adjudicación de los bienes, realizada tanto en capitulaciones matrimoniales como en el convenio regulador.

- El perjuicio sea debido a la sobrevaloración de alguno/s de los bienes adjudicados al perjudicado o a la infravaloración de los adjudicados al demandado.

- Que sea de más de una cuarta parte del valor en el momento de adjudicación de los bienes.

- Poder acreditar el perjuicio sufrido, dado que le incumbe la carga de la prueba.

- No haber enajenado todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados, según lo dispuesto en el art. 1078 CC.

Respecto al tiempo en que se puede ejercer esta acción es en el plazo de cuatro años, según lo prescribe el art. 1076 CC, contados desde que se hizo la partición.

Tenemos que apuntar que la omisión de algún objeto o valor de la sociedad de gananciales no da lugar a que se rescinda la partición realizada por lesión, sino a que se complemente o adicione con los objetos o valores omitidos, como se desprende del art. 1079 CC, por remisión del art. 1410 CC³²⁰.

³²⁰ En este sentido STS 410/1997, de 16 de mayo, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez: “...*En conclusión*”, por lo que vale lo razonado también o que luego se razona, respecto a la prescripción declarada), es claro que, como se dice, el motivo centra la impugnación en el concreto aspecto de la prescripción apreciada en punto a la acción sobre la infravaloración de los bienes incluidos en la liquidación de la

Los efectos que producirá la rescisión los encontramos en el art. 1077, de forma que el cónyuge demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a una nueva partición. De elegir la primera opción la indemnización puede ser en numerario o en la misma cosa en que

sociedad de gananciales y recogido en susodicho Convenio de 23-4-1986; y es que la apoyatura del motivo es bien endeble, porque la sanción contenida en ese art. 1079 debe conducir a su interpretación literalista, en el sentido de que se está refiriendo a la omisión que, en su caso, se padezca en la correspondiente partida de la partición recayente en alguna de las dos realidades económicas perfectamente diferenciadas, es decir, una referente a los objetos materiales o corpóreos y otra sobre los valores o títulos o derechos de indiscutible naturaleza inmaterial, por lo cual no es posible compartir la otra tesis o posición sostenida en el motivo de que al hablar de "valores" deba referirse a un aspecto cuantitativo de la valoración del bien (o defecto de la misma o su avalúo) de que se trate de la herencia en cuestión; en consecuencia, bajo la prevalencia de esa interpretación literalista, es evidente que siendo esta la única diatriba del motivo, el mismo perece, pues, a tenor de la "Ratio Petendi" ejercitada tanto en su aspecto de Adición de la liquidación, como en el de complementación por infravaloración de la misma se apoya en los Arts. 1079 en relación con el 1410 del C.c., y acreditada como "Facta" inalterables la inexistencia de esa denunciada omisión e improcedencia de la pretendida Adición, se subraya, sobre la segunda acción, que el defecto de valoración denunciado en la tesis del recurso implica, obvio es, que la adjudicación tras la liquidación contenida en la escritura de 4-6-1986, irrogó la correspondiente lesión a la parte recurrente, lo que es atacable mediante la correspondiente acción rescisoria, que es, cabalmente, la calificación de la ejercitada según la Sala "A Quo", por lo que, en definitiva, no solo por la preceptiva interpretación prevalente del Art. 1079, que no es, pues, aplicable al litigio, sino, ya dentro de los términos de la estricta acción rescisoria de la partición, hay que referirse a los Arts. 1074 y 1076 en donde se establece perfectamente el plazo de 4 años para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión, que es el objetivo perseguido con esta llamada acción por infravaloración, o impedir el perjuicio o lesión que ha padecido la parte recurrente; prescripción que, como aprecia la Sala, se ha consumado a raíz del "diez a quo" de la fecha de la escritura del Convenio de 4-6-1986, sin que, por último, la tesis que se sostiene pugne o contradiga la que, en su caso, se sostuvo en Sentencia de 26-2-1979, o, incluso en la más reciente de 27-6-1995, porque, en puridad, en ambas se contemplaba la denuncia de la partición por omisión de bien concretos y no, como en Autos, en que se acusa una supuesta infravaloración de ciertos bienes, lo cual -se reitera- no encaja en este repetido precepto, y sí en el 1074 C.c., siguiendo así, además, a la doctrina más especializada, que explica por ello la razón de ser de este último; y sin que tampoco "ex abundantia" pueda omitirse que, también esos bienes objeto de la pretendida infravaloración se contemplaran en el convenio regulador de 23-4-86, suscrito por los interesados en los acuerdos que aparecen en el F.J. 3º, los que con independencia de que no estuviesen aprobados judicialmente, en razón de lo dispuesto en el Art. 90 apartado. 5º C.c., como dice la Sala, los mismos, tienen una significativa fuerza vinculante para las partes, en el sentido de que no habiéndose acreditado ninguna causa que vicie el consentimiento prestado, deberá prevalecer el contenido de los mismos; por todo ello, procede la desestimación de recurso y confirmación de lo así resuelto".

resultó el perjuicio; en caso de optar por la segunda, realizando una nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni recibido más de lo justo.

Por último tenemos que señalar que no cabrá plantear la acción de rescisión de un pacto matrimonial por lesión a uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando se ha realizado una renuncia anticipada a tal acción³²¹.

³²¹ Respecto de la renuncia anticipada a la acción de rescisoria por lesión, la Sentencia del Tribunal Supremo 1017/2008, de 30 de octubre de 2008, ponente José Almagro Nosete. *“Siendo incuestionable pues, que las capitulaciones contienen un acuerdo liquidatorio que parte de un valor de los bienes aceptado libre y voluntariamente por ambos esposos, quienes por esta razón renuncian a la acción rescisoria que pudiera fundarse en una eventual lesión apreciada a partir de tomar en consideración un diferente criterio de valoración (como sería el atender al valor real o de mercado de los bienes gananciales), lo único que resta por dilucidar es si esta renuncia anticipada es admisible, y debe surtir efectos en el presente caso, a lo que debe darse una respuesta afirmativa. En cuanto a la validez de la renuncia anticipada a la acción rescisoria por lesión, señala la reciente Sentencia de 19 de marzo de 2008 que «resulta habitual reproducir la opinión que entiende que la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes en torno a la admisión de la validez de la acción de rescisión por lesión en las particiones. A tal efecto, se cita la ya antigua sentencia de 11 junio 1957 que determina la validez de la renuncia cuando el renunciante conocía “todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y la existencia de la lesión”; sin embargo, en realidad tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que puede mantenerse la validez de la renuncia cuando no concurre un vicio de la voluntad o de cualquier causa que pueda producir la invalidez de los negocios jurídicos, “pues es de cuenta del interesado el no renunciar si no está seguro de lo que se juega [...]”. Así, la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo la validez de las renunciaciones efectuadas en convenios siempre que tengan las características de ser “[...]claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta” (SSTS de 22 febrero 1994 y 6 marzo 2003). La sentencia de 22 febrero 1994 admitió la renuncia diciendo que “[...]Así las cosas, es lógico entender que se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse en la escritura que nada tienen que reclamarse las partes de la misma con fundamento en los mismos hechos de los que la Audiencia ha partido y que se han explicitado con anterioridad. Se trata, en suma, de una liquidación y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, y no se ha hecho; y que el recurrente la consintió y firmó libremente, pues no se han probado sus alegaciones de coacciones para hacerlo”; la sentencia de 6 marzo 2003, después de señalar que no había existido desequilibrio económico en la partición de los gananciales, añadía en lo relativo a la renuncia que “[...]En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta para la estimación de la demanda la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca; y, además, se deduce de hechos, actos o*

5.3. Influencia del transcurso del tiempo. La cláusula rebus sic stantibus

El transcurso del tiempo puede afectar a los pactos matrimoniales de diversas formas.

Uno de los pactos matrimoniales que se pueden ver aquejados por el paso del tiempo, es el convenio regulador.

Este es el único caso que está previsto en la legislación, estando regulado el procedimiento de modificación de medidas ya definitivas que se hayan fijado con ocasión de un proceso de separación, divorcio, nulidad, o de medidas de hijo extramatrimonial, hayan sido éstas dictadas tanto en un procedimiento contencioso, como si lo ha sido en virtud de aprobación

conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de las circunstancias en las que el convenio se produjo" y lo mismo ocurre en la sentencia de 17 marzo 2006, referida a la partición de bienes hereditarios, que admite la renuncia tácita a la rescisión, doctrina aplicable a la de los bienes gananciales, dada la remisión efectuada por el artículo 1410 CC ». Esta doctrina es perfectamente aplicable al supuesto de autos pues, tanto en el caso analizado por dicha sentencia, no consta que se haya impugnado la validez de la renuncia por un vicio de la voluntad, lo que hace que no exista obstáculo para tenerla por plenamente eficaz, habida cuenta que la renuncia es también aquí clara y de interpretación unívoca y se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, dado que los dos cónyuges de mutuo acuerdo, conociendo sobradamente las circunstancias de hecho relativas al patrimonio ganancial, decidieron transigir sobre el valor que había de darse al haber partible, aceptando el hoy recurrente la adjudicación de todos los bienes inventariados a la esposa, no por su valor real sino por el que libre y voluntariamente se había señalado en la escritura, conformándose a cambio con recibir su mitad en metálico junto a una pensión por desequilibrio, siendo además esa voluntad de renunciar consecuencia lógica de la intención expresada por los mismos cónyuges en los acuerdos previos, los cuales además, por ser fruto de largas negociaciones paralelas al proceso de separación contencioso encaminadas a dar rápida solución a las consecuencias económicas de la ruptura, hacen inverosímil que el recurrente tuviera un conocimiento erróneo o equivocado de los bienes a repartir, del valor que se estaba dando a los mismos, y de las consecuencias de su renuncia. Todo lo expuesto justifica el íntegro rechazo de la pretensión rescisoria contenida en la demanda, pues la misma funda el perjuicio en la inexistencia de una renuncia que debe tenerse por cierta, y en valoraciones de mercado, ajenas a las que fueron aceptadas, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida”.

judicial de un convenio pactado por los cónyuges o progenitores, en el seno de un procedimiento de mutuo acuerdo.

El Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha reconocido que el trascurso del tiempo puede influenciar en las condiciones que se tuvieron en cuenta a la hora de establecer una medida en el convenio regulador, no siendo suficiente el simple lapso del tiempo, sino que durante el mismo se hayan producido un cambio en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su pacto o concesión judicial.

Así en relación con la pensión compensatoria se ha pronunciado el citado Tribunal en numerosas ocasiones³²²: *“La doctrina de la Sala tiene sentado (sentencia 446/2013, de 20 de junio, rec. 876/2011 y 641/2013, de 24 de octubre, rec. 2159/2012 que: «Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas- alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del percceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC).*

Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS 27 de octubre 2011, 20 de junio 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida -vitalicio-»”.

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la acción para que se pueda llevar a cabo tal modificación. El art. 775 establece *“El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso los*

³²² Recogidas en STS, Sala de lo Civil, N° 69/2017, de 3 de febrero, Recurso N° 2098/2016, ponente Eduardo Baena Ruiz.

cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

De igual forma el Código Civil prevé la modificación de las medidas definitivas en el artículo 90.3 *“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismo requisitos exigidos en este Código”.*

Interesante es también el caso en que se plantea una modificación de medidas con ocasión del nacimiento de nuevos hijos de una relación posterior y por la que se pretende la rebaja de la pensión de alimentos establecida con anterioridad al nacimiento de éstos.

Si bien es cierto que muchos Juzgado han venido denegando ésta petición bajo el argumento de que el nacimiento de nuevos hijos es un hecho libre ejerciendo la libertad del que decide tenerlos y que ello no es óbice en modo alguno para condicionar o limitar los derechos de los hijos anteriores, viendo a querer decir que si uno decide tener otro hijo es porque es capaz de mantener a los que tenía más el que decide traer al mundo, éste argumento ha sido corregido o más bien matizado por el Tribunal Supremo estableciendo³²³: *“La sentencia 30 de abril 2013, que reproducen las sentencias de 21 de septiembre y 21 de noviembre 2016 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente:*

«el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta

³²³ Doctrina recogida en la citada Sentencia N° 61/2017, de 1 de febrero, Recurso N° 1928/2016, ponente José Antonio Seijas Quintana.

obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad»”.

Dado que la sentencia dictada en el proceso de familia goza del efecto de cosa juzgado, su modificación solamente se podrá plantear cuando existan unas circunstancias concretas que justifiquen su interposición.

Así se vienen exigiendo unos requisitos para la admisión a trámite de las demandas de modificación de medidas, que son los siguientes:

1º Que haya habido una modificación o alteración de las circunstancias tenidas respecto de cuando se dictaron las medidas definitivas;

2º Que el cambio dicho sea sustancial, es decir, que tenga entidad suficiente, no siendo suficiente un cambio irrelevante;

3º Que no haya sido buscado ni querido por las partes, en definitiva, que el cambio haya sido involuntario;

4º Debe de ser con cierto grado de permanencia o estabilidad, no procediendo cuando se trate de un cambio pasajero;

5º Que sea imprevisto o imprevisible, es decir, que en el momento de haber fijado las medidas o los pactos no se haya podido prever.

Pero no solamente un convenio judicialmente aprobado, en este caso, se puede ver afectado por el transcurso del tiempo. Sino que otros pactos matrimoniales también pueden verse perjudicados por el paso del tiempo³²⁴.

Tanto en el momento de hacer valer unas capitulaciones matrimoniales como cualquier otro pacto prematrimonial en previsión de una futura ruptura, podría haber transcurrido bastante tiempo y que este afecte de un determinado modo el cumplimiento de lo pactado. Incluso un convenio regulador que no ha sido aprobado judicialmente podría verse en la misma situación; pensemos el caso en que los cónyuges pactan un convenio en el seno de una separación de hecho y años más tarde deciden interponer

³²⁴ Como señalan ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 1ª Edición, 2013, pág. 25: “El contrato, una vez perfeccionado, vincula a las partes y tiene vocación de permanecer vinculante incluso en el caso de que se produzca un cambio de circunstancias (de acuerdo con el principio «pacta sunt servanda»... No obstante, pueden darse circunstancias que van más allá de las expectativas razonables de las partes contratantes y que pueden generar dudas en relación con el mantenimiento inalterado de las obligaciones contractuales”.

demanda judicial de divorcio y uno de ellos pretende hacer valer el convenio suscrito entre ambos y las circunstancias han cambiado de forma ostensible por los años transcurridos.

Pues bien en este punto tenemos que hacer referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*.

La cláusula *rebus sic stantibus* viene a significar “mientras continúen así las cosas”.

En virtud de esta cláusula se permite la revisión de los contratos cuando concurriendo nuevas circunstancias³²⁵ respecto de las existentes en el momento de celebración del contrato, y siendo estas imprevisibles, las prestaciones de alguna de las partes han devenido en excesivamente gravosas, rompiendo el desequilibrio económico del contrato.

Por tanto de forma excepcional se permite la modificación de un contrato válidamente celebrado por la grave alteración sobrevenida de las circunstancias respecto de cuando se pactaron las condiciones, permitiendo la modificación del contrato por la pérdida del desequilibrio entre las prestaciones, lo que hace que el cumplimiento sea imposible o excesivamente gravoso para una de las partes.

³²⁵ La concurrencia de nuevas circunstancias a la hora de pretender la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, deben de ser de determinada relevancia. Para determinar cuáles de las circunstancias son relevantes CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE, “La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias”, Comunicació a les XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa, expresa: “*Son relevantes, en definitiva, aquellas circunstancias sin cuya existencia en el momento de contratar las partes no hubieran alcanzado los acuerdos que alcanzaron o, si los hubieran alcanzado, lo hubieran hecho en otros términos. La relevancia de las circunstancias sobrevenidas no debe medirse en función de los motivos individuales de las partes a la hora de alcanzar el pacto en prevención de la ruptura. Los motivos individuales, también en esta sede, siguen siendo simples motivos no oponibles a la contraparte. Los motivos dejan de ser simples motivos cuando son compartidos por ambas partes como esenciales a la hora de llegar a un acuerdo y de mantenerlo. La dificultad estribará, lógicamente, en determinar cuáles circunstancias las partes consideraron relevantes a la hora de contratar. Aun así, esa dificultad en la prueba no debería confundirse con la necesidad de casualizar o incluir en el pacto todas las circunstancias que le anteceden. Bastaría con demostrar por qué, esto es, bajo qué circunstancias asumidas por ambas partes, se produjo una renuncia, limitación o ampliación de derechos*”.

Se trata de una figura de configuración jurisprudencial a falta de regulación legal, siendo los tribunales los que han ido perfilando los requisitos exigidos para su estimación.

Los requisitos que se ha venido exigiendo por el Tribunal Supremo³²⁶ para la estimación de esta cláusula son los siguientes:

“una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el de la celebración, una desproporción exorbitante de las prestaciones que ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias imprevisibles y que se carezca de otro medio para remediar el perjuicio o ausencia de previsiones revisorias de futuro, con la negativa de que se haya producido una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo”.

Sin embargo la concepción de esta figura ha ido cambiando por parte del Tribunal Supremo, el cual en su más reciente jurisprudencia ha ido dulcificando los requisitos exigidos para su apreciación, y ha señalado que la crisis sufrida en España en los últimos años ha contribuido a ello³²⁷.

³²⁶ Entre otras las Sentencias de 8 de julio de 1991, 24 de junio de 1993 y 27 de abril de 2012.

³²⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número de recurso 2992/2012, de 15 de octubre de 2014, ponente Francisco Javier Orduña Moreno: *“En este sentido debe señalarse que, en la actualidad, se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de "peligrosa" o "cautelosa" admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; ...*

Por el contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada.

Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente), en donde se declara que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de rescisión económica, puede ser considerada abiertamente

Ha cambiado el fundamento que tradicionalmente ha caracterizado la aplicación de esta cláusula abandonando las reglas de equidad y justicia dejando paso a una progresiva objetivación de su fundamento.

Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo 333/2014, de 30 de junio, ponente Francisco Javier Orduña Moreno: *“Con carácter general, establecido el nexo entre el plano causal del contrato y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias, es decir, la posible alteración causal del contrato, se realiza de un modo objetivado mediante el recurso concorde de dos criterios de concreción de dicha tipicidad. Con el primero, a través de la doctrina de la base del negocio, se contrasta principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta forma, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:*

- La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.

- La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

Complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado.

La aplicación de la teoría de la base del negocio como cauce interpretativo a estos efectos ha sido resaltada por la reciente jurisprudencia de esta Sala, ...

como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, ha tomado cuerpo en la reciente Sentencia de esta sala de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014) con una detallada fundamentación y caracterización técnica de la figura y del desarrollo de la doctrina jurisprudencial relativa al régimen de aplicación”.

Por su parte, el otro criterio concorde a esta función delimitadora de la tipicidad contractual en la aplicación de esta figura viene representado por el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado "riesgo normal del contrato". En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del "riesgo normal" inherente o derivado del contrato

En suma, estos criterios de tipicidad nos responden, en una primera instancia o contraste, a las preguntas básicas que plantea la posible atención jurídica a todo cambio de circunstancias o de condiciones, si dicho cambio tiene entidad suficiente, esto es, altera el estado de las cosas de un modo relevante, y si dichas alteración debe tener consecuencias para las partes implicadas”.

Para Martínez Velencoso³²⁸ “Un cambio sobrevenido de las circunstancias con respecto a las tenidas en cuenta por las partes en el momento de la celebración del contrato debe resolverse de acuerdo con el principio de buena fe del artículo 1.258 CC, pero siempre teniendo en cuenta el contenido del contrato, la intención de las partes y persiguiendo el mayor equilibrio de intereses. En este último sentido, el intérprete deberá respetar el equilibrio subjetivamente establecido por las partes, con lo que será posible poner a cargo de cada una de ellas un alea representado por un cambio sobrevenido de circunstancias siempre que la alteración de éstas quede dentro de los límites de ambos contratantes o al menos uno de ellos pudieron tener presente en el momento de contratar. En consecuencia, la resolución o la modificación del contrato debe relacionarse con la voluntad implícita de las partes según cada contrato. En consecuencia, cuando la alteración de las circunstancias excede absolutamente a la normal previsión de aquéllas, sería absurdo defender el mantenimiento del contrato”.

³²⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ M^a, *La alteración de las circunstancias contractuales*, Ed. Civitas, Madrid, 1^a edición, 2003, pág. 342.

En cuanto a los requisitos exigidos por la jurisprudencia, la citada autora³²⁹ señala que, además de concurrir la alteración sobrevenida de la base del negocio, bien sea porque se destruye la relación de equivalencia entre las prestaciones, bien por ser inalcanzable la finalidad común, la jurisprudencia requiere que se trate de una obligación de tracto sucesorio o, en su defecto, que el cumplimiento se haya diferido para realizarse en un futuro. Señalando que no cabe su aplicación en los contratos en el que el riesgo sea un propio elemento del contrato o la alteración forme parte del riesgo asumido.

Se puede resumir en que para que esta figura sea admitida es necesario por un lado que exista imprevisibilidad y por el exceso en la equivalencia de las prestaciones.

Podemos concluir que para que un pacto matrimonial sea rescindido por la influencia que en él haya tenido el transcurso del tiempo, se deberá estar al caso concreto, y será el juez el que determinará si de acuerdo con la doctrina el paso del tiempo es base suficiente para la pretendida rescisión, valorando si la alteración de las circunstancias sobrevenidas (que no se pudieron prever) son de entidad suficiente o relevante para producir una excesiva onerosidad su cumplimiento en una de las partes, en este caso, uno de los cónyuges.

6. MUTUO DISENSO

El mutuo disenso es una figura que no está recogida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo la jurisprudencia sí que lo ha recogido como una de las causas de extinción de las obligaciones.

Siguiendo a Núñez Boluda³³⁰ recogemos la definición que hace: “*el mutuo disenso consiste en el acuerdo de voluntades, emitido por las*

³²⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ M^a, “Riesgo negocial v. cláusula «rebus sic stantibus»”, Indret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2011.

³³⁰ NÚÑEZ BOLUDA, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS, Ed. McGRA W-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A., Madrid, 1^a edición, 1996, pág. 135.

mismas partes contratantes que celebraron el contrato previo, por el que disuelven, extinguen o anulan todas las obligaciones nacidas de ese contrato inicial, válidamente constituido y no consumado”.

La misma autora señala que *“El mutuo disenso es un contrato extintivo porque las partes no pretenden crear obligaciones, sino que su pretensión va dirigida a eliminarla o extinguir la relación jurídica preexistente”*³³¹.

En cuanto a pronunciamiento jurisprudenciales, destacamos lo recogido por la Audiencia Provincial de Barcelona³³²: *“A lo dicho debe añadirse que tampoco resulta desconocida en la jurisprudencia la solución por la que finalmente se decanta la instancia de considerar que estamos ante un mutuo disenso derivado de imputar a ambas partes la frustración del contrato, impidiendo a las mismas exigir la contraria una indemnización por los daños y perjuicios que hayan podido sufrir por la resolución contractual; y es que el abandono fáctico, y consentido, por las partes contractuales, revela la existencia de un supuesto de mutuo disenso que, aunque no previsto en el artículo 1.156 CC , se viene admitiendo por la Sala 1ª del Tribunal Supremo (SSTS, Sala 1ª, 5 diciembre 1.940 , 13 febrero 1.965 , 11 febrero 1.982 , 30 mayo 1.984 , entre otras), apuntando la sentencia de 25 de octubre de 1999 que se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral ("contrarius consensus" o "contrarius voluntas") que determina una ineficacia sobrevinida por causa sobrevinida, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca (como pudiera advertirse en el caso de autos desde el momento*

³³¹ Además añade que: *“La razón de ser del mutuo disenso no está tan sólo basada en el principio de autonomía de voluntad, sino que puede también fundamentarse en la norma que establece la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC). De este precepto se deduce, a sensu contrario, que no hay obstáculo en admitir que la común voluntad de las partes (dejando, no haría falta volver a repetirlo, a salvo los derechos de terceros) puede hacer lo que está permitido a una sola, pues el artículo 1.256 implica, como dice GEMA CONTINENTE, «admitir otros efectos a la voluntad concurrente de los dos»”, pág. 9.*

³³² SAP Barcelona, número 306/2012, de 25 de junio, ponente Antonio Ramón Recio Cordova.

en que ambas partes están conformes con la resolución contractual, discutiendo únicamente en cuanto a sus consecuencias) ”.

Trasladando las ideas apuntadas al tema que nos ocupa tenemos que decir que dada la libertad de pactos existente, y permisibilidad acerca de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, será perfectamente válido la extinción de un pacto matrimonial por la simple concurrencia de voluntades de los cónyuges, por mutuo disenso.

De esta manera unas estipulaciones perfectamente válidas contenidas en un pacto prematrimonial, capitulaciones o convenio, devengarán en ineficaces por el simple acuerdo de voluntades de los otorgantes.

7. CONTROL DE LOS PACTOS MATRIMONIALES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES

Ya hemos tenido ocasión de señalar, en el apartado correspondiente, el control llevado a cabo por los Jueces y Tribunales respecto del convenio regulador.

En este caso nos encontramos ante la homologación o control material de los pactos coetáneos a la crisis realizados por los cónyuges.

Para ello están legitimados a decretar de oficio cuantas pruebas estimen pertinentes, respecto de aquellos puntos que afecten a materias no dispositivas. Así el art. 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³³³ preceptúa: *“Prueba. 1. Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.*

³³³ En el art. 770, en la regla 4ª, vuelve a incidir en la posibilidad de que el Juez o Tribunal ordene de oficio las pruebas que estime pertinentes, incluida la audiencia al menor: *“... Durante este plazo, el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos a los que dependan pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación vigente aplicable. Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años”.*

Sin perjuicio de las pruebas se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime oportunas.

2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el Tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este Título, a las disposiciones de esta ley en materia probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la segunda instancia.

4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicable, no será de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores”.

Pero además de éste, tenemos que señalar otros casos en que los pactos matrimoniales también serán sometidos a control judicial.

Así serán los encargados, en caso de disconformidad entre las partes, de dilucidar si las estipulaciones contenidas en los mismos respetan o no los límites establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, dictaminando si contravienen los principios constitucionales o los mandatos del Código Civil en la materia, entre los que se encuentran la limitación de aquellas estipulaciones que sean limitativas de la igualdad de los derechos de los cónyuges.

También ejercerán el control respecto de los pactos en que pueda existir algún vicio del consentimiento, determinando su anulabilidad si así se dictamina.

Serán también los encargados de declarar la rescisión de lo pactado por fraude a acreedores o por lesión a uno de los cónyuges.

Finalmente destacable es el supuesto en que los tribunales deberán analizar las alteraciones sobrevenidas por el transcurso del tiempo y las consecuencias que ocasionan en el pacto enjuiciado.

8. EFECTOS DE LA INEFICACIA

Dado que el término ineficacia hace referencia a la carencia de efectos jurídicos con la que el ordenamiento jurídico sanciona a los contratos que presentan alguna irregularidad, podríamos decir que el principal efecto de la ineficacia es precisamente la ausencia de efectos.

Pero ahondando un poco más tenemos que señalar, puesto que la ineficacia puede estar causada por distintos motivos, abarca a varios términos que en ocasiones pueden llegar a causar confusión como son la inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, revocación, etc.

Cada uno de estos términos hace referencia a un tipo de irregularidad que determinará los efectos que provocará su declaración.

Brevemente y para mayor claridad vamos a ver cuáles pueden ser éstas³³⁴:

a) Por falta de algún elemento esencial para la formación del acto, lo que supondrá la inexistencia.

b) Que el contrato se haya celebrado contraviniendo un mandato o prohibición legal, lo que supondrá la nulidad de pleno derecho.

c) Puede adolecer un vicio o defecto del acto, que determinará la anulabilidad.

d) Irregularidad por una lesión o perjuicio para las partes o terceros, lo que provocará la rescisión.

e) Por otras causas derivadas del acto o sobrevenidas con posterioridad, que determinará su posible resolución o revocación.

³³⁴ Se recoge la distinción realizada por DERECHO CIVIL OBLIGACIONES Y CONTRATOS (VOLUMEN II) JUDICATURA, Ed. Carperi, septiembre 2008, Madrid, pág. 50 – 1.

Por lo que aquí interesa, y dado los efectos producidos en la práctica, la única distinción que nos importa, es la que se separa la nulidad de la anulabilidad.

La nulidad absoluta tiene como efecto la carencia de los mismos, no producirá ninguno, no modifica ninguna situación. Por ello no es necesario su declaración, no haría falta ser impugnado el pacto que sea nulo, por ello el ejercicio de la acción de nulidad tendrá por objeto destruir la apariencia de validez.

Esta acción es imprescriptible y puede ser ejercitada por cualquiera, como más adelante veremos, incluso ser declarada de oficio.

Si el contrato se hubiera llevado a cabo pese a su ineficacia, se deberán reponer las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad, con las excepciones de restitución contenidas en el Código.

Trasladando lo dicho a los pactos matrimoniales, ya hemos tenido momento de señalar cuáles serán los efectos en cada uno de ellos. Así en las capitulaciones matrimoniales, el principal efecto que producirá la nulidad de las cláusulas que acojan su contenido típico será la falta de régimen económico pactado y por tanto el establecimiento del supletorio de primer grado previsto en la legislación, el de separación de bienes, si tienen vecindad civil común. Así lo recoge el artículo 1316 del Código Civil “A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.

Si fuera la modificación o sustitución de régimen el objeto de las capitulaciones matrimoniales que son nulas, su principal efecto será el de regir el régimen anteriormente pactado en las anteriores capitulaciones.

Además, si se ha procedido a la liquidación del régimen matrimonial anterior, se deberán reponer las cosas a su estado anterior, por ejemplo deviniendo en gananciales los bienes que los cónyuges se hubieren partido.

Consiguientemente se producirá la nulidad de los asientos registrales que el acto hubiese producido.

Por el contra, la anulabilidad permite surgir todos sus efectos al contrato hasta que no sea anulado, eso sí, una vez anulado deja de producir efectos retroactivamente, como si nunca hubiera existido.

La acción de durará cuatro años, y la legitimación para ejercitarla es mucho más restrictiva, como veremos.

Además, en contra con lo que ocurre en la nulidad, en este caso sí que cabe la confirmación o subsanación del acto, purificándolo y extinguiendo la acción de nulidad.

9. LEGITIMACIÓN PARA INSTARLA

El artículo 1302 CC establece *“Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos.*

Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato”.

Veamos pues quienes son los legitimados para instar las diferentes acciones cuando un pacto matrimonial es inválido o ineficaz y cuáles son los supuestos en que pueden llevarla a cabo.

Tenemos que hacer la misma distinción que hacíamos para determinar los efectos que produce la ineficacia de un pacto, y quedarnos con la división entre los acuerdos nulos de los simplemente anulables.

Como ya señalamos en su momento, los actos que cuyas irregularidades hacen que sean nulos de pleno derecho no es necesaria su declaración judicial, por lo que no es necesaria su impugnación. Sin embargo es posible que en alguna ocasión sea necesario acudir a los Tribunales para destruir esa apariencia de validez que pueden tener, así en este sentido nos vamos a referir en cuanto a los legitimado para instar la acción de nulidad³³⁵.

³³⁵ En este sentido STS N° 654/2015, de 19 de noviembre, ponente Pedro José Vela Torres *“La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o*

9.1. Cónyuges

Los cónyuges obviamente están legitimados para instar tanto la acción de nulidad tanto para los contratos nulos de pleno derecho como los anulables.

Pero, cuando la anulabilidad del pacto se funde en falta de capacidad el otorgante capaz no podrá instarla; de igual modo si es por un vicio del consentimiento, es decir, por violencia, intimidación, dolo o error, el que lo ha causado no podrá ejercer la acción, solamente estará legitimado el contrayente o cónyuge que lo ha sufrido.

La legitimación pasiva la ostenta el otro cónyuge y sus sucesores o causahabientes.

9.2. Acreedores

La acción de nulidad la podrá instar cualquier persona, en cuanto que la misma es meramente declarativa.

Respecto a la acción para un pacto anulable, como hemos dicho la puede ejercitar cualquier persona que tenga interés en ello, por lo que los acreedores están perfectamente legitimados para ello.

9.3. Terceros

Al igual que acabamos de decir para los acreedores, la acción para destruir la apariencia de validez de los pactos nulos puede ser invocada por cualquier tercero, tanto vía impugnación como vía excepción.

adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo)”.

La anulabilidad, sin embargo, deberá acreditar un interés legítimo en su ejercicio, por lo que no todos los terceros estarán autorizados para ejercerla.

Cuando se trate de pactos celebrados por menores o incapaces, tendrán también la legitimación activa su representantes legales.

Puede ocurrir también que el vicio lo sufra un tercero, en sentido que no es ninguno de los cónyuges, pero que fue otorgante en el acto que se realizó, como en el caso en que se realiza una donación por razón de matrimonio en el mismo instrumento de las capitulaciones matrimoniales. En este caso, por supuesto que está perfectamente legitimado para ejercer la acción, pues deja de ser tercero ya que es un obligado en la donación.

También los herederos de los cónyuges pueden solicitar la nulidad de un pacto matrimonial, por ejemplo el que contenga la liquidación del régimen económico matrimonial

10. PLAZO

La acción de nulidad no está sometida a plazo alguno, por lo que podríamos decir que es imprescriptible. Además ni el transcurso del tiempo puede convalidar el acto ni las partes pueden confirmarlo.

Así lo pone de manifiesto la doctrina reiterada del Tribunal Supremo: *“La doctrina de esta Sala viene reiterando que los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo de conformidad con el principio “quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere” (Sentencias, entre otras, 19 diciembre 1951, 20 diciembre 1975, 13 febrero 1985, 6 junio 1986, 14 noviembre 1991, 30 septiembre 1992, 8 marzo y 15 junio 1994, 29 abril 1997, 14 marzo y 5 junio 2000) por lo que las acciones correspondiente son imprescriptibles. Y así se ha declarado que no prescriben las acciones que pretenden declarar la simulación absoluta (SS 6 junio 1986, 13 febrero 1988, 18 julio 1989, 17 junio 1991, 23 octubre 1992); investigar el negocio disimulado (SS. 22 diciembre 1987 y 29 noviembre 1989), si bien no debe confundirse dicha acción encaminada a desvelar el contrato oculto, con la acción que nace del mencionado*

negocio; las de nulidad radical del negocio disimulado (S. 23 julio 1993), o la de nulidad de un contrato a nombre de otro sin poder o excediéndose del concedido, pues la jurisprudencia dictada en aplicación de los arts. 1727, párrafo segundo, y 1259, párrafo segundo, del Código Civil entiende que se trata de supuestos de inexistencia (Sentencias 14 diciembre 1940, 11 junio 1966, 2 octubre 1995 y 3 noviembre 2000) o nulidad radical (Sentencia 27 septiembre 1995), de cuya orientación solo se separa alguna resolución aislada (como la de 12 de junio 1997, que habla de anulabilidad) ”³³⁶.

Pese a lo dicho, tenemos que apuntar que el ejercicio de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad sí está sometido a plazo, que será el general de preinscripción de quince años, siendo solamente imprescriptible la acción meramente declarativa.

La acción de anulabilidad se extinguirá por el transcurso de cuatro años, según el artículo 1301 del Código Civil, a diferencia de la nulidad que opera por ley, en la anulabilidad las partes que estén interesadas en la misma deben hacerla valer ante el Juzgado o Tribunal que la decretará.

³³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo N° 230/2002, de 14 de marzo, Recurso N° 3003/1996, ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El derecho de familia español ha ido cambiando y evolucionando a lo largo de la historia. Es sobre todo constatable el progreso experimentado en los últimos cuarenta años, principalmente a raíz de la promulgación de nuestra Constitución.

Si en un principio el matrimonio estaba configurado como la unión de un hombre con una mujer de forma perpetua e indisoluble para llevar a cabo su proyecto de vida en común, progresivamente ésta concepción del vínculo matrimonial ha ido transformándose hasta el punto que poco queda de esa primera acepción.

El matrimonio dejó de ser indisoluble en virtud de la Ley 30/1981, exigiéndose en un primer momento la concurrencia de una serie de causas para permitir que se produjera el divorcio de un matrimonio perfectamente válido. Posteriormente, como sabemos, en el año 2005, se suprimen estas causas de separación y de divorcio, sin necesidad de alegación alguna, bastando la mera voluntad de uno de los cónyuges para poner fin a su matrimonio.

También en materia de igualdad han sido numerosos los cambios producidos en las últimas décadas para acomodar nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos constitucionales. Así se han llevado a cabo reformas tanto para equiparar los derechos y obligaciones del hombre y de la mujer en el ámbito personal como en el terreno patrimonial, siendo uno de los terrenos el del régimen económico del matrimonio.

Igualmente se ha producido evolución en la igualdad entre los hijos, dispensando un trato idéntico a todos con independencia de su filiación e introduciendo el valor del interés superior del menor que debe presidir toda actuación que tanto sus progenitores como los poderes públicos lleven a cabo en decisiones y medidas que les afecten de algún modo, incluso cuando las citadas sean tomadas de mutuo acuerdo.

Y por último, otra de las novedades a destacar, que ha revolucionado el concepto de matrimonio ha sido la permisibilidad de nuestra legislación al admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, dejando atrás la concepción de unión entre un hombre y una mujer.

Como vemos, muchos son los cambios que se han ido produciendo, como decíamos, en el derecho de familia, y concretamente en el derecho matrimonial, a lo largo de los últimos tiempos. Sin embargo, y paradójicamente, pese a la evolución económica y patrimonial de los tiempos actuales, y la nueva concepción de las relaciones matrimoniales descritas hasta el momento no ha tenido reflejo en nuestro derecho común reglamentando de forma completa una legislación que ampare las diferentes opciones de regular las consecuencias tanto personales como patrimoniales del matrimonio, y sobre todo de una posible ruptura del mismo.

SEGUNDA.- Bien es cierto que algo se ha avanzado en este terreno, sobre todo en sede de capitulaciones matrimoniales y también, al momento de ya surgida la crisis, el convenio regulador, siendo los pactos prematrimoniales los más olvidados.

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales, y particularmente sobre el régimen económico matrimonial, la autonomía de la voluntad de los otorgantes ha ido ganando terreno hasta el punto de existir una absoluta libertad de elección de régimen o incluso para configurar uno *ad hoc* para los pactantes, así como realizar cuantas modificaciones consideren oportunas a lo largo de la vida de su matrimonio, siendo posible tanto antes como después de la celebración del mismo, cosa que no ocurría con anterioridad a 1975.

Además es admisible la inclusión de cualquier otra cláusula por razón del matrimonio; siendo destacable la posibilidad de celebrar todo tipo de contrato entre los esposos, así como realizarse donaciones.

En virtud de lo que acabamos de decir, es fácilmente entendible que el ordenamiento jurídico permite los pactos matrimoniales, a través de los cuales los contrayentes regulan los efectos personales y patrimoniales que habrán de regir durante la vigencia de su matrimonio, y que pueden afectar tanto a ellos como a los hijos habidos de ese enlace, y abarcando temas de diversa índole.

Su regulación está desarrollada solamente con referencia a las capitulaciones matrimoniales, pero, existiendo libertad de forma en aquellos pactos que no versen sobre el establecimiento, modificación o extinción del régimen económico matrimonial, haría falta que el ordenamiento jurídico les dispensara un tratamiento uniforme y completo

que dispersara cualquier duda acerca de la validez y eficacia de éstas disposiciones pactadas.

Una vez surgida la crisis matrimonial, la cual implica una nueva situación entre los cónyuges, éstos tienen la facultad de regular los efectos de este nuevo contexto, de forma consensuada a través de la figura del convenio regulador, que se introdujo por primera vez en España en virtud de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Este instrumento sí que está desarrollado en nuestra legislación y ampliamente por nuestra jurisprudencia. Además de estar perfectamente delimitado el contenido mínimo que debe acoger, así como las características que debe de presentar para ser aprobado, y las facultades del juez a la hora de proceder a su homologación, como igualmente las del Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, si no existen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores y se procede de mutuo acuerdo; también se prevé los efectos del mismo una vez aprobado judicialmente, así como los de los que no han llegado a este punto encargándose la jurisprudencia de declarar su validez. Asimismo se ha contemplado su modificación y los presupuestos necesarios para poder llevarla a cabo, constituyendo una verdadera excepción a la inmutabilidad de las sentencias firmes, dado que el legislador ha comprendido que el transcurso del tiempo puede incidir de tal forma que sea necesario revisar lo que en su momento se dictó.

Así podemos concluir, como adelantábamos, que ésta figura está regulada de una forma completa en nuestro derecho común.

Sin embargo no podemos proclamar lo mismo de los pactos prematrimoniales que no disponen de una completa regulación que abarque todos los aspectos necesarios.

TERCERA.- Como acabo de afirmar los pactos prematrimoniales y matrimoniales, es decir, aquellos que con independencia de haber sido otorgados antes o después del matrimonio, prevén las consecuencias de una futura crisis matrimonial, antes de que ésta se haya iniciado, previniendo de antemano los efectos, y pactando las medidas que regirán para la nueva situación tras una separación, divorcio o nulidad, no tienen en nuestro ordenamiento jurídico un tratamiento unitario.

El derecho común no le dispensa una regulación precisa en nuestros tiempos, que se ajuste a las necesidades de la realidad social del momento actual.

A día de hoy se puede afirmar que no cabe duda acerca de su permisibilidad. Tanto la tímida referencia que hace el Código Civil en el art. 1325, al permitir que en capitulaciones se incluyan cualquier disposición por razón del matrimonio, no obstante desde mi punto de vista creo que se refiere más a la inclusión de pactos matrimoniales que no versen sobre el régimen económico primario, aunque también se puede pensar en una referencia a los pactos previsores de una futura crisis matrimonial, pues al ser tan amplia la coetilla mencionada perfectamente cabe su inclusión al tratarse de acuerdos que al fin y al cabo se estipulan por razón del matrimonio, como las referidas Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011, 24 de junio de 2015 o 19 de octubre de 2015 respaldan la tesis de tal aseveración.

Por tanto, una vez superada la contienda acerca de su admisibilidad, necesario es que se perfilen cuáles son los requisitos para su otorgamiento, dejando claro las reglas acerca de la capacidad de los pactantes, sobre todo acerca de la figura del menor no emancipado, que a raíz de la reforma operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a mi entendimiento, en nada ha aclarado, sino muy al contrario, desde mi punto de vista ha sembrado más dudas.

Respecto de la forma, que si bien en principio, ante la ausencia de norma, se presupone libre, por lo que valdría “inter partes” un documento privado, no estaría de más que explícitamente se proclamara, o bien se exigiera una determinada forma, como la escritura pública, que revistiera de mayores garantías de validez el pacto así recogido, a semejanza de lo exigido en el Código Civil de Cataluña que exige para éste tipo de acuerdos que se realicen ante Notario habiendo procedido el fedatario público a informar por separado a cada uno de ellos sobre el alcance que supone la firma de tal instrumento, otorgándoles un plus de validez y eficacia atacables solamente bajo circunstancias muy concretas.

En este punto, como veíamos el derecho europeo sí que se pronuncia al indicar que la realización de la elección tanto del fuero como de la ley aplicable debe hacerse de forma escrita, admitiendo como válida tanto el documento privado, el documento público o inclusive el documento electrónico. Siendo recogido en un Reglamento cuya incidencia en el derecho interno es directa sin necesidad de transposición, debe poderse

hacer valer cualquiera de los medios mencionados para la acreditación del otorgamiento de cualquier pacto matrimonial.

Así mismo los requisitos materiales que deben constar de acuerdo con la regla que proclama como elementos constitutivos del contrato en general, consentimiento objeto y causa, configurando reglas específicas para ésta clase de contratos, o en su caso, haciendo remisión expresa a la regla general.

También en cuanto al contenido, debiéndose acotar aquellas materias susceptibles de ser incluidas en este tipo de acuerdos, clasificando por una parte las que son de libre disposición de los otorgantes, de aquellas otras que están sustraídas de su libre determinación, delimitando el alcance de éstas últimas.

Actualmente se puede entrever que existe más permisibilidad en las materias de carácter patrimonial, siempre y cuando se respete los principios que generalmente se exigen para este tipo de alianzas, permitiéndose incluso la renuncia anticipada a derechos de éste perfil, como ocurre con la renuncia a la pensión compensatoria, sobre las que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse afirmativamente; y más restricción en aquellas de carácter personal, siendo las que afectan a los hijos menores de edad sobre las que se ejerce mayor control, tratándose de materias de orden público o en las que debe primar el interés superior del menor, cuyo concepto jurídico indeterminado abocará a que sea el juzgador caso por caso el que determine su validez.

Pero la seguridad jurídica exige que el legislador de alguna forma proceda a delimitar, en la medida de lo posible, la cabida de los pactos matrimoniales en general.

Así mismo necesario es que se acoten los contornos de esta figura perfilando los límites de forma clara y concisa. A día de hoy es claro que tanto la Constitución como el Código Civil a lo largo de su articulado de forma dispersa contienen reglas que de modo directo o, en la mayoría de los casos, indirecto, suponen barreras que los cónyuges no pueden traspasar a la hora de establecer sus pactos so pena de invalidez.

Llego a la conclusión que actualmente el mayor límite que se fija para todos los tipos de pactos matrimoniales, en sentido amplio (capitulaciones matrimoniales, pactos matrimoniales, pactos extramatrimoniales, convenio regulador, convenio sin homologar...), es el de la igualdad. Siendo proclamada por la Constitución la igualdad entre el hombre y la mujer, y

por el Código Civil la igualdad entre los cónyuges, tras la inclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo, las estipulaciones que de alguna forma sean limitativas de la igualdad de derechos entre los cónyuges no pasarán el corte de la validez. Huelga repetir que gozando los menores de una protección especial, los pactos que a ellos les afecten, como ya hemos manifestado deberán respetar escrupulosamente los límites impuestos y las exigencias establecidas para su aprobación garantizando el acatamiento de los principios que habrán de presidir.

Sin embargo existen dudas acerca de la permisibilidad de ciertos pactos que sin vulnerar frontalmente estos principios, bien por la conjunción de varias materias bien porque suponen la renuncia a determinados derechos o bien porque indirectamente afectan a terceras personas, no existen contornos tan perfilados acerca de sus límites.

CUARTA.- La renuncia a determinados derechos, y sobre todo, la renuncia anticipada a un posible futuro derecho que todavía no ha nacido es uno de los puntos más controvertidos que actualmente la falta de previsión legal hace que lleguen más asuntos a los tribunales. Y es que, ¿puede alguien renunciar a algo que todavía no es suyo? Aunque *a priori* la respuesta parece ser negativa, puesto que el sentido común hace que sin profundizar en la cuestión la mente nos lleve a entender que si un derecho todavía no se encuentra en el patrimonio de una persona ésta no tiene la facultad de renunciar a ella.

Sin embargo a falta de regulación, la jurisprudencia después de unos cuantos años donde existían varias posiciones contradictorias, parece últimamente decantarse hacia la tesis favorable, con ciertos requisitos, siendo proclive a su aceptación cuando se trata de renunciaciones a posibles venideros derechos de contenido patrimonial. Así se puede afirmar que actualmente está aceptada la validez del pacto por el cual una persona renuncia a la pensión compensatoria, dado que se trata de un derecho de carácter dispositivo, y la renuncia a esa expectativa no va contra el orden público ni perjudica a terceros. Esos sí, la renuncia debe de ser expresa, inequívoca, sin que pueda llevar a ningún género de dudas, y sin que vulnere la igualdad entre los cónyuges. Pero además la mayoría de la doctrina suele adoptar una posición intermedia acerca de la validez de éste tipo de acuerdo de manera que aceptando la renuncia de la pensión compensatoria antes de que la crisis matrimonial haya surgido y en virtud de la sentencia de separación o de divorcio nazca éste derecho, siempre que

se den las circunstancias que se requieren para este resarcimiento, se deja la puerta abierta al control judicial, para que una vez llegado el tiempo en que se debería de fijar, sea el juzgador el que tenga la última palabra llevando a cabo la vigilancia de la renuncia decretando si es plenamente eficaz o por el contrario no debe aplicarse.

Sin embargo más controversia puede existir en cuanto a la renuncia anticipada de otros derechos en que la jurisprudencia no ha tenido la ocasión de pronunciarse todavía. Más cuidado se tiene que prestar a la renuncia de determinados futuros derechos que puedan interferir con materias sustraídas a la disponibilidad de los otorgantes por estar consideradas de orden público, como es el caso de los deberes conyugales, que en determinadas condiciones pueden verse afectados por la renuncia mediante pacto, a modo de ejemplo piénsese en el deber de ayuda y socorro mutuo que puede verse afectado por la renuncia de derechos patrimoniales de forma que en el hipotético caso de hacerlos valer pudieran dejar a la persona en estado de necesidad, debiendo primar en este caso, des de mi punto de vista el deber matrimonial y dejando sin eficacia la validez del pacto por el que se renuncia.

Además existirá otro grupo de derechos que son indisponibles, por lo que no se podrá bajo ningún concepto renunciar a ellos. Es el caso de la pensión de alimentos. Sea ésta a favor de los hijos o a favor de uno de los cónyuges, dado que la misma es indisponible, intrasmisible e irrenunciable, no se podrá previo pacto eliminar este derecho antes de su nacimiento. Solamente las mensualidades vencidas son las que sí son disponibles y por tanto renunciar a las mismas.

QUINTA.- Pese a los intentos de desjudicialización y simplificación de los procesos matrimoniales, que a lo largo de estos años se ha ido produciendo, facilitando cada vez más el procedimiento de separación judicial, divorcio o nulidad de mutuo consenso, primando a los cónyuges que acogen esta vía para poner fin a su vida en común, de forma que por una parte se acortan considerablemente los plazos procesales desde la interposición de la demanda hasta la consecución de la resolución judicial por la que finaliza el procedimiento; de otra el menor coste económico que supone esta vía ya que tanto los honorarios de los profesionales intervinientes están fijados con menor cuantía puesto que el proceso es más simple, como la permisibilidad de actuar con tan sólo un Abogado para la defensa de los intereses de ambas partes como con un solo Procurador que

represente a ambas partes, permitiéndose incluso esta última opción si cada una de las partes opta por llevar su propia dirección Letrada, así como la falta de necesidad de actividad probatoria; y con las nuevas reformas la posibilidad de acudir al Letrado de la Administración de Justicia o al Notario para la tramitación de estos procesos cuando no existen hijos menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente dependientes económicamente de sus padres; no se han aprovechado, desde mi punto de vista, las mencionadas reformas para abordar el tema de los pactos matrimoniales, los cuales, en principio, parece que puedan simplificar los procesos judiciales o incluso evitarlos.

Desde mi punto de vista creo que debemos tener en cuenta la realidad social de nuestro país. España no es una nación donde exista gran tradición de otorgar pactos prematrimoniales, la creencia popular es que se trata de una figura reservada para unos pocos ciudadanos de grandes fortunas o de renombre social. La gente no ve la necesidad de pactar *a priori* unas normas de regulación para el futuro, aunque tímidamente se van produciendo algunos casos sobre todo con el objeto de preservar la empresa familiar, o el patrimonio en casos de familias reconstituidas, donde existe una primera experiencia que se intenta evitar. Algo mayor es el número de capitulaciones matrimoniales otorgadas, pero un porcentaje muy reducido de parejas que se casan son las que se decantan por realizarlas.

Por ello, creo que ante la escasa utilización del documento público para la realización de este tipo de pactos, podría facilitarse, al menos la elección del régimen económico matrimonial, instaurando que sea en el propio expediente matrimonial donde se de la facultad de elección a los futuros contrayentes indicando en el momento de su elaboración el régimen escogido, constandingo tal apartado en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, así como en el Registro Mercantil o en el Registro de la Propiedad, en su caso. Sin perjuicio de su posible modificación, ampliación o sustitución constante matrimonio a través de escritura pública o la forma que en una futura reforma se exija, reseñando de nuevo que la legislación europea como ya hemos tenido ocasión de apuntar admite cualquier medio escrito abarcando también como tal el documento electrónico.

Opino, como ya he manifestado, que tal vez lo idóneo sería explícitamente admitir la libertad formal de cualquier pacto matrimonial, al tiempo que se le diera un plus de garantía si el acuerdo ha sido otorgado ante el Encargado del Registro Civil, en el caso de realizarse en el

expediente matrimonial, o ante el Notario, debiendo ser en los demás casos el Juez el que, en caso de conflicto, el que determinará que fue otorgado con todas las garantías exigidas para su validez; así como las circunstancias que hayan podido influir acerca de su eficacia, en todo caso.

SEXTA.- Los pactos matrimoniales tienen sus defensores y sus detractores, y como casi cualquier figura jurídica existen pros y contras.

Entre los detractores se argumenta que los pactos prematrimoniales son fruto de malas experiencias anteriores en los propios otorgantes que han vivido una separación o divorcio conflictivo, o en familias reconstituidas donde alguno o ambos de los cónyuges aportan al matrimonio hijos habidos de anteriores relaciones.

También porque terceros influyen en las decisiones de la pareja, como en el supuesto que los progenitores de uno de ellos tenga un patrimonio elevado que quiere preservar, durante el matrimonio, estableciendo un régimen económico de separación de bienes, y de la posible ruptura matrimonial, estipulando de antemano las consecuencias patrimoniales tratando de minimizar los costes económicos de tal situación.

En el terreno personal también hay quienes apuntan a que el otorgamiento de dichos pactos genera, o más bien saca a la luz, una posible desconfianza de una de las partes en la otra (en la mayoría de los casos por el mayor patrimonio de quien suele partir la idea de realizar dichos acuerdos) o de ambas, si el interés es demostrado por ambas partes.

Parece que el proyecto de vida en común empieza fijando unas reglas, que *a priori* podría dar la sensación de ser más compañeros de piso que compañeros de vida. O incluso que los otorgantes contraen su matrimonio con la mirada puesta en una futura ruptura, lo que nada concuerda con la idea de perpetuidad, que por otra parte habiendo dejado de ser hoy en día el matrimonio un vínculo indisoluble, no es que jurídicamente sea reprochable, aunque quizá el romanticismo deja paso al raciocinio puro y frío.

Puede también que la libertad del más débil económicamente hablando esté coartada por un pacto que de alguna forma “imponga” el otro futuro cónyuge por miedo a que de no firmar tal acuerdo el matrimonio no llegue a celebrarse. Lo natural es que el pacto sea redactado por la persona que más interés tenga en proteger su patrimonio y por ende que, como tal, sea

más proclive o beneficioso, a favor de esa persona y más restrictivo digamos respecto de los futuros derechos de la otra parte.

Pero no podemos obviar que en la mayoría de los casos pueden ayudar a la pretendida simplificación de los procesos de separación, divorcio y nulidad que, como acabamos de relatar, es la tónica tendente de los procesos actuales.

Elegir el régimen económico matrimonial que mejor se adapta a los otorgantes, sin que deba regir el supletorio establecido a falta de disposición, y regular diferentes materias conexas por razón al mismo, así como ordenar algunos aspectos relacionados con los hijos, siempre que sean materias disponibles a la autonomía de la voluntad, ayuda a que los cónyuges lleguen al matrimonio sabiendo las normas que regirán durante su convivencia y que por ende sea la misma más tranquila por la previsión de muchas decisiones que se deben tomar durante su vigencia.

Al igual, conocer de antemano los efectos personales y las consecuencias patrimoniales que ocasionará una ruptura matrimonial o el cese de la convivencia en común puede evitar enfrascarse en arduas disputas una vez surgida la crisis matrimonial, momento en el que las aguas han salido de su cauce y que puede llevar en determinados casos a tomar decisiones poco reflexionadas o demasiado viscerales, o bien someterse a un proceso judicial donde es un tercero, el Juez, el que va a decidir, en base a una actividad probatoria que muchas veces implica el sacar “trapos sucios” de las partes o utilizar a los hijos menores de edad para el interés propio de los progenitores; o incluso ceder una de las partes y llegar a firmar un convenio regulador, sin estar del todo convencida de ello para precisamente evitar el alargar en el tiempo la incertidumbre de la falta de regulación de la nueva situación y por evitar bien a los menores o a ellos mismos el tener que enfrentarse judicialmente al otro cónyuge por no estar psicológicamente preparado para ello.

Sin embargo, anticiparse a prever los efectos de una posible ruptura matrimonial antes de que suceda la crisis supone regular de antemano la futura situación antes de que ésta se desencadene, y dentro de un clima de normalidad y de bien avenencia estando los “ánimos calmados”, y por tanto pudiendo tomar decisiones de forma más libre, consciente y reflexionada.

SÉPTIMA.- Una vez aceptada la posibilidad de realizar toda clase de pactos matrimoniales, así como las ventajas que éste tipo de acuerdos

pueden ofrecer y su conveniencia en determinadas uniones matrimoniales, como venimos apuntando, es necesario que de una vez por todas el ordenamiento jurídico español le dedique un tratamiento firme a esta materia.

En primer lugar, sería necesario que se determinara sin ningún género de dudas las materias sobre las cuales puede versar cada uno de los pactos matrimoniales existentes. Si bien es cierto que tratándose de un campo tan amplio sería imposible realizar una lista *numerus clausus* de todos los pactos posibles a incluir, pero sí sentar las bases para determinar *a priori* si las cláusulas que se pretenden otorgar son compatibles con lo dispuesto en la legislación.

Sería deseable existiera algún precepto a semejanza del art. 90 CC, en el que se recoge el contenido mínimo del convenio regulador, respecto a los pactos prematrimoniales en el que se incluyera un grupo de materias de las cuales se predijera su validez en caso de una futura crisis matrimonial, y se dejara la puerta abierta a otros pactos que en caso de duda acerca de su admisibilidad en última instancia en el momento de hacerlos valer fuera el juez el que los aprobara, configurando así los pactos otorgados antes de surgir la crisis matrimonial como una especie de convenio regulador adelantado en el tiempo.

¿Es suficiente la referencia que hace el art. 1325 del Código Civil en materia de capitulaciones matrimoniales?

En principio hay que decir que la primera parte del señalado artículo es clara al determinar que el contenido principal, o mejor dicho, el contenido para el cual están previstas, esencialmente, las capitulaciones matrimoniales, es el establecimiento, modificación o sustitución del régimen matrimonial, y así concuerda con su ubicación dentro del cuerpo legislativo, al encuadrarse en el Título II del Libro IV titulado Del régimen económico matrimonial.

La segunda parte en la que refiere a cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (del matrimonio), su amplitud requeriría de alguna precisión o complemento. Por una parte cabe plantearse si es posible el otorgamiento de unas capitulaciones sin referencia alguna al régimen económico matrimonial y solamente incluyendo otras materias en virtud de éste último inciso del artículo. Dado que el precepto utiliza “o” conjunción, que gramaticalmente nos encontramos ante un nexo que une partes de la oración que expresa separación, alternativa o exclusión entre dos o más personas, cosas o ideas, y que puede tener carácter exclusivo, entre las dos

opciones dadas solo puede ser una y no las dos o carácter inclusivo, puede ser una o pueden ser ambas, me decanto por ésta última. Por lo que cabría otorgar capitulaciones con solo referencia al régimen económico matrimonial, solo a otras disposiciones por razón del matrimonio o utilizar el mismo instrumento para incluir ambas.

Por ello sustituía lo de contenido principal por contenido para el que esencialmente están pensadas, puesto que desde mi opinión cabe otorgar capitulaciones matrimoniales con solo otras disposiciones que no hagan referencia al régimen económico matrimonial siendo perfectamente válidas y su contenido principal será otro y no el establecimiento, sustitución o modificación de régimen alguno. Cosa distinta es que para éste último supuesto, a falta de regulación que exija forma concreta, no sea necesario su establecimiento por medio de capitulación matrimonial, pero sí perfectamente posible.

Por otra parte cabe la duda acerca de si cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo se refiere a otras materias sobre aspectos que han de regir constante el matrimonio o si tales pueden contener disposiciones para la futura crisis matrimonial. Como ya he expresado aunque en principio del tenor del artículo tendería a declinarme más por la primera de las tesis, creo que dada su amplitud, y pese a la redacción, nada obsta para poder optar por el sentido amplio y dar cabida a estipulaciones para futuro.

Por todo ello necesario sería precisar con carácter general, el contenido de los pactos matrimoniales.

Dado que como he dicho es complicado realizar una lista exhaustiva de todas y cada una de las materias a incluir en los diferentes pactos matrimoniales, al menos, sí que como apuntábamos es necesario que, aunque sea por vía de exclusión, se confeccione de algún modo una “lista” de materias imperativas o de *ius cogens*, donde está vetada la autonomía de la voluntad, como es el caso del estado civil del matrimonio y configuración legal del mismo, sustraída totalmente de la disponibilidad de las partes, desligando aquellas materias donde la disponibilidad se ve acotada por determinados principios como el de favor *fili*, o esclareciendo aquellos puntos donde el establecimiento de pactos choca con determinados temas como son algunos deberes matrimoniales o régimen económico primario.

OCTAVA.- Además del necesario esclarecimiento en cuanto a la materia se refiere, sería deseable que dentro del pretendido tratamiento

unitario que se reclama de los pactos matrimoniales quedaran fijados otros puntos igualmente decisivos.

Por ello, en segundo lugar, sería imprescindible abordar las causas de ineficacia por las que un pacto matrimonial perfectamente válido puede dejar desplegar sus efectos.

¿Qué pasa con un pacto prematrimonial otorgado más de un año antes a la celebración del matrimonio?

Si bien es cierto que el art. 1334 CC determina que todo lo que se estipule en capitulaciones para el futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en un año, pero no es claro el alcance del mismo. No consta si todo lo que se estipule en capitulaciones hace referencia a la totalidad de acuerdos que pueda contener el instrumento capitular o se ciñe a las capitulaciones en sentido estricto. Se trata de dilucidar si otros pactos acordados en la misma escritura pero que versen sobre otros aspectos del matrimonio o sobre los efectos de una futura crisis se ven afectados por tal norma o por el contrario siguen siendo eficaces. Igualmente si tales acuerdos son establecidos en documento aparte.

Las cábalas están servidas y pueden existir argumentos de defensa de las dos posiciones, por lo que es punto necesario el aclaramiento por parte del legislador.

Otro de los supuestos a contemplar en cuanto a ineficacia se refiere es la rescisión de alguna de las cláusulas que puedan contener el pacto matrimonial. Si bien es cierto que esta rescisión puede *a priori* parecer clara, en cuanto a la aplicación de las reglas generales de la teoría del contrato, en la práctica queda mucho camino por recorrer a la hora de clarificar supuestos. Si bien es cierto que unos están más claros que otros, no existe una regla general que se pueda aplicar a la generalidad.

Más jurisprudencia y por tanto mayor poder clarificador nos encontramos en casos de rescisión por fraude a acreedores sobre todo con ocasión de las capitulaciones matrimoniales, especialmente en el supuesto en que los otorgantes con el fin de eludir el cumplimiento de alguna de sus obligaciones patrimoniales sin vulnerar frontalmente la ley, cambian de régimen económico fundamentalmente de gananciales a separación de bienes, sirviéndose de tal modificación para realizar la partición de bienes inmuebles a favor del cónyuge no deudor y así intentar preservar el patrimonio familiar de posibles reclamaciones que tengan por objeto la realización de tales bienes para obtener un producto que satisfaga las obligaciones pendientes.

Algo menos ha tratado la doctrina y jurisprudencia esta figura en el supuesto de rescisión por lesión a uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales. Nos encontramos otra vez en un supuesto que se da con ocasión de la liquidación del régimen económico matrimonial. Éste puede ser con ocasión de una liquidación y posterior partición realizada bien por otorgar otro régimen en las correspondientes capitulaciones matrimoniales o bien porque el mismo se extingue por la separación o disolución del matrimonio.

La falta de regulación *ad hoc* se ve suplida por la remisión a terreno de derecho hereditario, donde la Sección cuarta, del capítulo VI, del Título Tercero, del Libro Tercero, se ocupa de la rescisión de la partición. Por lo que podemos decir, que pese a la carencia de normativa diseñada para el concreto tema de la lesión a un cónyuge ocasionada por la liquidación del régimen económico de su matrimonio, no nos encontramos ante una falta de previsión total sino que en virtud de, como acabo de señalar, la citada remisión podemos encontrar una guía que prevea los casos, supuestos, y formas en que cabe hacer valer esta rescisión, así como las consecuencias y la concreta forma en que se solventará esta ineficacia a consecuencia de la lesión sufrida.

Como vemos estos dos supuestos de rescisión solamente alcanza a un concreto tipo de acuerdo patrimonial, sin que se pueda predicar de otros pactos matrimoniales. Sin embargo existe un último supuesto de ineficacia por rescisión que sí se puede dar en cualquier tipo de estipulación matrimonial. Se trata de la rescisión por la influencia del trascurso del tiempo.

Entramos aquí en un punto clave, según mi opinión, del asunto que nos ocupa.

NOVENA.- A día de hoy uno de los puntos de mayor conflicto y de mayor interés que se suscita en el ámbito de los pactos matrimoniales es el de la posible inaplicación de alguna de las estipulaciones válidamente pactadas entre los cónyuges y que en tiempo posterior uno de los dos pretende dejar sin eficacia.

El periodo transcurrido entre el momento del otorgamiento y el tiempo en el que se ha de hacer valer puede que no diste mucho o, por el contrario, puede ser un gran lapso de años.

Aquí, al contrario de lo que pasaba en los otros tipos de rescisión puede ocurrir en cualquier tipo de pactos. Si bien es cierto que será más probable

se dé en los pactos prematrimoniales previsores de una futura crisis matrimonial, pues son los que, en principio, más tiempo puede transcurrir, desde que fueron otorgados antes o constante matrimonio hasta que pretendan hacerse valer una vez surgida la crisis matrimonial que desemboque en una separación o disolución del vínculo matrimonial; lo también indudables es que en pactos matrimoniales para fijar las reglas que han de regir constante matrimonio también puede darse la circunstancia que su efectividad se alargue en el tiempo y que las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de tomar la decisión de pactarlas hayan variado sustancialmente. Piénsese en el caso de un matrimonio que otorga un pacto matrimonial al poco de casarse respecto de algún asunto relacionado con los hijos, y que no procrean hasta diez años después de haber contraído, puede ser suficiente lapso de tiempo para que las realidades tomadas en cuenta en su momento se hayan modificadas sustancialmente, por ejemplo por la variación económica sufrida por uno de los dos cónyuges en caso de separación de bienes y que impida que el sufragamiento de la educación del menor en el centro privado que en principio habían pactado sea imposible de asumir al cincuenta por ciento por ambos progenitores.

En sede de convenio regulador también puede ocurrir que varíen las circunstancias tenidas en cuenta para fijar las reglas de la nueva situación, si se otorga por ejemplo para una separación bien de hecho bien judicial, y posteriormente, después de un trascurso de tiempo más o menos prolongado dichas condiciones se hayan alterado considerablemente a la hora de acudir a un procedimiento de divorcio, lo que haga devenir el convenio en ineficaz, debiendo fijar otro adaptado a las nuevas circunstancias, bien sea de nuevo pactado en un proceso de mutuo acuerdo o si no llega éste a producirse acudiendo a uno contencioso donde será el Juez el que fijará las nuevas reglas que regirán entre los ex cónyuges a partir de la sentencia.

Incluso también respecto de las capitulaciones matrimoniales puede darse que el paso del tiempo devenga en ineficaces lo pactado. Más extraño puede ser el supuesto en la práctica, pero posible. Así se me ocurre el que una pareja haya fijado su régimen económico matrimonial en participación en las ganancias del otro antes del contraer matrimonio y durante la vigencia del mismo, a lo largo de los años, uno de ellos se dedique al trabajo y al cuidado de la familia mientras que el otro cambiando considerablemente su forma de vida por adicción a sustancias o al juego, por ejemplo, o por cualquier otro motivo solamente tenga por ocupación

lapidar el patrimonio familiar, o se descubra la existencia de algún hijo extramatrimonial.

¿Sería justo que uno de los cónyuges se ha dedicado a trabajar y a la familia mientras el otro ha estado llevando ese tipo de vida éste último todavía tenga que derecho a participar en las ganancias del que tanto esfuerzo y sacrificio ha tenido que realizar durante años? ¿Es suficiente motivo para pretender la ineficacia de unas capitulaciones matrimoniales válidamente otorgadas?

DÉCIMA.- Las cuestiones que acabo de plantear no hacen más que reforzar lo anteriormente dicho respecto de este aspecto controvertido de los pactos matrimoniales, siendo a día de hoy uno de los puntos más discutidos de esta figura.

Muchos son los interrogantes que se proyectan. Por un lado la primera duda que viene a la mente es qué plazo de tiempo tiene que transcurrir para que pueda pretenderse la rescisión del pacto matrimonial en cuestión. Aunque nada se predice de este aspecto, entiendo que más que una cuestión de meses o de años se trata de haber transcurrido el tiempo necesario para que esas circunstancias hayan variado considerablemente.

Así creo que sucede algo parecido con lo establecido para la modificación de medidas, en el que se exige el cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta y dieron lugar a las medidas definitivas tomadas. Cuando se proyecta instar una modificación de las mismas, verdad es que tiene que haber transcurrido un cierto tiempo desde que se dictaron las medidas definitivas para que sea admitida a trámite la demanda, pero lo decisivo no es la cantidad de tiempo transcurrido, sino la acreditación del cambio de circunstancias producido así como el carácter perdurabilidad del mismo.

Por tanto lo trascendente será que ese lapso de tiempo haya dado lugar a circunstancias sobrevenidas que en el momento del otorgamiento no se pudieron prever.

La segunda de las dudas que se plantea es qué circunstancias son las que se deberán tener en cuenta para proclamar el cambio y que hechos serán intrascendentes en orden a no afectar a la eficacia de lo pactado.

Se deduce que el cambio de la situación o contexto que pretende hacerse valer para la rescisión de alguna de las cláusulas debe ser de cierta entidad, pues un mínimo cambio no supondrá dejar de aplicar un pacto perfectamente válido.

Al igual que para la modificación de medidas como acabo de exponer también será necesario a mi parecer que este cambio sea perdurable, es decir, que unas alteraciones de carácter temporal no darán lugar a la pretensión. Ello es así porque una variación circunstancial de las circunstancias que en un periodo más o menos breve de tiempo vaya a revertir no será suficiente para que prospere la rescisión.

Importante es también que ese cambio de circunstancias que el paso del tiempo ha puesto de relieve no se pudiera prever en el momento de estipular los pactos. De otro modo no se podrá hacer valer si es por culpa de la falta de previsión.

Otro de los puntos controvertidos necesitados de precisión es el de cómo debe afectar a los pactantes ese cambio de circunstancias permanentes y no previsibles por el trascurso del tiempo. Llegamos al punto clave.

UNDÉCIMA.- La cláusula *rebus sic stantibus*. Esta expresión de configuración jurisprudencial a falta de regulación, viene a querer decir mientras las cosas estén así.

Los jueces y tribunales vienen reconociendo en algunos contratos que la obligatoriedad de los mismos entre las partes debe predicarse mientras no concurran unas circunstancias, al momento de tenerse que cumplir que haga que las prestaciones de alguna de las partes ha devenido en excesivamente gravosas, rompiendo el desequilibrio económico del contrato.

En el tema del presente trabajo, como acabo de exponer, es bastante frecuente que en el momento de hacer valer determinado pacto matrimonial, una de las partes alegue que las circunstancias que se tuvieron en cuenta para el establecimiento del pacto en cuestión han variado sustancialmente haciendo especialmente gravoso el cumplimiento del acuerdo en cuestión. De esa manera pretenderá su ineficacia por el trascurso del tiempo. Es tarea de los jueces determinar caso por caso si se dan los requisitos necesarios para adoptar este principio y determinar si en virtud del mismo se debe atemperar el cumplimiento de la obligación y de qué modo.

Dado a que nos encontramos ante un axioma de carácter o configuración jurisprudencial, como acabo de decir, sería del todo necesario que en un tema tan poco desarrollado como el de los pactos matrimoniales se produjera su regulación. Piénsese que estamos en sede de derecho de

familia, donde existen unos principios inamovibles como lo son el interés superior del menor, el actuar a favor de la familia, o la protección a la parte más vulnerable, muchos de ellos bajo mandato constitucional, por lo que en aras a la seguridad jurídica se reclama tal necesidad. La cláusula *rebus sic stantibus* en principio parece pudiera estar incompatible con el aforismo *pacta sunt servanda*, puesto que si éste último nos dice que los pactos están para cumplirlos, en virtud del primero estamos predicando la ineficacia de los mismos, y por ende, su incumplimiento. Sin embargo ambos vocablos pueden ser complementarios puesto que de la conjunción de uno y otro podemos llegar a la máxima de que lo pactado se tiene la obligación de cumplirlo mientras no varíen las circunstancias que se tuvieron en cuenta para tomar ese acuerdo y que su íntegro cumplimiento haría que fuera sumamente gravoso para una de las partes de forma que se rompería el equilibrio de las prestaciones.

Por todo lo dicho entiendo que estamos junto con las materias que pueden ser objeto de un pacto matrimonial y con los límites que se deben tener en cuenta a la hora de establecerlo, en uno de los puntos clave o pilares que deben de fijarse para una futura reforma de la Ley que de una vez por todas tenga a bien regular los pactos matrimoniales.

DUODÉCIMA.- Por todo ello, después de señalar los cambios que se han ido produciendo paulatinamente en los últimos años sobre todo a raíz de la promulgación de nuestra Carta Magna, y la adaptación que ha tenido que ir haciendo el ordenamiento jurídico a sus mandatos; y apuntando también las carencias que nos encontramos en el día a día en relación con los pactos matrimoniales, figura que está en proyección creciente y que entiendo cada vez más se va a usar en nuestro país esta herramienta que en principio su función es prever de antemano el régimen económico matrimonial y todo lo relacionado con la economía doméstica y el patrimonio del matrimonio, así como otros aspectos relacionados con el enlace, abarcando igualmente las relaciones entre los contrayentes como con los hijos habidos del matrimonio, o previniendo los efectos de una futura crisis del matrimonio, bien antes que se produzca bien después de empezada la misma, originan confrontaciones que son precisamente las que se pretenden evitar por la falta de previsión legal.

Se trata de eliminar posibles desencuentros a los largo del matrimonio, teniendo los cónyuges de antemano claro las reglas que van a presidir su enlace, y para el caso de que se produzca una ruptura matrimonial, intentar

rebajar la factura de una separación, nulidad o divorcio, refiriéndome tanto a los costes pecuniarios como a los sentimentales o personales. Pero para ello tiene que el derecho proporcionarle las bases y el alcance de su disponibilidad, precisamente para evitar que sus acuerdos generen más contiendas de las que pretenden evitar.

Así mismo sería interesante, y dejo la vía abierta a que la reforma pudiera alcanzar materias conexas que se estando estrechamente relacionadas con el tema se pudieran transformar, como sería el caso, en materia hereditaria, de permitir el testamento mancomunado, donde los cónyuges pudieran realizar de manera conjunta la disposición de sus bienes para el caso de fallecimiento, incluso revisando el tema de las legítimas. En este caso apunto la posibilidad de que las mismas que tuvieran en cuenta, respecto de la de los hijos, de que la misma se tomara en cuenta en el conjunto de lo recibido por padre y madre en el caso de existencia de vínculo matrimonial entre los progenitores. Pues es frecuente la existencia en matrimonios con régimen de gananciales que existen bienes además privativos por herencia de los integrantes, y a la hora de dejar por partes iguales a sus hijos los bienes que disfrutaban el matrimonio se encuentran en la tesitura que quieren disponer, por ejemplo, el piso para el hijo 1 y el apartamento para el hijo 2, pero resultando el apartamento ser privativo de uno de ellos, se encuentran con el obstáculo de las legítimas que no se cubren con tal distribución, teniendo que realizar operaciones intermedias para salvar el obstáculo, como es el caso de una aportación a la sociedad de gananciales previa o la renuncia de los hijos a la herencia del progenitor que antes fallezca, pasando todos los bienes al haber del superviviente y posteriormente, una vez en el patrimonio del viudo/a éste hacer nuevo testamento dejando la distribución de bienes con la voluntad inicial de ambos. Todo ello con las precauciones pertinentes a la hora de no realizar renunciaciones que supongan designación de persona cierta para evitar la fiscalidad correspondiente, pues caso contrario se entendería aceptada la herencia y donada luego a la otra persona, para lo que se debe realizar como renuncia pura y simple para que no se entienda que en momento alguno ingresa en el patrimonio de hijo renunciante.

Con el Reglamento Europeo de Sucesiones, como hemos tenido ocasión de señalar, parece que el derecho comunitario ha abierto la puerta hacia la flexibilidad a la hora de realizar disposiciones mortis causa, permitiendo que una persona pueda elegir tanto la ley que va a regir su sucesión como el instrumento que mejor se adapte a las necesidades de su sucesión.

Por lo que concluyo resaltando, de nuevo, esa necesidad imperiosa de que, al igual que algunos de los derechos forales han empezado a desarrollar, el ordenamiento jurídico español complemente la escasa regulación vigente, más o menos desarrollada según el pacto de que se trate, y de una vez por todas lleve a cabo una reforma tan necesaria que permita que los cónyuges o futuros contrayentes sometidos a la vecindad civil común encuentren en su derecho las respuestas a sus necesidades de autorregulación, teniendo la tranquilidad de saber que están realizando su elección y otorgando sus pactos conforme a derecho.

BIBLIOGRAFÍA

A) BIBLIOGRÁFICAS

ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

AGUILAR RUIZ, LEONOR, Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad. Comentario a la SAP Cádiz de 26 de julio de 2013 (JUR 2013, 331848).

AIZPURUA ONDARO, GONTZAL, *De las fuentes del derecho civil vasco*, en URRUTIA BADIOLA, ANDRÉS M. (Dir.), “La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial”, Ed. Dykinson, 2016.

ALVÁREZ ALARCÓN, ARTURO, BLANDINO GARRIDO, M^a AMALIA, SÁNCHEZ MARTÍN, PABLO, “Las crisis matrimoniales”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2^a Edición, 2016.

ALEMANY GAL-BOGUÑA, J., MARIA, “La posibilidad de contratos prematrimoniales”, *Revista Jurídica De Cataluña*, Vol. 97, Nº 4, 1998, págs. 741 – 756.

ALEMANY GAL-BOGUÑA, JOSÉ M^a, “La posibilidad de contratos prematrimoniales”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 97, Nº 4, 1998, págs. 741 – 756.

ALGARRA PRATS, ESTHER, *El régimen Económico-Matrimonial de Partición*, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

ANGUITA RIOS, ROSA M., “Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales”, *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. II.

ANTÓN JUÁREZ, ISABEL, “Acuerdos Prematrimoniales: Ley Aplicable y Derecho Comparado”, en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2510>, f.c. 05-12-2017.

AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ, GINÉS CASTELLET, NÚRIA, “Los pactos en previsión de ruptura matrimonial como mecanismo de prevención y solución de posibles conflictos intraconyugales”, en ABEL LLUCH, XABIER (Coordinador), *Las medidas preventivas de conflictos*

jurídicos en contextos económicos inestables. Capítulo VI. “Medidas de prevención de conflictos en el ámbito familiar y sucesorio”, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 2014.

BARRIO GALLARDO, AURELIO, “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 13 / N° 46 – 2016, págs. 74 – 87.

BAYO DELGADO, JOAQUÍN, “Régimen económico matrimonial primario y terceros. Medidas cautelares en el proceso de familia”, en ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN SAN, (Director), “Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

BAYOD LÓPEZ, CARMEN, Sentencia de 15 de Enero de 2004 (RJ 2004, 202), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (Dir.), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones*, Ed. Aranzadi, 2009, Cizur Menor.

- “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes, Nulidad: estudios sobre la invalidez e ineficacia”, N° 2, 2006.

- *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1ª Edición, 1997, pág. 38, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, “Capítulos matrimoniales y estipulación capitular”, en Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1962, págs. 1 -58.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, *La mejora irrevocable*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

BELTRÁ CABELLO, CARLOS, “Pensión compensatoria en el divorcio. Requisitos. Comentario a la STS de 5 de octubre de 2016”, Revista CEFLEGAL. CEF, N° 192, enero 2017, págs. 53 – 56.

CALAZA LÓPEZ, SONIA, “El proceso consensual de separación y divorcio”, Revista de Derecho UNED, número 5, 2009.

CALLEJO RODRÍGUEZ, CARMEN, “El pacto de modificación de la pensión compensatoria contenido en el convenio regulador”, Actualidad Civil, N° 9, Sección Estudios de Jurisprudencia, septiembre 2004, tomo 2.

CALVO BABÍO, FLORA, “Aplicación Judicial del Derecho Extranjero en materia de familia”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, *Los regímenes económicos matrimoniales de comunidad en Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CARDONA GUASCH, OLGA, “*El régimen económico local de acogimiento en una cuarta parte de los «Milloraments»*”, págs. 717 – 732.

CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, *Guardia y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas, 1ª Edición, 2007.

CASTILLO SOLTERO, MARÍA DEL PILAR, “Clases de regímenes patrimoniales en el matrimonio”, en m.monografias.com/trabajos65/régimenpatrimonialmatrimonio/régimenpatrimonio2.shtml, f.c. 12-01-2017.

CASTIÑEIRA JEREZ, JORGE, “La ineficacia de los pactos en previsión de la ruptura conyugal ante el cambio sobrevenido de circunstancias”, Comunicació a les XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa, en http://dugi-doc.udg.edu:8080/bitstream/handle/10256/11027/Comunicacio_Castineira.pdf?sequence=1, f.c. 01-09-2017.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GULLERMO, *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*, ed. Reus, Madrid, 1ª edición, 2013.

CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, “Los acuerdo prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *El negocio jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

CONDE FUENTES, JESÚS, “Aspectos procesales de la separación y divorcio de mutuo acuerdo ante el letrado de la administración de justicia”, en PERALTA CARRASCA, MANUEL (Director), *Derecho de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

COSTA, JOAQUÍN, *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España*, Ed. Guara, Zaragoza, 1981.

CRESPO ALLUÉ, FERNANDO, “La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores en situaciones de crisis matrimonial”, en CUILARTE MARTÍN-CALERO, CRISTINA (Coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1ª Edición, 2009.

CUTILLAS TORNS, JOSÉ Mª, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000.

DÍEZ-PICAZO, LUIS, “El negocio Jurídico del Derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962, págs. 171 y ss.

DIEZ-PICAZO, LUIS, “La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de Familia”, en VILADRICH, PEDRO JUAN (Coord.), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1984.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 13, Agosto, 2007.

DURÁN RIBACOBIA, RAMÓN, “Del Matrimonio”, en CAÑIZARES LASO, ANA, PABLO DE CONTRERAS, PEDRO DE, ORDUÑA MORENO, JAVIER, VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO (Dir.), *Código Civil Comentado Volumen I*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2ª Edición, 2016.

ESPIN CANOVAS, DIEGO, “La igualdad conyugal en la reforma del Código Civil”, en AAVV, *El nuevo derecho de familia español*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1982.

ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, (Dir.), “La nueva Mudawwana marroquí: entre la tradición y la modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)”, Ed. Junta de Andalucía.

- *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1ª edición, 1999.

FERNÁNDEZ ARROYO, MARGARITA, “La reforma del sistema público de protección del menor en el ordenamiento jurídico español”, en PERALTA CARRASCA, MANUEL (Director), *Derecho de Familia: Nuevos Retos y Realidades. Estudios jurídicos de aproximación del Derecho Latinoamericano y Europeo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, “Título VIII De Las Capitulaciones Matrimoniales”, en RUBIO TORRANO, ENRIQUE, (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, ANA, “La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual”, *Foro, Nueva época*, Nº 3/2006.

FERNÁNDEZ-LUNA ABELLÁN, EMILIA, 2017, *Custodia compartida y protección jurídica al menor*, Tesis, Universidad Complutense de Madrid.

FIGUEROA TORRES, MARTA, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura. En España, Estado Unidos y Puerto Rico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER, “Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

GARCÍA RUBIO, M^a P., “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 2003, págs. 1669 – 1670.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”, Segunda ponencia. Las relaciones económicas en la crisis familiar, Ponencias de las XIII Jornadas de Derecho Catalán a Tossa, de Mar, Ed. Documenta Universitaria, Girona, 2005, págs. 95 – 121.

GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, “La intimidación en los contratos (Estudio jurisprudencial)”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, Y OTROS (Comité Organizador), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1^a edición, 2003.

GASPAR LERA, SILVIA, “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. III, págs. 1042 – 1074.

GASPAR LERA, SILVIA, “La ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias”, *Estudios de derecho judicial*, N^o 130, 2007, págs. 325-367.

GRANJO ORTIZ, ANIA, “La virtualidad jurídica del protocolo de la empresa familiar. Pactos para la contratación laboral de familiares y externos”, en PLAZA PENADÉS, JAVIER (Dir.), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y Cuba*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

JEREZ DELGADO, CARMEN, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ MUÑOZ, FRANCISCO JAVIER, “Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870”, en AUTORES VARIOS, *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI*, coedición Idadfe, UNED, y El Derecho, Madrid, 2006.

LACRUZ VERDEJO, JOSÉ LUÍS, “La reforma del régimen económico del matrimonio”, *Anales del Derecho Civil*, 1979, Fascículo 2 -3.

LASARTE, CARLOS, *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil VI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 7ª edición, 2008.

LINICERO DE LA FUENTE, MARÍA, “Orden de los apellidos”, *El Notariado del Siglo XI*, Colegio Notarial de Madrid, Nº 44, Julio-Agosto 2012.

LÓPEZ DE LA CRUZ, LAURA, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, In *Dret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre 2010, pág. 15.

LÓPEZ RICHART, JULIÁN, “De la administración de la sociedad de gananciales”, en RAMS ALBESA, J., MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio. (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dikynson, Madrid, 2005.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en *Daños en el Derecho de Familia*, VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2006.

MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Ed. J. M. Bosch Editor, S.A, Barcelona, 1995.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “El nuevo matrimonio civil”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Mª LOURDES, “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, *Aequalitas*, Nº 19, 2006, págs. 20 – 27.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, JOSÉ LUIS, “La familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 58, 2000, págs. 11 – 43.

MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ Mª, *La alteración de las circunstancias contractuales*, Ed. Civitas, Madrid, 1ª edición, 2003.

- “Riesgo negocial v. cláusula «rebus sic stantibus»”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2011.

MEDINA ALCOZ, MARÍA, “Los acuerdos prematrimoniales: Análisis de su tipología, validez y eficacia en el ámbito del derecho común”, en ECHEVARRÍA DE RADA, TERESA (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de Familia*, Ed. La Ley, Las Rozas, 1ª Edición, 2013.

MONTAÑANA CASANÍ, AMPARO, *La rescisión por lesión (Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, JUAN, *Los alimentos a los hijos en los procesos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MORENO VELASCO, V., *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2013.

MORENO-TORRES HERRERA, M. LUISA, “El pago del préstamo hipotecario tras el divorcio”, In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero, 2017.

NÚÑEZ BOLUDA, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS, Ed. McGRA W-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A., Madrid, 1ª edición, 1996.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. José María Bosch editor, Barcelona, 2ª Edición, 1992.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA, *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 1ª Edición, 2013.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, “Notas acerca de la acción de rescisión por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia”, Revista General del Derecho, Nº 520 – 521, 1988, págs. 61 – 79.

- El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2006.

PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “Autonomía de la Voluntad y Derecho de Familia” en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*, Tomo I Derecho de la persona, familia y sucesiones, AAVV, Consejo General del Notariado, 2012.

PÉREZ GALVÁN, MARÍA, “Convenio Regulador”, en ROCAS TRÍAS, ENCARNACIÓN, *Crisis Matrimoniales*, Ed. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2014.

PÉREZ HEREZA, JUAN, “La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, El Notario del Siglo XXI, N° 18 marzo – abril 2008.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Dimensiones de la Igualdad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO JAVIER, “Enfoque actual de la Pensión Compensatoria”, *ElDerecho.com*, 1 de septiembre de 2011, en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Enfoque-actual-pension-compensatoria_11_310555003.html.

PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, FRANCISCO JAVIER, “Separación o divorcio no judicial”, *aeafa*, septiembre 2016, en http://www.aeafa.es/imagenes_propias/223214/2016_09_01_SEPARACION_DIVORCIO_NO_JUDICIAL.pdf, f.c. 2-5-2017.

PÉREZ SANZ, ANTONIO, “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 26, Madrid, 1985, págs. 7 – 34.

PINTO ANDRADE, C., “La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial” *Revista De Derecho De Familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N° 49, 2010, págs. 63 - 74.

PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, *El convenio regulador y su aplicación práctica*, Ed. Bosch, Hospitalet de Llobregat, 1ª edición, 2013.

PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, *La atribución del uso de la vivienda familiar*, Ed. Bosch, Barcelona, 1ª Edición, 2011.

PINTO ANDRADE, CRISTÓBAL, “Controversia: Validez y eficacia de un pacto prematrimonial penalizador de la ruptura”, *Jurisprudencia Derecho de Familia*, 23 de julio de 2013, consultado en www.google.es/amp/s/jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/2013/07/23/controversia-validez-y-eficacia-de-un-pacto-prmatrimonial-penalizador-de-la-ruptura/amp/, f.c. 8 de abril de 2017.

POLO SABAU, JOSÉ RAMÓN, *Matrimonio y Constitución ante la reforma del Derecho de Familia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2006.

POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, VAQUER ALOY, ANTONI, BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, “Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2ª Edición.

POZO FERNÁNDEZ, MARIBEL, “Renuncia anticipada a la pensión compensatoria”, *Revista La Toga. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, N° 186, diciembre 2012.

PRATS ALBENTOSA, LORENZO, “La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios”, AFDUAM 10, 2006.

QUINZÁ REDONDO, JACINTO, *Régimen Económico Matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, “Los deberes conyugales”, Anuario de la Facultad de Derecho, Nº 14 – 15, 1996 – 1997, págs. 261 – 314.

RAPÚN GIMENO, NATIVIDAD, *La dote prometida. Alegaciones a un proceso de “iurisfirme gravaminum factorum” (1656)*, Derecho Aragonés, Cuadernos “Lacruz Berdejo”, Trabajos de Postgrado, núm. 2, 2005.

REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ, “La influencia del régimen económico del matrimonio en la empresa familiar”, en PLAZA PENADÉS, JAVIER (Dir.), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y en Cuba*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *La reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña*, en BARRADA ORELLANA, REYES, GARRIDO MELERO, MARTÍN, NASARRE AZNAR, SERGIO (Coordinadores), “El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

ROCA I TRIAS, ENCARNA, *Libertad y Familia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROCHA ESPÍNDOLA, MARTÍN ANSELMO, “El principio del libre desarrollo de la personalidad en la persona, el matrimonio y la familia”, Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, Número 2 (2), Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ PARADA, ANA ISABEL, “El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS, RAJOY BREY, ENRIQUE (Coordinadores), *Regímenes Económico-Matrimoniales y Sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial Tomo I*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2008.

ROMÁN GARCÍA, ANTONIO M., El derecho consuetudinario: el Fuero del Baylío, en SOTO RUIZ, JOSÉ JAVIER, MONEDA DÍAZ, FRANCISCO LA, (Coordinadores), *Estudios sobre el Fuero de Baylío en Memoria de Don José Soto García-Camacho*.

ROMÁN MORENO, JOSÉ RAMÓN SAN, (Director), “Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- *Incumplimiento de los deberes conyugales y derecho a indemnización*, Ed. Reus, Madrid, 1ª Edición, 2012

SÁNCHEZ FARFAN, ZULAY, “Ineficacia de los actos jurídicos”, en <http://m.monografias.com/trabajos40/ineficacia-actos-juridicos-/ineficacia-actos-juridicos2.shtml>, última consulta 15-04-2017.

SÁNCHEZ DE LEÓN GUARDIOLA, PAULA, COMPANY CARRETERO, FRANCISCO-JAVIER, “El interés superior del menor y el derecho del niño a ser escuchado”, Ed. Wolters Kluwer, Actualidad Civil n.º 7-8, julio-agosto 2017, N.º 7, 1 de julio de 2017.

SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, “Nulidad y rescisión del convenio regulador y de la liquidación de la sociedad legal de gananciales”, en REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS, SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, VALDÉS-SOLIS CECCHINI, FERNANDO, LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, MARÍA CONCEPCIÓN, *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en PÉREZ DAUDÍ, VICENTE (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.

SILLERO CROVETTO, BLANCA, *Crisis Matrimoniales. Nulidad, Separación y Divorcio. Tras las Reformas Legislativas de 2015*, Ed. Juruá, Lisboa, 2ª Edición, 2015.

TORRALBA SORIANO, VICENTE, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

TORRERO MUÑOZ, MAGDA, “Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio”, en LLOPIS GINER, JUAN MANUEL (Coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALENA, “La autonomía de la voluntad en materia de pensión compensatoria y su repercusión en el nacimiento de la pensión de viudedad”, Centro de Estudios de Consumo, consultado en www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/29/pensioncompyviudedad.pdf, f.c. 3-12-2016.

URRUTIA BADIOLA, ANDRÉS, “Concepto, Naturaleza Jurídica y Caracteres de las Capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE,

FRANCISCO, Dir., *Patrimonio conyugal: Los regímenes económicos y otros ámbitos de autorregulación, capitulaciones y donaciones por razón de matrimonio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

VARGAS BENJUMEA, INMACULADA, *El fraude en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Mecanismos de Defensa para el Acreedor Perjudicado*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª Edición, 2014.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Administración y Liquidación del Régimen Económico del Matrimonio. Interpretación básica Jurisprudencia. Formularios*, ed. Dijusa, Madrid, 1ª edición, 2004.

VEGA SALA, FRANCESC, en ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, Coord., “Persona y Familia. Libro Segundo de Cataluña”, Ed. Sepín, Las Rozas, 2011.

VEGA SALA, FRANCISCO, “El nuevo derecho del matrimonio”, en AAVV, *El nuevo derecho de familia español*, Ed. Reus S.A., Madrid, 1982.

VERDA BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, “La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio”, *Revista Boliv. De derecho*, N° 17, enero 2014, págs. 10 – 31.

VERDA Y BEAMONTE DE, J.R. (Coordinador), “Derecho Civil IV. Derecho de Familia”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, CHAPARRO MATAMOROS, PEDRO, “Derecho de familia y obligación de alimentos”, en VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE, *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2016.

VERDERA IZQUIERDO, BEATRIZ, “Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, Barcelona, 2016.

YAÑEZ VIVERO, FÁTIMA, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales*, Servicios de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003.

ZAVALETA VELARDE, BRAULIO, “Integración de Derecho Civil y Procesal Civil”, en http://files.uladech.edu.pe/docente/17906995/INTEGRACION_DERECHO_CIVIL_Y_PROCESAL/Sesi%C3%B3n%202003/Contenido_03.pdf, f.c. 2-2-2016.

ZOCO ZABALA, Cristina, “Violencia de género ocasional desde la perspectiva de la igualdad material y formal: Sentencias del Tribunal Constitucional, 100/2008, de 24 de julio, 82/2008, de 17 de julio, y

59/2008, de 14 de mayo”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 20/2008, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2008.

DERECHO CIVIL OBLIGACIONES Y CONTRATOS (VOLUMEN II) JUDICATURA, Ed. Carperi, septiembre 2008, Madrid.

Sentencia de 15 de Enero de 2004 (RJ 2004, 202), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (Dir.), “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones”.

Wikipedia

B) LEGISLATIVAS

Código Civil

Código Civil de Cataluña

Código de Familia

Constitución de 1931

Constitución Española de 1978

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón»

Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares

Fuero Baylío

Fuero Nuevo

Gran Enciclopedia Aragonesa

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Navarra

Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Navarra

Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

Ley 7/2015, de 30 de junio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores

Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano

Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Ley Valenciana 8/2009, de 4 de noviembre de 2009

Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Ley 25/2010, de 29 de julio

Ley 8/2009, de 4 de noviembre

Ley 25/2010, de 29 de julio, por el que se aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Ley de Causas Matrimoniales de 1973

Ley del Notariado

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor

Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos

Real Decreto 79/1990, de 6 de Septiembre

Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, publicado en BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007.

Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, aprobado por Real Decreto nº 828/95 de 29 de Mayo

Reglamento Hipotecario

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Circular 1/2001, 5 de abril de 2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles

Derecho europeo

Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Carta europea de los derechos del niño (DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992)

Carta Europea de Derechos Fundamentales

Convención de Derechos de Niño

Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000

Reglamento (UE) Nº 605/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo

Reglamento (UE) Nº 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales

Reglamento (UE) Nº 2016/1104 DEL CONSEJO de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas

Códigos Civiles extranjeros

Código Civil de Ecuador
Código Civil Rumano
Código Civil Francés
Código Civil Portugués
Código Civil de Perú
Código Civil de Ecuador
Código Civil de Colombia
Código Civil Italiano
Código de Familia de Marruecos
Código Civil de Rumanía
Código de Comercio

EEUU

Uniform Premarital Agreement Act acordado en el año 1983 por la
National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
Uniform Premarital and Marital Agreements Act
Principles of the law of family dissolution

Inglaterra

Ley de Causas Matrimoniales de 1973 (Matrimonial Causes Act 1973)

Italia

Ley N° 142, de 10 de mayo de 1981

Colombia

Ley N° 25

C) JURISPRUDENCIALES

Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia de La Rioja, Sección 1ª, N° 207/2009, de 22 de junio, Recurso N° 136/2009, ponente Alfonso Santisteban Ruiz
Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, N° 42/2003 de 17 de febrero, Recurso N° 187/2002, ponente María Soledad Jiménez de Cisneros Cid

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª de 12 de diciembre de 2000

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4ª, de 16 de febrero de 1998

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 1992

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, Número 594/2009, de 19 de noviembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª, Nº 411/3013, de 26 de julio, Recurso Nº 52/2013, ponente Rosa María Fernández Núñez

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 14 de julio de 2003, ponente Antonio Jiménez Blaco

Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña, Sección 4ª, número 141/2009, de 20 de marzo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, Nº 340/ 2005 de 5 de mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1ª, Nº 136/2005, de 19 de mayo

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1ª, Nº 211/2009, de 22 de junio, Recurso Nº 174/2008, ponente Luis Miguel Rodríguez Fernández

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Secc. 4ª, núm. 65/2004, de 29 de enero

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Nº 277/ 2007, de 8 de octubre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de febrero de 2010

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, Nº 539, Rollo de Apelación 191/2005, de 20 de junio de 2005

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, núm. 75/2000, de 12 de febrero, ponente José Ramón Godoy Méndez

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 16 de diciembre de 1989

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Nº 364/2005, de 7 de septiembre

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Nº 175/2016, de 24 de mayo de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 19 de enero de 2004

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Nº 372/2008 de 29 de mayo, Recurso Nº 763/2997, ponente Margarita Blasa Noblejas Negrillo

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Nº 597/2004, de 2 de noviembre, Recurso Nº 594/2004, ponente María del Carmen Escrig Orega

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Nº 82/2003, de 22 de febrero, Recurso Nº 434/2002, ponente Francisco Tuero Aller
Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, Nº 137/2005, de 3 de mayo, Recurso Nº 155/2004, ponente Carmen Pilar Catalan Martin de Bernardo

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1994, de 12 de mayo
Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1989
Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989
Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984
Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril de 2016
Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de abril de 2016
Sentencia del Tribunal Constitucional, 176/2008, de 22 diciembre

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo Nº 548/1998, de 11 de junio, Recurso Nº 1474/1994, ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez
Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1990, ponente Manuel González Alegre Bernardo
Sentencia del Tribunal Supremo Nº 97/2005, de 14 de febrero, Recurso Nº 3331/1998, ponente José Almagro Nosete
Sentencia del Tribunal Supremo Nº 1100/1999, de 15 de diciembre, Recurso Nº 2412/1995, ponente Alfonso Villagomez Rodil
Sentencia del Tribunal Supremo Nº 1085/1996, de 16 de diciembre, Recurso Nº 2016/1993, ponente José Almagro Nosete
Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 1996
Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de diciembre de 1987
Sentencia del Tribunal Supremo, Nº 233/2012, de 20 de abril, Recurso Nº 2099/2010, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, Nº 156/2017, de 13 de marzo, Recurso 4/2017, ponente Francisco Bellido Soria
Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1985
Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1997
Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 1993
Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1988
Sentencia del Tribunal Supremo, Nº 134/2014 de 25 de marzo, Recurso Nº 1313/2011, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 261/2012, de 27 de abril, Recurso N° 467, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1990
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 217/ 2011, de 31 de marzo, Recurso N° 807/2007, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 1990
Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 1991, ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 1017/2008, de 30 de octubre de 2008
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 135/2015, de fecha 27 de marzo
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 159/1989
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 1085/1996, de 16 de diciembre, Recurso N° 201671993, ponente José Almagro Nosete
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 178/2013, de 25 de marzo, Recurso N° 2201/2010, ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 184/2012, de 2 de abril, Recurso N° 1594/2010, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 171/2012, de 4 de octubre de 2012
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 188/2011, de 28 de marzo, Recurso N° 2177/2007, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 333/2014, de 30 de junio, Recurso N° 2250/2012, Ponente Francisco Javier Orduña Moreno
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 370/2012, de 18 de junio de 2012, Recurso N° 1723/2009, ponente Encarnación roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 392/2015, de 24 de junio de 2015, Recurso N° 2392/2013, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas
Sentencia del Tribunal Supremo N° 689/2011, de 20 de octubre, Recurso 825/2009, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 410/1997, de 16 de mayo
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 45/1989
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 654/2015, de 19 de noviembre, Recurso N° 1329/2014, ponente Pedro José Vela Torres
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 678/2015, de 11 de diciembre de 2015, Recurso N° 1722/2014, ponente José Antonio Sijas Quintana
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 758/2011, de 20 de diciembre
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 767/2001, de 23 de julio, Recurso N° 1690/1996, ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 944/2007, de 25 de septiembre, Recurso N° 4163/2000, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 991/2008, de 5 de noviembre, Recurso N° 962/2002
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 188/2011, de 28 de marzo, Recurso N° 2177/2007

Sentencia del Tribunal Supremo 250/2013, de 30 de abril, Recurso N° 988/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 168/2017, de 8 de marzo, Recurso N° 117/2006

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 723/2013, de 14 de noviembre, Recurso 731/2012, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 69/2017, de 3 de febrero, Recurso N° 2098/2016

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 55/2017, de 27 de enero, Recurso N° 2238/2015

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 155/2017, de 7 de marzo, Recurso N° 1158/2016

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 641/2011, de 27 de septiembre, Recurso N° 1467/2008

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 664/2015, de 19 de noviembre de 2015, Recurso N° 2724/2014

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 104/2014, de 20 de febrero, Recurso N° 2489/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 250/2013, de 30 de abril, Recurso N° 988/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 61/2017, de 1 de febrero, Recurso N° 1928/2016

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 242/2016, de 12 de Abril, Recurso N° 1225/ 2015

Sentencia del Tribunal Supremo N° 251/2016, de 13 de abril, Recurso N° 1473/2015

Sentencia del Tribunal Supremo N° 350/2016, de 26 de mayo, Recurso N° 2410/2015

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 54/2011, de 11 de febrero, Recurso N° 500/2008

Sentencia del Tribunal Supremo N° 55/2016, de 11 de febrero, Recurso N° 470/2015

Sentencia del Tribunal Supremo N° 481/2015, de 22 de julio, Recurso N° 737/2014

Sentencia del Tribunal Supremo N° 481/2015, de 22 de julio, Recurso N° 737/2014

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 562/2009 de 17 de julio, Recurso N° 1369/2004, Ponente Encarnación Roca Trías

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 864/2010, de 19 de enero, Recurso N° 52/2006, Ponente Encarnación Roca Trías

Sentencia del Tribunal Supremo N° 686/2016, de 21 de noviembre, Recurso N° 2998/2015, ponente José Antonio Seijas Quintana

Sentencia del Tribunal Supremo, N° 55/2015 de 12 de febrero, Recurso N° 2899/2014, ponente Eduardo Baena Ruiz
Sentencia del Tribunal Supremo 54/2011, de 11 de febrero, Recurso N° 500/2008, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, Recurso N° 1949/2008, de 22 de junio de 2011
Sentencia del Tribunal Supremo N° 864/2010 de 19 de enero, N° Recurso 52/2006, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo N° 230/2002, de 14 de marzo, Recurso N° 3003/1996, ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández
Sentencia del Tribunal Supremo, Recurso N° 2992/2012, de 15 de octubre de 2014
Sentencia del Tribunal Supremo N° 839/2008, de 10 de octubre de 2008, Recurso N° 1923/2002, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo N° 108/2014, de 19 de febrero, Recurso N° 15/2012, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz
Sentencia del Tribunal Supremo N° 572/2015, de 19 de octubre de 2015, N° Recurso N° 1984/2013, ponente Eduardo Baena Ruiz
Sentencia del Tribunal Supremo N° 111/2015, de 2 de marzo, Recurso N° 735/2014
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 10/2010, de 9 de febrero, Recurso N° 501/2006, ponente Encarnación Roca Trías
Sentencia del Tribunal Supremo, Recurso N° 807/2007, de 31 de Marzo del 2011, ponente José Antonio Sijas Quintana
Sentencia del Tribunal Supremo N° 900/2005, de 10 de noviembre, N° Recurso 1540/1999, ponente Clemente Auguer Liñan
Sentencia del Tribunal Supremo, N° 726/2013, de 19 de noviembre, Recurso N° 357/2012, ponente José Antonio Seijás Quintana
Sentencia Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 18 de febrero de 1991

Tribunales extranjeros

Sentencia de la Corte Suprema de Georgia, caso Scherer v. Scherer, 1982
Sentencia del Tribunal de Florida, caso Del Vecchio v. Del Vecchio, de 29 de junio de 1962
Sentencia del Tribunal Supremo EEUU, caso In re Marriage of Dawley, de 1976

ANEXO

1. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

1.1. Los pactos matrimoniales en Estados Unidos

Hace algunos años, aquí en España, si se oía hablar de pactos matrimoniales automáticamente se pensaba en que eso era cosa de Estados Unidos, y bien es cierto que el Derecho norteamericano en esta materia es uno de los que más nos ha influido en la introducción y evolución de los pactos matrimoniales, cuyo contenido no sea el típico de las capitulaciones que sí estaba presente en nuestro ordenamiento desde unos años atrás.

Aunque nos parezca lo contrario, ni siquiera en EE.UU. el tema de los pactos matrimoniales tiene una tradición que se remonte en el tiempo, sino que se puede fijar el inicio de su admisibilidad en el año 1972 con ocasión del caso *Posner v. Posner*³³⁷.

Antes de entrar en materia, me parece interesante la consideración que hace Antón³³⁸ al poner de manifiesto que “*EE.UU. es una nación con un sistema plurilegislativo, no hay un único ordenamiento jurídico sino tantos como Estados Federales. Así, podemos decir que en EE.UU. existen 51 ordenamientos jurídicos –los ordenamientos de cada uno de los Estados más el del Distrito de Columbia–. El Derecho de familia es una materia federal lo que implica que cada Estado puede regular dicha materia, y por tanto, que existan 51 regulaciones distintas. Sin embargo no es del todo así, ya que, sin obviar matices, se puede decir que la regulación estadounidense respecto al Derecho de familia es similar entre Estados, ad. ex., el régimen económico matrimonial imperante es el de separación de bienes, salvo en tres Estados, California, Nuevo México y Louisiana. ...*

³³⁷ *Posner v. Posner*, 233 So. 2d. 381.

³³⁸ ANTÓN JUÁREZ, ISABEL, *Acuerdos Prematrimoniales: Ley Aplicable y Derecho Comparado*, CDT, Vol. 8, Nº 2, 2016, pág. 8.

Los puntos comunes en Derecho de Familia entre Estados van a influir, como es lógico, en el tratamiento legal que reciban los acuerdos prematrimoniales. Así, se podría decir que por regla general los acuerdos prematrimoniales se admiten en los 50 Estados”.

Un vez hecha esta introducción, y volviendo a los orígenes del reconocimiento de los acuerdos prematrimoniales por parte de los Tribunales norteamericanos, y tras haber afirmado anteriormente que el primer caso lo debemos fijar en el año 1972 con ocasión del caso *Posner v. Posner*, tenemos que señalar que existe un antecedente a éste en el que se apoya la Sentencia del Tribunal de Florida que es el caso *Del Vecchio v. Del Vecchio*³³⁹ dictada por el mismo Tribunal.

Hasta entonces se venía rechazando la admisibilidad de los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial fundamentalmente por dos razones, por considerarlos contrarios al orden público y por entender que iban en contra de la institución del matrimonio puesto que se tenía la creencia de que favorecían la ruptura matrimonial.

En el citado caso *Del Vecchio v. Del Vecchio* se planteó la validez de un acuerdo prematrimonial, no en previsión de ruptura matrimonial, sino en previsión del fallecimiento del esposo (de mayor edad que la mujer, en concreto 33 años), por el que la futura esposa renunciaba a los derechos hereditarios patrimoniales que le pudieran corresponder con el fin de que los bienes del esposo pasaren a manos del hijo del esposo habido de un anterior matrimonio.

El Tribunal de Florida en sentencia de fecha 29 de junio de 1962 consideró que el acuerdo era válido, y por ende vinculante, apoyándose en dos argumentos: en primer lugar el consentimiento válido, consciente y libre, de conformidad con los requisitos exigidos para cualquier contrato; y en segundo lugar, que previo al otorgamiento del consentimiento la futura esposa había dispuesto de la información del patrimonio del esposo, por lo que tenía conocimiento de las consecuencias de su renuncia.

Volviendo al que decíamos es primer caso en el que se reconoce la validez de un pacto en previsión de ruptura matrimonial, *Posner v. Posner*, se trata de un acuerdo celebrado catorce días antes de la celebración del

³³⁹ Caso *Del Vecchio v. Del Vecchio*, 143 So. 2d 17.

matrimonio en el cual se acuerda que el Sr. Posner, en caso de ruptura matrimonial, deberá abonar la cuantía de 600 dólares mensuales para su esposa y 600 dólares por cada uno de los hijos que hubiera tenido el matrimonio.

Después de seis años casados y de dos hijos en común el matrimonio se rompe, y la Sra. Posner demanda el cumplimiento del citado acuerdo y el Sr. Posner niega su validez alegando los motivos que hasta ese momento había recogido la jurisprudencia, especialmente por entenderlos contrarios al orden público.

Sin embargo el Tribunal apoyándose en el precedente que hemos relatado, declaró la validez del acuerdo, destacando en primer lugar que estos pactos no vulneran el orden público, puesto que en la sociedad de esa época ya está instaurado el divorcio, siendo algo usual y frecuente, por lo que pactar sus efectos no lo fomenta y no contraviene el orden público. Además, se argumentaba que el consentimiento había sido prestado válidamente por ambos y además se tuvo en cuenta que no se habían producido cambios considerables en el patrimonio de ambos desde que se realizó el acuerdo, sentando que únicamente si las circunstancias hubieran cambiado de modo que provocaran que el pacto llegara a ser desproporcionado, se tendría por no vinculante.

Después de este caso se fueron planteando otros muchos ante los Tribunales norteamericanos, siendo la tónica habitual la aceptación de la validez de estos acuerdos, en base a la anterior citada Sentencia de 1962, fraguando poco a poco los requisitos para su validez.

Uno de los casos a destacar es el caso *In re Marriage of Dawley*³⁴⁰, que se resolvió ante el Tribunal Supremo de 1976, por sentencia de fecha 29 de

³⁴⁰ Caso *In re Marriage of Dawley*, 17 Cal.3d 342. En este asunto una pareja formada por un ingeniero el Sr. James Dawley, y una maestra la Sra. Johnson, tras varios años de mantener una relación sentimental deciden hacer vidas separadas, pero tras enterarse ella que está embarazada y con el objeto de no truncar sus carreras ni su prestigio social acuerdan unirse en matrimonio. Sabiendo que se trata de una “solución” temporal ambos deciden realizar un pacto prematrimonial en los siguientes términos: en primer término establecen un régimen de separación de bienes, acordando mantener sus patrimonios de forma separada y renunciando al régimen de comunidad; en segundo lugar, pactan que el señor Dawley durante un periodo de catorce meses se haría cargo de mantener a la futura esposa así como a su hijo, periodo tras el cual ella se reincorporaría a su puesto de trabajo tras haber dado a luz. Sin embargo el matrimonio duró siete años tras la firma del acuerdo. Momento tras el cual y con ocasión del divorcio ella alega la

prematrimonial por ser contrario al orden público, puesto que se había otorgado previniendo la no durabilidad del matrimonio. El Tribunal consideró que no se puede declarar la nulidad de los pactos prematrimoniales según unos criterios subjetivos, sino que sentando unas nuevas bases para la determinación de la eficacia de los pactos, estableció que son parámetros objetivos los que se deben tener en cuenta para determinar si se vulnera el orden público. También la citada sentencia se fijó otra declaración que sería utilizada posteriormente en los años venideros, y es que con ocasión de alegar también la esposa que no había voluntad en su consentimiento al haberse producido en un ambiente de confianza característico de una relación sentimental, el Tribunal asevera: no puede presumirse que las partes que no han contraído matrimonio todavía mantienen entre ellos una relación basada en la confianza que, necesariamente, influya en el consentimiento de los cónyuges.

Otro de los asunto a destacar en este periodo es el caso *Osborne v. Osborne*³⁴¹, en el cual la futura esposa rica e importante heredera junto con su novio un joven médico con buenas perspectivas laborales pero sin patrimonio todavía, pocas horas antes de contraer matrimonio pactan un acuerdo prematrimonial en el que se establece que la separación de bienes y al tiempo la renuncia por parte de ambos de cualquier pensión que pudiera corresponderles.

Llegado el divorcio el marido alega la nulidad del pacto por existir vicios del consentimiento, al haber firmado pocas horas antes del enlace, y por ende entender que los bienes adquiridos durante el matrimonio serían en régimen de comunidad, y para el caso de no prosperar la mitad de algunos de esos bienes por haber sido donaciones de su mujer constante matrimonio

El Tribunal dictó la validez del pacto y fijó en la resolución los requisitos que son necesarios. Primero proclama la validez de los pactos que versen sobre la cuantía de la pensión de alimentos o compensatoria así como precisar un reparto de bienes distinto al que esté establecido por Ley, siempre que sea equitativo, tanto en el momento de otorgar el pacto como

nulidad del citado acuerdo y la aplicación del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes como supletorio en el Estado de California.

³⁴¹ Caso *Osborne v. Osborne*, 384, 591, (Mass.1981).

en el de revisar su validez. En caso contrario el Tribunal está legitimado para modificar lo pactado con el fin de que sea razonable y cumpla con el requisito exigido.

Una vez fijadas estas premisas declara no haber lugar a la petición del esposo dado su conocimiento en el momento de la firma de su conocimiento del patrimonio de su futura mujer, y tampoco se probó que su esposa le hiciera donaciones de inmuebles durante el matrimonio.

Otro momento importante en la evolución de los pactos prematrimoniales en EE.UU. fue la Sentencia dictada en 1982 por la Corte Suprema de Georgia. Su trascendencia radica en la creación de un “test” para determinar la validez de tales pactos.

Se crea con ocasión del caso *Scherer v. Scherer*³⁴², en el que se declara la validez del acuerdo firmado en base a unos parámetros que se tienen que tener en cuenta para proclamarla. Este test tiene en cuenta estos parámetros o requisitos:

1. Debe haber existido un consentimiento libre y válidamente emitido por ambos; sin que haya mediado error, fraude o coacción.
2. Que el acuerdo no sea desproporcionado. (Sin que en esta sentencia se precise nada más al respecto).
3. Por último, que las circunstancias desde que se firmó el acuerdo no hayan cambiado de tal modo que se haya convertido en injusto.

Destacable es el acuerdo *Uniform Premarital Agreement Act* acordado en el año 1983 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

Brevemente reseñar que pese su gran importancia no fue uniformemente aceptado por todos los Estados, solamente vigente en 27 de ellos, y no

³⁴² Caso *Scherer v. Scherer*, 249 GA. 635, 292 S.E. 2D 662. En el citado caso los futuros contrayentes ambos provenientes de anteriores matrimonios y con hijos de esa primera unión, realizan un pacto prematrimonial e indicando que han recibido ambos asesoramiento para su otorgación por el que, en previsión de disolución del matrimonio por el fallecimiento de cualquiera de ellos, aunque se deja la puerta abierta a que se pueda aplicar a otros supuestos de disolución del matrimonio, estipulan que la futura Sra. Scherer renuncia a los derechos que le pudieran corresponder de la empresa familiar de su futuro marido, para que pueda transmitirse a los hijos de éste, a cambio de que el Sr. Scherer suscribiere una póliza de seguro a favor de ella.

todos lo aceptaron de igual forma, puesto que en algunos de ellos sufrió modificaciones.

Básicamente tras intentar definir los acuerdo prematrimoniales, los circunscribe solamente a las parejas casadas, y solamente para desplegar sus efectos tras el matrimonio. Los mismos, según refiere, deben constar por escrito y estar firmados por ambos otorgantes, y requiere que exista voluntad sin vicios. El mismo no tiene que ser desproporcionado y finalmente para decretar su ineficacia se tiene en cuenta el interés público.

Tras esta etapa, vienen otros muchos casos de diversa índole, del que destacamos el caso *Simeone v. Simeone*³⁴³, su importancia en que el Tribunal Supremo de Pensilvania en 1990 trata a los acuerdos prematrimoniales como si se tratara de cualquier otro contrato sin consideraciones por pertenecer al Derecho de familia.

En la Sentencia se pone de manifiesto que para que exista un vicio en el consentimiento que justifique la invalidez del acuerdo se tienen que estar a las normas generales de la contratación y por ello solo se tiene que atender a si existió error, fraude o intimidación. No teniendo en cuenta otros elementos como la falta de asesoramiento profesional, que es lo que alegaba la esposa para solicitar la nulidad del acuerdo.

Después de la Sentencia aludida existen otros casos en el que su planteamiento ha sido matizado, en los que sí se diferencian los contratos generales de los acuerdos prematrimoniales; y en los que respecto de la invalidez por falta de asesoramiento se establece se debe analizar los hechos probados caso por caso.

³⁴³ Caso *Simeone v. Simeone*, 581 A. 2d 162. En el presente caso un médico cirujano de 39 años tiene intención de casarse con joven enfermera sin trabajo de 23 años, para lo cual la noche anterior al enlace le presenta un documento a firmar redactado por los abogados de él y sin que ella tenga ningún tipo de asesoramiento legal, por el cual pactan que en caso de ruptura ella recibirá una pensión en cuantía de 200 dólares mensuales hasta un máximo de 25.000 dólares. Después de siete años de matrimonio la pareja decide separarse y el esposo cumple con lo pactado y le abona la cuantía máxima fijada. Dos años después de la separación la esposa inicia el procedimiento de divorcio y solicita pensión de alimentos, alegando la nulidad del acuerdo por vicio en el consentimiento al no haber contado con asesoramiento legal antes de la firma del acuerdo.

En 2002 se publica un texto *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*, donde se tratan tanto los acuerdos prematrimoniales como los otorgados durante el matrimonio. En este se recogen los criterios que deben presidir a los acuerdos para su validez: consentimiento libre; asesoramiento independiente; posibilidad de renunciar a derechos legales bien porque se ha tenido asesoramiento legal previos, bien porque se recoge claramente en el acuerdo; información sobre el patrimonio del otro firmante; posibilidad de renuncia a alimentos siempre que ello no suponga la necesidad de ayuda por el Estado.

También incluye una serie de materias que no serían vinculantes para el Tribunal como son las que causen perjuicio a los hijos, entre otras.

También en el mismo año se publica el *Principles of the law of family dissolution*. Su objeto es dar las pautas para que las legislaciones de cada uno de los Estados se unifiquen en la medida de lo posible.

Su ámbito son cualquier pacto que se dé con ocasión de una relación matrimonial o de pareja, fijando los requisitos para su validez: 1) Consentimiento informado; 2) Ausencia de “injusticia sustancial” en el momento de hacerlo valer.

Con todo lo expuesto llegamos al momento actual, en el que lamentablemente tenemos que afirmar que no existe un tratamiento legal igual y unitario en cuanto a los pactos matrimoniales en el derecho norteamericano.

Podemos concluir que actualmente tienen un trato diferenciado de los demás contratos generales por razones de orden público. La autonomía de la voluntad de los contratantes goza en general de gran libertad, siempre que no se trate de asuntos relacionados con la custodia de sus hijos. En definitiva podemos decir, que se deberá estar al caso concreto y que los Tribunales busquen que los acuerdos sean justos para ambos cónyuges tanto en el momento de otorgarlos como en el momento de hacerlos valer.

1.2.Regulación en el Derecho Inglés

En el Derecho matrimonial de Inglaterra y Gales no existe un régimen económico matrimonial como tal, no se forma una comunidad de bienes, ni

por consiguiente el matrimonio tiene efectos patrimoniales, es decir, que si los cónyuges adquieren cualquier bien constante matrimonio de forma conjunta, entre ellos se creará un proindiviso ordinario, al igual que si lo compraran con otra cualquiera persona que no fuera su cónyuge.

Pese a lo dicho, en caso de divorcio los Tribunales tiene una amplia y discrecional facultad para realizar la liquidación de los efectos económicos.

Dicho esto tenemos que poner de manifiesto que los cónyuges pueden otorgan los pactos que tengan a bien en orden a la distribución de su patrimonio en caso de divorcio, ahora bien, como acabamos de manifestar el Tribunal dispone de discrecionalidad a la hora de proceder a la liquidación de los efectos económicos del matrimonio por lo que, pese a haber llegado a un acuerdo los cónyuges sobre la distribución de su patrimonio, puede darse el caso que el Juez haga caso omiso de tal acuerdo y no lo aplique en su resolución.

No siempre han sido vistos con buenos ojos los pactos en este sentido. En el año 1929 llega el primer caso de disputa sobre la validez de un pacto matrimonial en el caso *Hyman v. Hyman*. Sin entrar en el fondo del asunto tenemos que decir que de la Sentencia dictada en este procedimiento se puede extraer que en ese momento los acuerdos matrimoniales establecidos por los esposos no son obligatorios. Si bien es cierto que con el tiempo esta tendencia ha ido matizándose no es hasta 2006 con ocasión del caso *Millers v. Millers & McFarlane & McFarlane*, donde se deja la puerta entreabierto a la admisión de estos pactos, aunque todavía de forma algo tímida.

En caso de que los cónyuges se decidan por realizar tales pactos los mismos pueden otorgarse tanto antes como después de la celebración del matrimonio y no están sujetos a forma alguna y pueden ser modificados en cualquier momento. Respecto de su validez decir que solamente tienen virtualidad para el supuesto en que llegue a producirse el divorcio, puesto que en vigor el matrimonio, ya hemos puesto de manifiesto que no existe régimen económico.

Llegado el punto en que surgida la crisis matrimonial los cónyuges deciden divorciarse, el Tribunal procederá a llevar a cabo la liquidación de los efectos patrimoniales dictando una serie de órdenes, de conformidad

con lo establecido en la Ley de Causas Matrimoniales de 1973 (Matrimonial Causes Act 1973), siendo precisamente los artículos 23 – 24 B los que confieren las meritas facultades discrecionales para llevar a cabo el reparto de los bienes.

El art. 25 lista los asuntos que el tribunal ha de tener en cuenta al decidir cómo ejercitar sus poderes, destacando entre éstos el bienestar de los hijos, siendo otros las necesidades, la distribución o la compensación.

Algunas de las medidas que se pueden adoptar son³⁴⁴:

- Ordenar a una de las partes efectuar un pago a tanto alzado en favor de la otra (*orders for lump sum payments*).
- Ordenar a una de las partes efectuar pagos periódicos en favor de la otra (*orders for periodical payments*).
- Ordenar medidas que garanticen los pagos anteriores.
- Ordenar la transmisión o liquidación de los bienes mediante la venta de los mismos (*transfer or settlement of property with consequential orders for sale*).
- Ordenar la distribución de los planes de pensiones (*pension-sharing*).
- Ordenar la modificación de los acuerdos prenupciales o post-nupciales suscritos por los cónyuges (*orders for variation of ante-nuptial or post-nuptial settlements*).

No podemos decir que exista una norma que recoja la legalidad de los pactos matrimoniales en el derecho inglés, tampoco una jurisprudencia unitaria respecto al respecto. Sí que es cierto que cada vez son más proclives a la admisión de estos pactos. Como resume Antón³⁴⁵ “*un acuerdo será considerado justo si las partes han tenido la información necesaria como para conocer los efectos del acuerdo, si no han existido vicios del consentimiento, si no hay disposiciones que perjudiquen a los hijos, si el acuerdo tiene como fin regular los bienes privativos de los cónyuges y si las circunstancias no han cambiado de tal forma que hagan el acuerdo resulte injusto*”. Concluyendo que existen más limitaciones en

³⁴⁴ Información recogida en el blog: <http://traduccionjuridica.es/la-division-de-la-propiedad-y-el-derecho-de-alimentos-en-el-derecho-ingles/>, última fecha de consulta 6/05/2016.

³⁴⁵ ANTÓN JUÁREZ, ISABEL, *Acuerdos Prematrimoniales*: ob. Cit., pág. 29.

cuanto a contenido, y una mayor intervención de los tribunales respecto del derecho norteamericano.

1.3. Reseña de la legislación Alemana

El régimen económico matrimonial en Alemania es el de comunidad de ganancias acumuladas³⁴⁶, que podríamos explicar cómo una separación de bienes con participación en las ganancias, de modo constante matrimonio cada uno de los cónyuges mantiene su patrimonio individual acrecentándolo con todas las adquisiciones que realice durante la vigencia del mismo, ahora bien una vez finalice el régimen económico matrimonial bien por la muerte de uno de ellos, bien porque los cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales, o bien por divorcio, la ganancia patrimonial obtenida por cada uno de ellos, calculada como la diferencia entre lo existente en el comienzo de la sociedad y lo habido en el momento de su disolución, será dividida entre ellos.

Los cónyuges pueden otorgar capitulaciones matrimoniales, teniendo la libertad de elegir el régimen económico que deseen dentro de los previstos en la legislación alemana, quedando vetado cualquier régimen que no esté legalmente establecido ni siendo tampoco posible la elección de un derecho extranjero, a no ser que el matrimonio en el momento de otorgación de las capitulaciones residan en el extranjero, pues en este caso sí podrán optar por el régimen económico matrimonial vigente en ese país.

En este sentido el Código Civil de Alemania dispone en el art. 1408: *“(1) Los cónyuges pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante contrato (capitulaciones patrimoniales), en especial extinguiendo o modificando el régimen económico tras la celebración del matrimonio.*

³⁴⁶ Así el artículo 1363 del Código Civil Alemán dispone: *“(1) Los cónyuges viven con el régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, si no acuerdan otra cosa en capitulaciones matrimoniales. (2) El patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer no se convierten en patrimonio común de los cónyuges; lo mismo ocurre para el patrimonio que un cónyuge adquiere después de la celebración del matrimonio. Sin embargo, las ganancias que obtienen durante el matrimonio se compensan cuando se extingue el régimen de participación en las ganancias”.*

(2) En capitulaciones matrimoniales, los cónyuges pueden excluir también mediante pacto expreso la compensación de pensiones. La exclusión es ineficaz si durante el año siguiente al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales se presentare demanda de divorcio”.

Los regímenes previstos en el derecho alemán son, además del de comunidad de ganancias acumuladas, el de separación de bienes previsto en el artículo 1414 del BGB, el de plena comunidad de bienes (arts. 1415 y ss. BGB), la comunidad de bienes continuada³⁴⁷, y el régimen económico matrimonial franco-germano de una comunidad de ganancias acumuladas opcional.

El citado régimen de separación de bienes es el establecido como régimen legal supletorio, puesto que en caso que los cónyuges otorguen capitulaciones en el único sentido de excluir el régimen legal de comunidad de ganancias acumuladas sin establecer otro que lo sustituya, será éste el que regirá.

Las capitulaciones tienen que estar presididas por el principio de la buena fe, lo que supone quedar vetada cualquier discriminación que se produzca por uno de los cónyuges respecto del otro otorgada de forma unilateral.

Estas pueden otorgarse antes o durante la vigencia del matrimonio y debe hacerse ante Notario de conformidad con lo prescrito en el art. 1410 BGB, y puede modificarse siempre que se sigan los requisitos formales, siendo posible en cualquier momento.

En Alemania existe un Registro de regímenes económicos matrimoniales, en el cual se pueden inscribir las capitulaciones, de forma

³⁴⁷ El art. 1483 del BGB regula este régimen “(1) Los cónyuges pueden pactar en capitulaciones matrimoniales que la comunidad de bienes continúe tras la muerte de uno de los cónyuges entre el supérstite y los descendientes comunes. Si los cónyuges llegan a un acuerdo tal, la comunidad de bienes continuará con los descendientes comunes llamados como herederos en la sucesión legal. La parte del cónyuge premuerto en el patrimonio común no se integrará en la herencia; por lo demás, el cónyuge será sucedido conforme a las disposiciones generales.

(2) Si además de los descendientes comunes existen otros descendientes, sus derechos sucesorios y sus cuotas hereditarias se determinarán como si la comunidad de bienes continuada no hubiese comenzado”.

potestativa y a los únicos efectos de poderlas hacer valer frente a un tercero, no siendo necesario para su validez entre las partes.

En cuanto a la disolución del matrimonio hay que decir que se obtiene por el divorcio, que se adquiere mediante sentencia tras procedimiento instado por uno o ambos cónyuges por causa de “fracaso matrimonial”.

Para la legislación alemana existe causa de divorcio cuando no prosigue la vida en común de los cónyuges y no se puede esperar que se rehaga.

Se presume que el matrimonio ha fracasado en los siguientes supuestos:

- a) Si los cónyuges llevan viviendo separados al menos un año solicitan ambos el divorcio o uno con el consentimiento del otro.
- b) Si los cónyuges llevan viviendo separados al menos tres años.

Se entiende que viven separados y no ha convivencia familiar y uno de ellos no quiere continuar porque rechaza la vida matrimonial, o si aun viviendo bajo el mismo techo los cónyuges hacen vidas separadas.

Como vemos se trata de un divorcio causalista, con una única causa, el fracaso matrimonial, que se da cuando no existe vida en común entre los esposos y no se espera que la haya. Por tanto es necesaria una previa separación de hecho para poder optar al divorcio.

Sin embargo existe la posibilidad de divorcio sin que haya transcurrido el plazo de separación legalmente establecido, cuando se trata de un caso de fuerza mayor, según lo establecido en el art. 1565.2 BGB. Algunas de estas causas establecidas son: maltrato por parte uno de los cónyuges al otro; maltrato sexual; cuando uno de ellos espera un hijo con otra persona distinta al cónyuge; adicciones de uno de ellos.

Quitando de este caso excepcional de fuerza mayor, no se puede obtener el divorcio aunque exista acuerdo entre los cónyuges si no ha transcurrido un año de estar separados.

Pero aun concurriendo la causa exigida para poder instar el divorcio puede no concederse el mismo excepcionalmente, si el mantenimiento del matrimonio fuera necesario para los intereses de los hijos o si el divorcio supusiera ese daño para el cónyuge que lo rechaza, según se dispone en el artículo 1568 del BGB.

Si se trata de un divorcio de mutuo acuerdo, no es necesario invocar otra causa, solo la separación mencionada de un año, pero debe existir acuerdo acerca de: la obligación de alimentos entre cónyuges, el uso y atribución de la vivienda y ajuar familiar, y si hay hijos sobre su custodia, régimen de visitas y alimentos.

En caso de no existir mutuo acuerdo, existen dos supuestos de divorcio contencioso, según haya transcurrido al menos un año de separación o si se han cumplido los tres.

En el primero de los supuestos, se entenderá que el matrimonio ha fracasado por causa de quien lo solicita. Aquí se requiere expresamente mencionar los motivos que justifiquen la petición de divorcio. La petición puede provenir del cónyuge “causante”.

En el otro caso, en que el cónyuge solicitante pueda demostrar que han vivido separados durante más de tres años, se entiende automáticamente que el matrimonio ha fracasado y se decretará el divorcio aunque el otro cónyuge no esté de acuerdo.

1.4. Apuntes del Derecho Francés

En Francia, la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges difiere según la fecha de celebración del matrimonio.

Los que lo hicieron con anterioridad al 1 de septiembre de 1992 están sujetos al derecho común, mientras que los que contrajeron después de tal fecha se rigen por el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 en materia de legislación aplicable a los regímenes económicos-matrimoniales, con excepción del régimen primario que sigue estando regulado por las disposiciones francesas con carácter imperativo.

La legislación francesa atribuye a los cónyuges libertad a la hora de elegir su régimen económico matrimonial, pero con ciertas restricciones, como veremos, en virtud de lo establecido en el artículo 1387 CC *“La Ley sólo impone el régimen económico matrimonial en defecto de capitulaciones especiales, que los cónyuges pueden realizar como juzguen*

oportuno, siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres ni a las disposiciones citadas a continuación”.

Por tanto, si bien establece en principio que los esposos podrán elegir su régimen económico y que sólo a falta de capitulaciones especiales entrará a regir el régimen impuesto por el propio Código Civil, igual de cierto es que esta libertad cuenta con bastantes límites al deber de respetar los cónyuges, además de las buenas costumbres, las disposiciones que a continuación se recogen en el propio Capítulo I del Título V del CC.

Así de este modo el siguiente artículo el 1388 dicta *“Los cónyuges no pueden dejar sin efecto los deberes ni los derechos que para ellos produce el matrimonio, ni las reglas de la patria potestad, ni las de la administración legal y tutela”.*

De esta manera ya existe un veto a la autonomía de la voluntad de los contrayentes en ésta materia de forma que sus capitulaciones no podrán contener cláusula alguna que deje sin efecto los deberes ni derechos que produce el matrimonio. Tampoco podrán albergar ningún pacto en contra de las reglas legalmente establecidas en materia de patria potestad, administración legal ni tutela.

Otra de las materias trabadas por las disposiciones del Código es el orden sucesorio, el cual no podrá ser cambiado en virtud de las disposiciones que los cónyuges establezcan en su documento.

En este sentido se pronuncia el art. 1389 *“Sin perjuicio de las liberalidades que puedan tener lugar según las formas y en los casos determinados por el presente Código, los cónyuges no pueden materializar ningún convenio o renuncia cuyo objeto sea cambiar el orden legal de las sucesiones”.*

De este modo entiendo que sería nula la renuncia de uno de los cónyuges a los derechos hereditarios del otro puesto que supondría un cambio en el orden sucesorio del fallecido, por tanto vulneraría lo dispuesto anteriormente.

El Código sigue con las limitaciones en materia sucesoria en los dos siguientes artículos³⁴⁸.

La forma de otorgar las citadas capitulaciones viene descrito en el art. 1394 CC, ordenando *“Todas las capitulaciones matrimoniales se otorgarán en documento público notarial, en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que sean parte en ellas o sus representantes.*

En el momento de la firma del contrato, el notario entregará a las partes un certificado extendido en papel no timbrado y sin gastos, en el que hará constar sus apellidos y lugar de residencia, los nombres, apellidos, capacidad y residencia de los futuros esposos, así como la fecha del contrato. En el certificado se indicará la obligación de entregarlo al encargado del registro civil antes de la celebración del matrimonio.

Si el acta de celebración del matrimonio expresase que no se otorgaron capitulaciones matrimoniales, los cónyuges serán considerados, frente a terceros, casados bajo el régimen de derecho común, a no ser que en los contratos celebrados con estos terceros, hubieran declarado haber otorgado capitulaciones matrimoniales”.

Varias peculiaridades llaman la atención del transcrito artículo. En primer lugar que el Notario entregue a los otorgantes un certificado en papel no timbrado y sin gastos, a diferencia de lo que ocurre aquí en España donde el Notario autorizante de las capitulaciones matrimoniales nos dará una primera copia de la escritura en el correspondiente papel timbrado y con el coste de los derechos y aranceles a que está sujeta.

³⁴⁸ Así el art. 1390 dispone *“Pueden, no obstante, pactar que a la disolución del matrimonio por muerte de uno de ellos, el superviviente tendrá la facultad de adquirir o, en su caso, de hacerse atribuir en la partición ciertos bienes personales del premoriente, que será computados en la sucesión, según el valor que tuvieran en el momento en que esa facultad fue ejercitada”.*

Por su parte el art. 1391 dice *“Las capitulaciones matrimoniales deberán determinar los bienes sobre los cuales se ejercerá esta facultad pactada en beneficio del superviviente. Podrán fijar los criterios de valoración y las modalidades de pago, salvo, si existe una mejora indirecta, la reducción en beneficio de los herederos legitimarios.*

Teniendo en cuenta estas cláusulas y a falta de acuerdo entre las partes, el valor de los bienes será fijado por el Tribunal de primera instancia”.

Y el artículo 1392 por su parte otorga al cónyuge superviviente un plazo para otorgar esa facultad frente a los herederos.

Otra de las diferencias con nuestro país es el tener la obligación de entregar dicho certificado en el registro civil antes de contraer matrimonio. Y por último que el acta de matrimonio debe constar que se han otorgado capitulaciones de lo contrario no tendrán validez frente a terceros, a diferencia de aquí que en el acta matrimonial no se hace referencia a ellas y que la eficacia de las capitulaciones frente a terceros viene dada por su inscripción en el Registro Civil en cualquier momento, desde el cual tendrán tal eficacia respecto de los terceros. Luego la salvedad que hace que los cónyuges pueden indicar en los contratos celebrados con los terceros que han otorgado las capitulaciones para así salvar su eficacia, tampoco es una práctica que se dé en España.

En cuanto al momento de otorgarlas también difiere bastante de lo preceptuado en nuestro ordenamiento. En virtud de lo establecido en el art. 1395 del CC deben otorgarse antes de la celebración, surtiendo sus efectos el día que éste se celebre. Además, en principio, solamente se pueden modificar antes de la celebración del matrimonio.

Así el art. 1396 *“Las modificaciones realizadas en las capitulaciones matrimonial antes de la celebración del matrimonio, deberán constar en documento extendido con las mismas formalidades.*

Ninguna modificación o pacto privado tendrá validez sin la presencia y el consentimiento simultáneos de todas las personas que hayan sido parte en las capitulaciones matrimoniales, o de sus representantes.

Todas la modificaciones o pactos privados, incluso revestidos de las formas preceptuadas en el artículo precedente, serán ineficaces frente a terceros, si no aparecen redactados en el documento a continuación de las capitulaciones matrimoniales; el notario no podrá expedir primera copias o testimonios de las capitulaciones matrimoniales sin transcribir a continuación la modificación o el pacto secreto.

Una vez celebrado el matrimonio, sólo podrá modificarse el régimen económico matrimonial por sentencia dictada a instancia de uno de los cónyuges, en el caso de la separación de bienes o de otras medidas judiciales de protección, o bien por petición conjunta de los cónyuges, en el caso del artículo siguiente”.

Como vemos, únicamente se pueden otorgar y modificar las capitulaciones antes de celebrarse el matrimonio, y deberá constar tal modificación en el documento a continuación de capitulaciones.

Constante matrimonio solamente será posible su modificación por sentencia en caso de separación de bienes u otras medidas para proteger a uno de los cónyuges, o de forma conjunta por ambos cónyuges en el único caso que se admite con las condiciones que se indican en el art. 1397 CC, que establece *“Después de dos años de aplicación del régimen económico matrimonial, capitular o legal, los cónyuges podrán acordar modificarlo en interés de la familia, o, incluso, cambiarlo totalmente, mediante documento público notarial que será sometido a homologación por el tribunal de su domicilio.*

Todas las personas que hubieran sido parte en el contrato modificado, habrán de ser llamadas al trámite de homologación; pero no sus herederos, si aquellas hubieran fallecido.

Una vez homologada, la modificación será eficaz, entre las partes, desde la sentencia y, frente a terceros, tres meses después de que ella se haya anotado al margen de cada uno de los dos ejemplares del acta de celebración del matrimonio. Sin embargo, aun cuando falte esta anotación, la modificación será eficaz frente a terceros si, en los contratos celebrados con ellos, los cónyuges hubieran declarado haber rectificado su régimen matrimonial.

Se tomará razón de la sentencia de homologación en el documento de las capitulaciones modificadas.

La solicitud y la decisión de homologación deberán ser publicadas de acuerdo con las condiciones y so pena de las sanciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los acreedores, si hubiera existido fraude en perjuicio de sus derechos, podrán interponer demanda de tercería contra la sentencia de homologación en las condiciones previstas en la ley de Enjuiciamiento Civil”.

Observamos que varios son los requisitos necesarios para que ambos cónyuges de mutuo acuerdo puedan modificar o cambiar su régimen, en primer lugar es el trascurso del tiempo, que debe de ser de al menos de dos años; luego en la forma de realizarlo que debe de ser en documento

público notarial que deberá ser homologado por el Juez, que entiendo deberá verificar si concurre además de los requisitos formales el interés de la familia que justifique tal cambio, y con la concurrencia de todos los intervinientes que hubieran sido parte en el contrato, siempre que estén vivas; por último la peculiar forma de afectar a los acreedores que no será sino hasta tres meses después de la anotación de la modificación al margen del acta del matrimonio, a no ser que lo hagan constar en los contratos que celebren con estos.

Este procedimiento no es válido para la liquidación del régimen matrimonial que pretendan los cónyuges tras su divorcio, que deberá estar a lo dispuesto en los artículos 265-2 y 1451.

Acto seguido se prevé que para el caso en que los cónyuges no establezcan un régimen mediante las correspondientes capitulaciones, que deberá de ser uno de los previstos en el Código, o que no excluyan el régimen legal previsto que es el de comunidad o lo modifiquen mediante pactos, entrarán en juego las reglas establecidas en la primera parte del capítulo II que formarán el derecho común de Francia, según lo prescrito en el art. 1393.

En virtud del régimen legal supletorio devienen comunes las ganancias obtenidas por los cónyuges conjunta o separadamente durante el matrimonio, que provengan tanto de su trabajo personal como de los ahorros de los frutos y rentas de sus bienes propios, reputándose ganancial todo bien salvo prueba en contrario de su carácter privativo. Sin embargo, se entienden privativos por su naturaleza los vestidos y ropas de cada uno de ellos, las acciones, créditos y pensiones personales o no transmisibles, y los instrumentos de trabajo necesarios para el desarrollo de su profesión. También serán privativos los bienes que tengan en propiedad o en posesión antes de contraer matrimonio, y los adquiridos durante el mismo por sucesión donación o legado, y los accesorios de éstos que se adquirieran durante el matrimonio, o los permutados.

Este régimen de comunidad legal se podrá modificar en mediante pacto en virtud de lo establecido en el art. 1497³⁴⁹, con ciertas limitaciones.

³⁴⁹ El citado artículo establece *“Los cónyuges pueden, en sus capitulaciones matrimoniales, modificar la comunidad legal con toda clase de patos siempre que no sean contrarios a los artículos 1387, 1388 y 1389.*

Podrá pactarse una mejora que solamente regirá en caso de fallecimiento a favor del superviviente. También podrá establecerse el reparto desigual entre las partes.

La legislación también prevé el régimen de separación de bienes y el de partición sobre los bienes adquiridos³⁵⁰.

En cuanto a los pactos que los cónyuges pueden otorgar una vez devenida la crisis matrimonial, e inmersos en un procedimiento de divorcio, como ya apuntábamos, se rigen por lo dispuesto en el art. 265-2 *“Los cónyuges podrán, durante el procedimiento de divorcio, suscribir cualquier convenio para la liquidación y el reparto de su régimen matrimonial.*

Cuando la liquidación se refiera a bienes sometidos a publicidad registral, el convenio deberá suscribirse a través de un acta notarial”.

Durante el proceso de divorcio los cónyuges pueden someter a la homologación del juez los convenios que regulen todas o parte de las consecuencias del divorcio, que el juez aprobará tras verificar que preservan los intereses de cada uno de los cónyuges y de los hijos.

Existe una regla sobre la entrada en vigor de éstos convenios suscritos de mutuo acuerdo entre los cónyuges en el procedimiento de divorcio, y también acerca de su posible modificación, contenida en el art. 1451 CC *“Los convenios suscritos por aplicación del artículo 265-2 quedarán en suspenso hasta la decisión sobre el divorcio; sólo podrán ejecutarse, incluso entre los cónyuges, cuando la sentencia hubiera adquirido fuerza de cosa juzgada.*

Podrán especialmente pactar:

1º que la comunidad comprenderá los bienes muebles y las adquisiciones;

2º Que no será de aplicación las reglas relativas a la administración;

3º Que uno de los esposos tendrá la facultad de detraer ciertos bienes a cambio de una indemnización:

4º Que uno de los cónyuges tendrá una mejora;

5º Que los cónyuges tendrán partes desiguales;

6º Que habrá entre ellos una comunidad universal.

Las reglas de comunidad legal seguirán siendo aplicables en todo cuanto no haya sido objeto de pacto entre las partes”.

³⁵⁰ Régimen muy similar a nuestro régimen de participación.

Uno de los cónyuges podrá solicitar que la sentencia de divorcio modifique el convenio si las consecuencias del divorcio determinadas en la sentencia cuestionan las bases de la liquidación y reparto”.

Como hemos podido comprobar la libertad de pactos que existe en Francia es mucho más restringida de lo que existe en otros países, como por ejemplo el nuestro, en el existen menos limitaciones a la hora de que los cónyuges hagan uso de la autonomía de su voluntad a través de los pactos matrimoniales.

1.5.Regulación en Italia

El régimen económico matrimonial en Italia (*Régimen patrimoniale coniugale*), se rige por lo dispuesto en el Código Civil Italiano.

El régimen económico legal establecido a falta de pacto es el de comunidad de bienes, según lo dispuesto en el art. 159 del CC.

La comunidad de bienes legal prevé la existencia de los bienes comunitarios, los bienes personales y la comunidad universal de bienes diferida.

Los que los cónyuges adquieran después de su matrimonio de forma individual o conjuntamente formarán parte de los bienes comunitarios, con excepción de aquellos que queden comprendidos en la comunidad universal de bienes diferida, art. 177 CC.

Se entenderá que son bienes personales:

a. Bienes adquiridos antes del matrimonio o la adopción del régimen de comunidad de bienes.

b. Bienes adquiridos después del matrimonio, ya sea como donación ya sea como herencia, a menos que se especificara en el documento de donación o testamento que dichos bienes tengan carácter de bienes comunes.

c. Bienes destinados al uso estrictamente personal de un cónyuge y sus accesorios.

d. Bienes necesarios para el desempeño de la profesión de un cónyuge.

e. Bienes recibidos en concepto de indemnización por daños y perjuicios, así como una pensión relacionada con una pérdida parcial o total de la capacidad de trabajo.

f. Bienes adquiridos con el precio de la transferencia o del intercambio de los bienes antes mencionados, siempre que ello se establezca expresamente en el momento de la adquisición.

La comunidad diferida solo se aplica en el momento en que la comunidad se disuelva, y no indica la copropiedad real de los bienes o de los derechos, sino únicamente un derecho de crédito de uno de los cónyuges a cargo del otro (el propietario), que será la mitad del valor de los bienes. Será el juez el que fijará tal valor a falta de acuerdo entre los cónyuges.

Respecto de la herencia supone una deuda del cónyuge fallecido que ha de pagarse al cónyuge superviviente.

Los siguientes se considerarán comunidad de bienes diferida:

a. Los frutos de los bienes personales del cónyuge y los ingresos de sus actividades individuales, siempre que se mantengan vigentes en el momento de la disolución de la comunidad (art. 177 b) y c)).

b. Bienes destinados al funcionamiento de una empresa de uno de los cónyuges, si la empresa se creó después del matrimonio, así como los incrementos de una empresa constituida antes del matrimonio, siempre que todavía estén en vigor en el momento de la disolución de la comunidad (art. 178 CC).

Pero los cónyuges pueden modificar el régimen referido mediante pacto de conformidad con lo establecido en el art. 210 del CC. La elección del régimen de separación de bienes también podrá declararse en el acta de celebración del matrimonio, art. 162 CC.

Para que los pactos sean válidos deben ser firmados en documento público y en presencia de dos testigos.

El acuerdo se puede otorgar antes o después de la celebración del matrimonio, en cualquier momento, y solo podrá hacerse valer frente a terceros si consta su anotación en el margen del acta de celebración del

matrimonio, que se conservará en los archivos de la oficina del registro civil.

En cuanto a la modificación de un contrato ya existente es posible a día de hoy realizarlo mediante pacto que constará en documento público y se podrá otorgar en cualquier momento.

Antiguamente se necesitaba la aprobación del tribunal para modificar un acuerdo, lo que se eliminó en virtud de la Ley N° 142, de 10 de mayo de 1981, pero sigue siendo necesario para la modificación de los acuerdos celebrados con anterioridad al 7 de mayo de 1981.

Los regímenes que se hayan convenido deberán hacerse públicos a través de la pertinente anotación al margen del acta de celebración del matrimonio, sin embargo cuando rige el régimen legal se hace público de manera “negativa”, en el sentido que se supone por el hecho de no existir anotación en contra.

La legislación también prevé otro régimen económico matrimonial, la comunidad de bienes convencional.

Este régimen, que no es demasiado común en la práctica, se trata de un régimen de comunidad universal de bienes legal modificado. Su contenido se pactará libremente por los cónyuges, pero no pueden: hacer una referencia genérica a las leyes o costumbres a los que no estén sujetos, sino que deben manifestar expresamente el contenido del acuerdo que regulará su relación; tampoco pueden incluir en el régimen de comunidad universal de bienes convencional los bienes personales indicados en las letras c), d) y e) del apartado 2.1; ni apartarse de las normas de administración de los bienes comunes y la igualdad de las participaciones con respecto a los bienes que estarían sujetos a la comunidad universal de bienes legal, art. 210 CC.

Además de estos regímenes previstos en la legislación italiana, existe la figura del Fondo Patrimonial, el cual no constituye un régimen en sí pudiendo coexistir con alguno de los legales, el que refiriéndose únicamente a ciertos bienes, uno de los cónyuges, ambos o incluso un tercero por testamento o mediante un acto inter vivos, reservan determinados bienes muebles o inmuebles inscritos en registros públicos, o

efectos de comercio con el fin de satisfacer las necesidades de la familia, estando regulado en los artículos 167 y siguientes del Código Civil.

La propiedad de estos bienes en principio corresponde a ambos cónyuges, salvo que se haya dispuesto lo contrario.

Los bienes que constituyen el Fondo Patrimonial no se pueden enajenar ni gravar sino con el consentimiento de ambos cónyuges, pero si existen hijos menores se necesitará autorización judicial, con intervención del Ministerio Fiscal, y solo para casos de necesidad o utilidad evidente.

En caso de divorcio se produce la disolución del régimen económico matrimonial, según lo dispuesto en el art. 191 CC.

Si los esposos no llegan a un acuerdo sobre el reparto de los bienes comunes será el juez quien lo determine.

No existe en Italia un divorcio consensual como tal, sino el denominado divorcio conjunto, que solicitan ambas partes. Siendo necesaria una comparecencia de los cónyuges para efectuar un intento de reconciliación.

Si el divorcio es judicial se vuelve más complejo. Sin embargo, es posible solicitar una sentencia parcial que decrete la disolución del matrimonio, y que siga el procedimiento judicial para la resolución de las controversias patrimoniales.

Si hay hijos menores de edad y existe un Fondo Patrimonial, éste continuará hasta que el último hijo alcance la mayoría de edad, y el juez les puede conceder una parte bien en propiedad bien en usufructo.

Existe también la figura de la separación judicial.

1.6.Rasgos del Derecho de Portugal

El régimen económico matrimonial que regirá entre los cónyuges en Portugal, será el que los mismos pacten en contrato matrimonial que deberá ser notarial o en documento redactado en cualquier oficina del Registro Civil. Éste deberá de ser otorgado antes de contraer matrimonio y entrará en vigor tras su celebración, no siendo posible modificarlo tras contraer el matrimonio.

En cuanto al contenido del mismo pueden elegir por estipular un régimen de los previstos legalmente o un régimen atípico, pero con ciertas restricciones. A saber:

En primer lugar pueden elegir una comunidad universal de bienes, por la que todos los bienes presentes y futuros forman parte de los gananciales, excepto los que excluye la ley. Éste régimen no se podrá pactar si uno o ambos de los cónyuges ya tienen hijos que no sean comunes.

También pueden establecer el régimen de separación de bienes, conservando la propiedad y disposición cada cónyuge de sus bienes tanto presente como futuros. Este régimen es obligatorio cuando se ha contraído sin haberse llevado a cabo los procedimientos matrimoniales preliminares o cuando cualquiera de los cónyuges o ambos tiene 60 años o más.

O como hemos apuntado se puede confeccionar un régimen atípico con las características de varios de ellos.

Solo será oponible a terceros el contrato matrimonial si ha sido registrado, conservando las oficinas del Registro Civil un registro del régimen económico matrimonial aplicable. Además el certificado matrimonial debe incluir una nota que indicará si existe documento a tal efecto.

A falta de contrato matrimonial que disponga otra cosa, se aplicará el régimen de comunidad de bienes, art. 1717 CC.

Según este régimen devendrán gananciales los ingresos percibidos por el trabajo de los cónyuges y cualquier bien adquirido por los cónyuges durante su matrimonio que no esté excluido por la ley; siendo bienes separados los que ya se tenían con anterioridad al matrimonio, los que se adquieran durante el mismo por herencia o regalo, y los adquiridos constante matrimonio de acuerdo con un derecho anterior.

En caso de divorcio los cónyuges podrán pactar la disolución de su patrimonio, pero es obligatoria la regla de partes iguales, lo que cualquier convenio que disponga pacto en contrario será anulado, según lo dispuesto en el art. 1730 CC. En este caso la división se hará en presencia de notario autorizado o en el Registro Civil.

A falta de acuerdo será el juez el que determine la partición.

1.7. Breves apuntes sobre Derecho de Perú

En Perú los cónyuges o futuros esposos pueden en cuanto a su régimen patrimonial elegir entre sociedad de gananciales o el régimen de separación de bienes. Así en el art. 295 se establece *“Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales”*.

También constante matrimonio se puede proceder a la sustitución de un régimen por otro siempre que se otorgue por escritura pública y se proceda a su inscripción, teniendo vigencia desde la fecha de ésta.

En cuanto al régimen patrimonial comprenderá tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar éste en vigor como los que adquieran posteriormente por cualquier título. Además uno de los esposos puede acudir al Juez para que lo sustituya por el de separación cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa, o por declaración de insolvencia.

Sin embargo el art. 301 CC hablando de la sociedad de gananciales permite que existan bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad al decir *“En el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios³⁵¹ de cada cónyuge y bienes de la sociedad de gananciales”*.

³⁵¹ De conformidad con el art. 302 CC *“Son bienes propios de cada cónyuge:*
1.- Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
2.- Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella.
3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito.

Los cónyuges tienen prohibido celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

Como vemos la libertad de pactos en el derecho matrimonial de Perú es prácticamente inexistente, limitándose solamente a la elección del régimen económico matrimonial de gananciales o el régimen de separación de bienes.

Tampoco una vez surgida la crisis matrimonial gozan los esposos de libertad para regular los efectos de una ruptura.

Para el caso en que los esposos quieran poner fin a su vida en común pueden optar tanto por la separación de cuerpos como por el divorcio directamente, siempre que concurren las causas establecidas en el artículo 333 del Código Civil de Perú³⁵².

4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.

5.- Los derechos de autor e inventor.

6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o de trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.

7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente por los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.

8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye un bien propio.

9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones correspondencia y recuerdos de familia”.

³⁵² El citado artículo 333 del Código Civil de Perú establece: “*Son causa de separación de cuerpos: 1. El adulterio. 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. 3. El atentado con la vida del cónyuge. 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo. 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenos o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347. 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10. La condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de*

Determinadas causas de separación y divorcio presuponen la existencia de culpa y que el cónyuge “culpable” pierde determinados derechos.

Será siempre el Juez el que determine tanto los efectos personales como patrimoniales de la separación o divorcio, sin que los cónyuges puedan pactar o presentar convenio al respecto, determinándose incluso los efectos de la separación convencional respecto de los hijos³⁵³, según quien haya pedido la separación, la culpabilidad o el sexo de los hijos, lo que supone una gran desigualdad por razón de sexo.

Como decíamos todos los efectos de la separación o del divorcio se regulan por ley y es el juez el que los fijará sin que pueda entrar a jugar la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

1.8. Somera referencia a la regulación en Ecuador

En el Derecho matrimonial ecuatoriano como regla general se establece que el Régimen económico matrimonial, a falta de pacto, los esposos se casan en sociedad de bienes, tal y como se recoge en los arts. 139 y siguientes del CC. En cambio se establece la separación de bienes para aquellos que se casen en el extranjero y luego tengan su domicilio en Ecuador, siempre que así lo establezca la legislación del país donde contrajeron matrimonio.

aplicación lo dispuesto en el Artículo 335. 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio”.

³⁵³ En este sentido llama la atención el contenido del art. 340 del Código Civil el cual ordena: “*Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave o tercera persona.*

Esta designación debe recaer por su orden, siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

El padre o la madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta gravemente impedido”.

Como decimos cabe el pacto en contrario si se otorgan capitulaciones matrimoniales que deberán otorgarse por escritura pública o en el acta matrimonial.

En el art. 152 del CC se recoge el contenido de las mismas, estableciendo *“En las capitulaciones matrimoniales se designarán: 1. Los bienes que aportan al matrimonio, con expresión de su valor; 2. La enumeración de las deudas de cada uno; 3. El ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, no ingresarían; 4. La determinación, por parte de cualquiera de los esposos o cónyuges, de que permanezca su patrimonio separado, ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal; y, 5. En general, pueden modificarse en las capitulaciones matrimoniales, las reglas sobre la administración de la sociedad conyugal, siempre que no sea en perjuicio de terceros”*.

Por lo tanto los cónyuges pueden establecer los bienes que quieren que pertenezcan o no pertenezcan a la sociedad conyugal, establecer la separación de bienes, o modificar las reglas de administración de su sociedad de bienes.

Respecto del cese del vínculo matrimonial se establece como una de las causas de terminación del matrimonio el divorcio. Éste puede ser de mutuo acuerdo según lo establecido en el art. 107 del Código Civil de Ecuador *“Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cualquiera de los cónyuges: 1º- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio; 2º- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y, 3º- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de la sociedad conyugal, con la comprobación de todos los impuestos”*.

Hay que decir aquí que el derecho matrimonial de Ecuador establece como primera opción en cuanto a los efectos derivados del divorcio tanto patrimoniales como personales y respecto de los hijos, la voluntad de los esposos.

Así se recoge en el art. 108 al establecer que después de los dos meses de la petición de divorcio, se convocará una vista en la cual si no existe manifestación en contrario el Juez dará por disuelto el vínculo matrimonial, y además, los cónyuges, por sí o por medio de representación, acordarán las medidas que tengan a bien. Solo en el caso que no lleguen a un acuerdo el juez, tras la prueba oportuna, recogerá en sentencia la situación económica y personal en que quedan los hijos menores de edad, según las reglas preestablecidas en el propio artículo.

En cuanto a las causas de divorcio las encontramos enumeradas actualmente en el artículo 110 del CC de Ecuador³⁵⁴.

Cuando se trata de un procedimiento de divorcio causal, respecto de las medidas relacionadas con los hijos, también se intentará llegar a un acuerdo y éste prevalecerá de igual modo que en el procedimiento consensual, sin embargo sí que tendrá consecuencias para la liquidación de la sociedad conyugal para el cónyuge “culpable”.

1.9. Breves apuntes del Derecho de Colombia

En el ordenamiento jurídico Colombiano se regula el Derecho de familia en el Código Civil de 1873, el cual ha sufrido numerosas modificaciones, y además por la Constitución Política de Colombia de 1991, que contiene diversas disposiciones o principios del Derecho de Familia.

³⁵⁴ Art. 110 Código Civil de Ecuador tras la Reforma operada en junio de 1015 establece: “*Son causas de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges. 2. Los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. 3. El estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial. 4. Las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro. 5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro. 6. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas. 7. La condena ejecutoria a pena privativa de libertad mayor a diez años. 8. El que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano. 9. El abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos.*”

No existirá igualdad entre los cónyuges hasta una reforma operada en 1974, por la que se establece la igualdad de la mujer en las relaciones matrimoniales, puesto que anteriormente debía obediencia al marido.

El régimen económico matrimonial establecido en defecto de pacto es el de sociedad de bienes, según lo establecido en el art. 180 del CC, el cual, al igual que el de Ecuador, también recoge una especialidad para los casados en país extranjero.

Se pueden pactar capitulaciones matrimoniales en virtud de lo establecido en el art. 1.771 del Código Civil, que las define: “*Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro*”.

En contra de lo que opinan algunos autores como Flora Calvo Babío³⁵⁵ que expresa que pese a que los cónyuges pueden hacer capitulaciones matrimoniales la normativa al respecto no expresa claramente si los cónyuges pueden acordar separación de bienes, entiendo que la respuesta debe de ser afirmativa, puesto que estableciendo el art. 1.774 una presunción de constitución de sociedad conyugal a falta de capitulación, a sensu contrario, entiendo que sí que cabe estipular mediante pacto matrimonial el régimen de separación de bienes.

Respecto de los pactos matrimoniales, debo de pensar que no tienen cabida en el Derecho Colombiano, ya que las capitulaciones son irrevocables desde el día de la celebración del matrimonio, y se establece que no caben alteraciones o adiciones a no ser que se otorguen antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones definitivas.

En diciembre de 1992 fue aprobada la Ley N° 25, que establece el divorcio para todos los matrimonios, civiles y religiosos³⁵⁶. El divorcio es

³⁵⁵ CALVO BABÍO, FLORA, “Aplicación Judicial del Derecho Extranjero en materia de familia”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 105.

³⁵⁶ Con anterioridad la Ley 1, de 1996, estableció el divorcio por ultraje o abuso sexual entre los cónyuges.

causal³⁵⁷, aceptándose como una de ellas la separación legal o de hecho que haya durado más de dos años. Se contempla también el divorcio por mutuo acuerdo.

En cuanto a la separación procede por las mismas causas que para el divorcio y puede ser también de mutuo acuerdo, sin que sea necesario su previo decreto para poder acceder al divorcio.

1.10. Apuntes del Derecho de Marruecos

El derecho de Familia vigente en Marruecos está recogido en un nuevo Código de Familia, promulgado a través de la Ley N° 70-03, que entró en vigor el 5 de febrero de 2004.

Aunque se pueden observar cambios tendentes a la modernización de la institución, éstos claramente no son suficientes a los ojos de una sociedad democrática como la nuestra. Y es que, aunque se da algún paso de acercamiento hacia el reconocimiento de derechos de la mujer, todavía está muy lejos la plena igualdad entre el hombre y la mujer.

En el art. 4 se define el matrimonio como *“un pacto fundado en el consentimiento mutuo, con el fin de establecer una unión legal y duradera, entre un hombre y una mujer, y que tiene por objeto la vida basada en una fidelidad recíproca, en la pureza y la fundación de una familia estable, bajo la dirección de ambos esposos, conforme a las disposiciones del presente Código”*.

³⁵⁷ El artículo 154 del CF establece: *“Son causas de divorcio: 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges. 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres. 3. Los ultrajes, el tracto cruel y los maltratamientos de obra. 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges. 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica. 6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial. 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o a pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante el juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”*.

El régimen matrimonial tradicional de Marruecos es el de total y absoluta separación de bienes, sin que se pueda establecer otro distinto. Solamente se deja un pequeño margen para la autonomía de la voluntad respecto de algún efecto patrimonial entre los esposos, así en el art. 49 CF se expresa *“Cada cónyuge dispone de un patrimonio distinto al otro. No obstante, los cónyuges pueden, en el marco de la administración de los bienes que adquieren durante el matrimonio, establecer acuerdos en relación a su inversión o reparto. Este acuerdo consta en un documento separado al documento del acta de matrimonio. Los dos adules procederán a notificar a las partes las disposiciones anteriores en el momento de la celebración del matrimonio. A falta de acuerdo, se recurrirá a las normas generales de prueba, teniendo en cuenta al mismo tiempo el trabajo de cada uno de los cónyuges, los esfuerzos que proporcionó y las cargas que asumió para hacer fructificar los bienes de la familia”*.

Sin embargo, en cuanto a los pactos que ambos pueden introducir en el contrato matrimonial son mucho más amplias y obligatorio su cumplimiento como se desprende del art. 47 CF el cual nos dice: *“Todas las cláusulas introducidas por la voluntad de las partes en el contrato matrimonial son obligatorias, excepto las que sean contrarias a los principios y a los fines del matrimonio así como las que contraigan las normas imperativas, en cuyo caso se considerarán nulas y el contrato de matrimonio será válido”*.

Como pactos a destacar podemos mencionar el pacto sobre la dote, el pacto de exclusión de la poligamia, o diferentes pactos sobre el repudio.

En cuanto a la disolución del matrimonio ésta se produce por el fallecimiento, la anulación, la disolución³⁵⁸, el divorcio, el divorcio judicial o el divorcio mediante la compensación *khol*.

³⁵⁸ Según el art. 78 CF *“La disolución del matrimonio por talaq consiste en la extinción del pacto del matrimonio a instancia del esposo o de la esposa, de conformidad con los requisitos establecidos para cada uno de ellos en estos casos, bajo control judicial y de acuerdo con las disposiciones del presente Código”*.

Esta modalidad de disolución es lo que se suele dar en llamar “repudio”, que antes de la reforma de 2004 solamente estaba reservado al esposo, con la reforma también la mujer puede solicitarlo pero no en igualdad de condiciones y debiendo tener consentimiento de su esposo, pudiendo éste revocar la facultad que le concedió.

Se introduce como novedad el divorcio de mutuo acuerdo, establecido en el art. 114 del Código, que podrá ser con o sin condiciones, siempre y cuando no perjudique los intereses de los hijos³⁵⁹.

1.11. Somera referencia a la regulación de Rumanía

Uno de los países en que podemos encontrar más cambio respecto a la admisibilidad de las capitulaciones matrimoniales y de la posibilidad de que los cónyuges puedan convenir acerca de su régimen económico matrimonial, operado recientemente, es en Rumanía, aunque por supuesto que todavía queda mucho camino por recorrer para poder hablar de una verdadera autonomía de la voluntad expresada libremente.

El régimen único régimen económico matrimonial que existía en Rumanía hasta hace pocos años era el legal obligatorio de comunidad de bienes, sin que pudiera pactarse otro distinto ni modificarse.

Hoy en día sigue siendo el régimen legal previsto a falta de pacto, pero se admite su modificación siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos, según el apartado 2 del art. 319. Además se permite a los cónyuges celebrar contratos entre sí.

³⁵⁹ Como se pone de manifiesto en ESTEBAN DE LA ROSA, GLORIA, (Dir.), “La nueva Mudawwana marroquí: entre la tradición y la modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)”, Ed. Junta de Andalucía, pág. 112. “*El legislador marroquí emplea la expresión talaq para denominar esta forma de disolución del matrimonio, que consiste en que los cónyuges pueden acordar la disolución de su matrimonio y solicitar al Tribunal la autorización para que los audules levanten acta (protocolicen) el citado acuerdo, elevándolo a documento público. Antes de que el Tribunal pronuncie la decisión de disolución del matrimonio, ha de tener lugar un intento de reconciliación. A diferencia de otras formas de disolución del matrimonio, no es preciso probar ni la existencia del perjuicio que ocasiona a la esposa el comportamiento (más o menos arbitrario) del esposo ni tampoco alegar la existencia de desavenencias del matrimonio (siqaq), sino que basta con el acuerdo en virtud del cual los cónyuges ponen fin al matrimonio (al-talaq b- l-ittifaq) sea homologado por los audules, previa autorización de disolución del matrimonio, que habrá de conocer el Tribunal. Por tanto, puede decirse que varía sensiblemente el procedimiento para obtener la disolución del matrimonio por esta vía, esto es, cuando tiene lugar por el acuerdo de los cónyuges (con respecto al establecido en los casos de disolución del matrimonio por talaq en los casos generales)*”.

De esta forma el art. 329 del NCC establece *“La elección de un régimen matrimonial distinto al de la comunidad legal se hará mediante la suscripción de un convenio matrimonial”*. Siendo el siguiente artículo el que establece la forma *“1. Bajo la pena de nulidad absoluta, el convenio matrimonial se suscribirá en escritura pública, con el consentimiento de todas las partes, expresado personalmente o por mandato con poder notarial, especial y con contenido determinado. 2. El convenio matrimonial suscrito antes de contraer matrimonio surtirá efectos solamente desde la fecha de la celebración del matrimonio. 3. El convenio suscrito durante el matrimonio surtirá efectos desde la fecha prevista por las partes o, en ausencia de la misma, o en ausencia de la misma, desde la fecha de su suscripción”*.

De lo transcrito se desprende que es posible otorgar convenio para elegir el régimen económico matrimonial tanto antes como después de la celebración del matrimonio.

Además existe la posibilidad de que los cónyuges lleven a cabo un convenio privado que solamente tendrá efectos entre ellos, como se desprende a *sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 331 NCC que manifiesta *“El documento secreto por el cual se eligiere otro régimen matrimonial o se modificara el régimen matrimonial respecto del cual se cumplieron las formalidades de publicidad legalmente previstas, surtirá efectos solamente entre los cónyuges y no podrá ser opuesto a los terceros de buena fe”*.

Para que sea oponible a terceros el convenio suscrito por los cónyuges en escritura pública deberá ser inscrito en el Registro nacional de regímenes matrimoniales; además el Notario de oficio remitirá un ejemplar de dicho convenio al Registro Civil de donde se hubiera celebrado el matrimonio a los efectos de anotarlo en el acta de matrimonio, y a los demás registro de publicidad pertinentes, como el civil o el mercantil, en su caso.

El convenio matrimonial podrá ser modificado antes de la celebración del matrimonio con los requisitos requeridos en el art. 336 del NCC.

En cuanto al objeto o contenido del convenio se restringe por lo establecido en el art. 332 NCC “1. *El convenio matrimonial no podrá apartarse, bajo pena de nulidad absoluta, de las disposiciones legales relativas al régimen matrimonial elegido salvo en los casos expresamente previstos en la ley.* 2. *Asimismo, el convenio matrimonial no podrá ir en contra de la igualdad de los cónyuges, la patria potestad o la devolución de la sucesión legal*”.

Por lo tanto no se podrán derogar las normas imperativas del régimen matrimonial elegido convencionalmente por los cónyuges, ni tampoco se puede pactar una proporción patrimonial diferenciada entre ellos, ni respecto de la patria potestad ni de los derechos sucesorios.

Sin embargo cabe la excepción de la cláusula “preciput” por la que se faculta al cónyuge superviviente se adjudique antes de la partición de la herencia uno o varios bienes comunes, pudiendo ser pactada para uno o para ambos cónyuges.

Los diferentes regímenes por los que pueden optar los cónyuges a la hora de establecer convenio al respecto son: el régimen legal de bienes; el de separación de bienes; y el de comunidad convencional.

Por el primero, que es el régimen legal establecido a falta de pacto, “*Los bienes adquiridos durante el régimen de comunidad legal por cualesquiera de los cónyuges serán, desde la fecha de su adquisición, bienes comunes solidariamente de ambos*”, art. 339 NCC, a excepción de los bienes relacionados en el artículo 340 que no serán comunes sino privativos de cada cónyuge.

Se trata de un régimen muy normado ya que como decimos es el legal supletorio a falta de convenio, y por tanto el Código Civil se encarga de pormenorizar sus reglas.

Esto hace que los cónyuges que decidan por pacto elegir este régimen poco pueden aportar o cambiar respecto de las reglas fijadas, y así lo disponen tanto el ya citado art. 332 como específicamente para éste el art. 359 que dice “*Cualquier convenio contrario a las disposiciones de la presente sección estará viciado de nulidad absoluta, en la medida en que no fuera compatible con el régimen de la comunidad convencional*”.

El régimen de separación de bienes está previsto y regulado en los arts. 360 y ss. del NCC. El primero se ocupa de delimitarlo al expresar *“1. Cada uno de los cónyuges será titular exclusivo de los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio, así como de los que adquiera en nombre propio a partir de dicha fecha”*.

En el momento de establecerse este régimen los cónyuges están obligados a fijar cuáles son sus bienes muebles privativos, a través de un inventario que redactará el notario junto con el convenio. También se prevé la redacción de inventario durante el matrimonio, pero éste de forma potestativa, y faltando y salvo prueba en contrario se presumirá que es propiedad exclusiva del cónyuge que esté en su posesión.

En este régimen se permite pactar las reglas para la liquidación del mismo, estableciendo el crédito que cada una de las partes puede tener por el exceso de adquisición en el patrimonio del otro cónyuge.

Así se establece en la continuación del artículo transcrito *“2. Por convenio matrimonial, las partes podrán estipular las cláusulas relativas a la liquidación de éste régimen en función de la masa de bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges durante el matrimonio, en base a la cual se calculará el crédito de partición. Si las partes no hubieren convenido lo contrario, el crédito de participación será equivalente a la mitad de la diferencia entre el valor entre las dos masas de adquisiciones netas y será adeudado por el cónyuge cuya masa de adquisiciones netas sea mayor, pudiendo ser pagado en dinero o en especie”*.

Por último del régimen de comunidad convencional se ocupa la Sección 4ª, definiéndolo el art. 366 *“El régimen de comunidad convencional se aplicará cuando, con las condiciones y los límites previstos en la presente sección, se apartara, por convenio matrimonial, de las disposiciones relativas al régimen de la comunidad legal”*.

En principio nos hace pensar el citado artículo que éste régimen es el resultado del régimen de comunidad legal con las modificaciones introducidas por la autonomía de la voluntad, pero respetando los límites y condiciones que el propio texto legal impone, veamos si estamos en lo cierto.

El art. 367 que se ocupa del objeto del convenio matrimonial en este aspecto, dispone “*En caso de adoptar la comunidad convencional, el convenio matrimonial podrá referirse a uno o varios de los siguientes extremos:*”

a) La inclusión en la comunidad, en todo o en parte, de los bienes adquiridos o de las deudas privativas nacidas antes o después de la celebración del matrimonio, salvo los bienes previstos en el art. 340 letras b) y c);

b) La limitación de la comunidad a los bienes o deudas expresamente determinadas en el convenio matrimonial, independientemente de si hubieren sido adquiridas o en su caso nacidas antes o durante el matrimonio, salvo las obligaciones previstas en el art. 351 c);

c) La obligatoriedad del consentimiento de ambos cónyuges para la celebración de determinados actos de administración; si en este caso, si uno de los cónyuges se hallare en la imposibilidad de expresar su voluntad o se opusiera abusivamente, el otro cónyuge podrá celebrar por sí solo dicho acto, pero solamente con el consentimiento previo del órgano judicial de tutela;

d) La inclusión de la cláusula de “preciput”; la ejecución de la cláusula de “preciput” se realizará en especie o, si ello no fuere posible, por equivalente, de valor del activo neto de la comunidad;

e) Las modalidades relativas a la liquidación de la comunidad convencional”.

Como vemos, aunque nuestro pensar no iba desencaminado, tal vez nos hemos excedido en cuanto a la amplitud del calibre de la autonomía permitida a los cónyuges a la hora de pactar; no siendo tanto que los mismos gocen de libertad para apartarse del régimen legal respetando unos límites o condiciones, sino que en numerus clausus se les acota unas materias sobre las que pueden, respetando las reglas, convenir determinados extremos, quedando vetada la intrusión sobre cualquier elemento no previsto en el artículo.

Hemos de apuntar que es posible la sustitución o modificación del régimen económico matrimonio, respetando las condiciones legalmente

establecidas, siempre que haya transcurrido al menos un año desde la celebración del matrimonio.

Por último tenemos que decir que se establece el divorcio como causa de disolución del matrimonio, que se puede obtener por las siguientes causas: por mutuo acuerdo de los cónyuges, o a petición de uno con el consentimiento del otro; cuando por razones fundadas la relación entre los cónyuges se ha deteriorado gravemente y no es posible continuar con el matrimonio; a instancia de uno de los cónyuges tras una separación de facto de al menos de dos años; a instancia del cónyuge cuyo estado de salud no permita la continuación del matrimonio.

Si ambos cónyuges consintieran el divorcio y no existieran hijos menores de edad, el oficial del registro civil o el notario público del lugar de la celebración del matrimonio o del último domicilio común podrá constatar la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo, expidiéndoles un certificado de divorcio.

También será posible esta modalidad cuando existiendo hijos mayores de edad los cónyuges pacten sobre todos los extremos derivados de la disolución del matrimonio, como el apellido, ejercicio de patria potestad, fijación del domicilio de los hijos, relaciones con los padres y contribución a los gastos de los hijos, pudiendo ser desestimado el acuerdo si no fuera en beneficio de los hijos.

En el caso que no sea posible el divorcio de mutuo acuerdo el Código Civil relata toda una serie de normas en relación a los efectos personales y patrimoniales que se producen por la ruptura del vínculo matrimonial³⁶⁰.

³⁶⁰ Los efectos del divorcio están recogidos en los artículos 382 a 404, contemplando la fecha de disolución, art. 382; efectos de las relaciones no patrimoniales, art. 383 – 384; efectos relativos al cese del régimen matrimonial, arts. 385 – 387; el derecho a indemnizaciones, art. 388; la obligación de manutención entre cónyuges, art. 389; la prestación compensatoria, arts. 390 – 395; efectos en las relaciones entre padres e hijos menores de edad, arts. 396 – 404.

2. REFERENCIA A LA REGULACIÓN EN LOS DERECHOS FORALES

2.1. Derecho Catalán

Una de las regulaciones más detalladas que podemos encontrar a día de hoy en referencia a los pactos matrimoniales sin duda es la del Derecho foral catalán.

El derecho civil de Cataluña siempre se ha caracterizado por ser muy diferente del resto de los derechos civiles que existen en España, y por tener una regulación muy avanzada a su tiempo, en comparación con el resto.

Por la Ley 25/2010, de 29 de julio, se aprobó el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Si bien es cierto que el Código de Familia ya hacía referencia a los pactos matrimoniales, y de esta manera tenían en cierto modo reconocimiento legal, y por tanto validez, su regulación dejaba mucho que desear pasando de puntillas por el tema al hacer prácticamente solo referencia a ellos, sin detenerse en regular su concepto, contenido, validez y eficacia, límites, y un sinfín de aspectos que hacía quedar demasiados interrogantes en el aire.

El mencionado Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, teniendo en cuenta las necesidades actuales, dado los cambios producidos en la sociedad en los últimos años³⁶¹, ha querido ampliar las disposiciones en

³⁶¹ El propio preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, expresa las circunstancias tenidas en cuenta por el legislador para regular diversos aspectos del derecho de familia necesarios en la sociedad actual, diciendo: *“Por otra parte, el hombre ha dejado de ser el único miembro del hogar que aporta ingresos a la unidad familiar, y cada vez existen más familias en las que tanto el hombre como la mujer tienen un trabajo remunerado. La tasa de actividad femenina ha crecido de modo constante hasta acercarse a la media de los países más desarrollados, lo que explica también que la edad en el momento de contraer el primer matrimonio supere los treinta años tanto en mujeres como en hombres. Como en otros países del entorno de Cataluña, el divorcio se ha normalizado y ha aumentado considerablemente. Si a mediados de los años ochenta las tasas de divorcios aún eran bajas, en torno a 0’1 por mil habitantes, en la actualidad han*

esta materia, regulando muchos de los aspectos que su predecesor dejaba sin normar.

De esta manera lo expresa la propia Ley al describir parte del contenido del Título “La Familia”, tercero de los cuatro en que se divide el CCCat: *“Por otra parte, se desarrolla la referencia genérica que le Código de familia hacía, en materia de capítulos matrimoniales, a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial. Se establecen sus requisitos formales y sustantivos para que puedan considerarse plenamente válidos y eficaces. Entre estos requisitos destacan la posibilidad de adoptarlos en una escritura que no sea capitular y el papel capital que se atribuye al notario que autoriza la escritura, para garantizar que los pactos, particularmente los de renuncia, han sido precedidos de suficiente información sobre las respectivas situaciones patrimoniales y expectativas económicas. En línea con precedentes comparados en esta materia, se deja la puerta abierta a la revisión de la eficacia del pacto si en el momento en que se pretende el cumplimiento es gravemente perjudicial para un cónyuge y este acredita que han sobrevenido circunstancias que no se previeron ni se podrían razonablemente prever en el momento de su adopción. Al mismo tiempo, se marcan unos límites a las facultades dispositivas de las partes en las instituciones donde estos pactos pueden tener más incidencia, como en la prestación compensatoria y en relación con la compensación económica por razón de trabajo, y se distinguen los acuerdos en previsión de una ruptura de los que se hacen cuando el matrimonio ya ha entrado en crisis. También se ha considerado pertinente aclarar que el ejercicio de las pretensiones incluidas en el pacto en previsión de una ruptura matrimonial pueden hacerse efectivas en el marco del procedimiento matrimonial contencioso posterior, sin que pueda remitirse a las partes a un procedimiento declarativo ulterior”*.

El régimen económico establecido para el matrimonio con vecindad civil catalana es el convenido en capítulos, y cuando éstos son ineficaces o

llegado a cerca de 2'1 por mil habitantes. Este aumento de los divorcios se ha traducido en un aumento significativo de hogares familiares en que vive solo uno de los progenitores con los hijos, así como de familias reconstituidas, o sea, formadas por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos de al menos uno de ellos y, si existen, los comunes, los cuales, hasta ahora, si dejamos de lado alguna norma aislada en materia de gastos familiares y la adopción, casi no habían tenido reflejo normativo”.

no existe pacto, subsidiariamente regirá el régimen económico de separación de bienes.

Además de éste, se recogen también el régimen de participación en las ganancias³⁶², el de asociación a compras y mejoras del campo de Tarragona y otras comarcas³⁶³, el de agermanament o pacto de mitad por mitad³⁶⁴, el régimen de convenença o mitja guadanyeria³⁶⁵, el de comunidad de bienes³⁶⁶.

³⁶² Según el artículo 232-13 del Libro II del Código Civil de Cataluña establece: “1. El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias atribuye a cualquiera de los cónyuges, en el momento en que se extingue el régimen, el derecho a participar en el incremento patrimonial obtenido por el otro durante el tiempo en que este régimen haya estado vigente. 2. Durante el matrimonio, cada cónyuge tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de sus bienes, pero tiene el deber de informar adecuadamente al otro de su gestión patrimonial. 3. Si no existe pacto y no puede aplicarse lo establecido por la presente sección, el régimen de participación en las ganancias se rige por las normas del de separación de bienes”.

³⁶³ Como dice CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, *Los regímenes económicos matrimoniales de comunidad en Cataluña*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 15: “Se trata de un régimen económico matrimonial de comunidad restringida a las ganancias y mejoras que se obtengan durante el matrimonio, con tradición en las comarcas del sur de la provincia de Tarragona y antecedentes desde el siglo XIII, habiendo sido su única fuente reguladora los pactos nupciales, sin normativa de derecho positivo hasta la *Compilación del Derecho civil de Cataluña de 1960*. El esplendor que tuvo esta institución se reduce hoy a escasa práctica en las comarcas de Falset, Mora de Ebro y Gandesa”. “Hoy se exige un pacto expreso en capítulos matrimoniales” (art. 232.25 del Código Civil de Cataluña). Y afirma que “En cuanto resulta de nuestro conocimiento personal, este régimen siempre se estipula con anterioridad a contraerse el matrimonio. Nunca hemos visto que las capitulaciones matrimoniales con tal pacto se hayan otorgado constante el matrimonio”, pág. 17.

³⁶⁴ Se trata de un régimen de comunidad propio del derecho de Tortosa, en la que se incluyen todos los bienes que los esposos tuvieran con anterioridad o de convenir el pacto y los que adquieran posteriormente por cualquier título. Exige siempre pacto expreso. Y se rige en todo lo no regulado en el propio pacto por la costumbre del lugar, y, en su defecto, por las disposiciones del régimen de comunidad.

³⁶⁵ Se recoge en el art. 232-29 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, estableciendo: “1. La convenença, o mitja guadanyeria, asociación propia del Valle de Arán, exige un pacto expreso en capítulos matrimoniales. 2. En todo lo no regulado por los pactos de la constitución del régimen ni por la presente sección, deben aplicarse la costumbre del Valle de Arán y el capítulo X del privilegio de la Querimonia. 3. Además de lo establecido por el apartado 1, la convenença también puede establecerse entre los progenitores y los hijos, e incluso entre extraños, pactando que los bienes ganados y los que se ganarán queden en comunidad mientras subsista la asociación. 4. Los cónyuges

De esta forma se deja amplio margen de autonomía a los cónyuges para que establezcan el régimen que mejor crean conveniente para sus intereses o incluso creándose uno *ad hoc*, y estableciendo plena libertad de contratación entre ellos.

El artículo 231-19 del CCat se encarga del contenido de los mismos diciendo “1. *En los capítulos matrimoniales, se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de un ruptura matrimonial*”.

De esta manera la legislación catalana marca las diferencias que existen entre los capítulos³⁶⁷ y los pactos matrimoniales poniendo de manifiesto

deben contribuir por partes iguales a pagar los gastos derivados del régimen y el gobierno de la casa y deben dividir, cuando se disuelva el régimen, si no hay hijos, las ganancias y los aumentos”.

³⁶⁶ Es el régimen por el que las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges y los bienes que confieran tal carácter derivan comunes. De su régimen se ocupa la Sección 6ª del Capítulo II del Título III del Libro II del Código Civil de Cataluña.

Distinto de éste, CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, *Los regímenes económicos...*, ob. Cit., pág. 51, distingue dentro de los regímenes de comunidad de bienes de Tortosa, y también diferente del régimen de agermanament, los Pactos Nupciales de Comunidad Restringida de Tortosinos, afirmando que este último tiene características propias que le diferencian de otros, son: es un pacto capitular del régimen económico matrimonial, nunca de tipo familiar, solo intervienen los esposos; se estipula constante matrimonio, nunca antes; se establece siempre con efectos retroactivos referidos al momento de la celebración del matrimonio; suele tener únicamente dos pactos, uno estipulando el régimen económico matrimonial y otro concediéndose los esposos el usufructo universal y recíproco.

³⁶⁷ En este sentido opina VEGA SALA, FRANCESC, en ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, Coord., “Persona y Familia. Libro Segundo de Cataluña”, Ed. Sepín, Las Rozas, 2011, pág. 636: “*La palabra capítulos utilizada en el Libro II no tiene una acepción única, sino que aparece con dos acepciones de contenido jurídico bien distinto: como negocio jurídico y como documento en el que se recoge este negocio jurídico. La acepción de negocio jurídico es la que aparece en los arts. 231-19.1, 231-21, 231-22, 231-23 y 231-26 CCCat. Como instrumento que contiene el negocio en el art. 231-20.1 CCCat., y puede ser leída en ambas acepciones en los arts. 231-19.2, 231-25, 231-27, y 231-28 CCCat.- En la primera acepción, la de negocio jurídico, es como se encuentra recogida en el nº 1 del art. 231-19 CCCat. y ninguna innovación se aporta sobre el concepto tradicional catalán de capítulos, por lo que sigue siendo un negocio jurídico de contenido plural, vertebrado sobre la constitución del régimen económico matrimonial, lo cual, a tenor del texto, no parece absolutamente necesario (“se puede determinar el régimen” dice el texto). A pesar de su contenido plural, hay un solo negocio jurídico porque hay una sola causa, sea esta el interés de la familia (causa*

que aquéllos pueden abarcar a éstos pero además otras materias conexas que afectan de algún modo a la economía de los cónyuges.

En cuanto a los pactos matrimoniales se pueden distinguir expresamente los que son en previsión de una ruptura matrimonial, estando recogidos en el art. 231-20 del CCCat, los cuales según afirma el cuerpo legal pueden ser otorgados en capítulos matrimoniales o en escritura pública, y exigiendo que si son otorgados antes de contraer nupcias, sólo serán válidos si se realizan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. Además exige que el notario informe por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance que pueden tener los pactos que van a firmar, además de advertirles del deber recíproco que tienen entre ellos de proporcionarse información.

Los pactos así otorgados por aquellos que tengan capacidad para contraer matrimonio o con los complementos necesarios de capacidad, serán válidos y eficaces, a no ser, que en el momento de hacerlos valer sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges si el que alega la ineficacia puede acreditar que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni pudieron prever en el momento del otorgamiento.

Hay que subdividir también esta clase de pactos en previsión de una ruptura matrimonial entre los que se otorgan con anterioridad que ésta surja previendo una posible y futura crisis del matrimonio que desemboque en ruptura, bien sean otorgados antes de la celebración del matrimonio o constante éste, de aquellos otros que se pactan cuando la crisis ya se ha producido. Dentro de los últimos, tenemos de distinguir los que se acogen dentro del seno del convenio regulador de los pactos que se realizan fuera de él.

Los que se adopten en convenio regulador deberán ser aprobados deberán ser aprobados por el Juez, salvo que sean dañinos para el interés de los hijos menores, si los hubiere, debiendo ser incorporados a la sentencia junto con las medidas necesarias para su cumplimiento.

familiae) o el interés de la pareja (causa matrimonii). ... En la segunda acepción, es el tipo o clase de documento que recoge los pactos del negocio jurídico familiar (o matrimonial). Este documento es la escritura pública (art. 231-22.1 CCCat.)”.

En cuanto a los pactos que no se hayan recogido en un convenio regulador será de aplicación lo dispuesto en el artículo 233-5 del CCCat: *“1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.- 2. Los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvención en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer.- 3. Los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos a favor de estos, solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento”*.

En este punto no podemos pasar por alto, aunque sea de una manera sumamente breve, los pactos sucesorios. Como hemos referido el artículo 231-19 del CCat los incluye ente el contenido que puede abarcar los capítulos matrimoniales.

El concepto lo encontramos en el art. 431-1 del Código Civil de Cataluña, *“1. En pacto sucesorio, dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular. 2. Los pactos sucesorios pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, incluso de forma recíproca, o a favor de terceros”*.

Como vemos el legislador catalán ha dejado bastante amplio margen en el pacto sucesorio al igual que en el testamento.

Con esta legislación ha supuesto la modernización de los pactos sucesorios, y son válidos para instrumentar la sucesión de la empresa familiar³⁶⁸.

En cuanto a los límites, además de los generales, hace referencia la Ley en el art. 231-20.3 que los pactos que limiten o excluyan derechos tienen que tener carácter recíproco y precisarlos con claridad.

En este punto tenemos que destacar algunos de los pactos que expresamente recoge la Ley, pudiendo citar: los pactos relativos al domicilio familiar; la contribución a los gastos familiares; los que versan sobre la vivienda familiar; pacto de supervivencia; sobre la compensación económica por razón de trabajo; pactos sobre la prestación económica; o los pactos sobre guarda, relaciones personales y alimentos de hijos menores.

Como cabe extraer de lo dicho a día de hoy queda claro que el derecho foral catalán admite y recoge expresamente los pactos matrimoniales, y que su legislación positiva es una de las más detalladas de las que existen actualmente en España. Pese al amplio margen que existe para los cónyuges o futuros esposos para regular su régimen económico matrimonial, o los efectos de una posible ruptura matrimonial, como dice Ángel Serrano³⁶⁹, tenemos que tener presente que siguen existiendo normas imperativas que regulan la institución del matrimonio.

³⁶⁸ Para profundizar en este tema, véase, POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, VAQUER ALOY, ANTONI, BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, “Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 2013.

³⁶⁹ SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, “Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, en PÉREZ DAUDÍ, VICENTE (Coord.), *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pág. 24. *Donde nos dice en este sentido: “El amplio juego de la autonomía de la voluntad no excluye la existencia de unas normas imperativas, o que configuran lo que es propio del matrimonio como status (lo sigue siendo aunque no afecte a la capacidad de obrar); ni de unos principios o intereses inderogables o insoslayables, como son los intereses protegidos de los menores, incapacitados o del denominado cónyuge débil, que en modo alguno puede ya identificarse sólo con la mujer; y, el denominado interés familiar, que aunque no cabe ya entenderlo como un fin abstracto superior y predispuesto, sino como la confluencia o síntesis de los intereses de todos los integrantes de la familia, sin duda, sigue existiendo. Ello es así aunque, en el vigente art. 231-2.1 (frente al Proyecto publicado en el BOPC, núm. 384, de 19 de enero de 2009), no se habla ya del matrimonio como institución, lo que no impide que siga*

2.2.Derecho Valenciano

Otra de las legislaciones que contaba con su derecho civil más desarrollado, junto con la de Cataluña, era la valenciana.

De ello se encargaba la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano.

Esta Ley ya nació con polémica. Desde el primer momento se alzaron voces cuestionando la competencia de la Generalidad Valenciana para legislar en derecho civil valenciano.

Debió la Ley entrar en vigor según lo establecido en su disposición adicional 4ª, el día 25 de abril de 2008. Sin embargo esto no ocurrió, puesto que se planteó Recurso de Inconstitucionalidad contra la misma por el Gobierno en base al art. 161.2 de la Constitución, siendo admitido por el Pleno del Tribunal Constitucional, suspendiendo su aplicación conforme al art. 30 de la LOTC. Posteriormente por Auto de 12 de junio de 2008 se acordó el levantamiento de la suspensión acordada, entrando en vigor la Ley finalmente el 1 de julio de 2008.

Así las parejas con vecindad civil valenciana que se casaron en el año 2008, según el mes de celebración de su enlace matrimonial están casados bajo un régimen económico matrimonial u otro.

Luego se le dio nueva redacción a determinados preceptos para tratar de paliar los motivos de inconstitucionalidad aducidos, a través de la Ley Valenciana 8/2009, de 4 de noviembre de 2009. Hasta que finalmente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril de 2016, y con vigencia a partir del día 1 de junio de 2016 se declara la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Valenciana de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Vamos a destacar brevemente las características fundamentales de la citada Ley.

siendo uno de los estados civiles por antonomasia. No cabe olvidar que, por amplio que sea el juego de la autonomía de la voluntad entre los cónyuges, lo cierto es que lo que califica la situación familiar de cada uno de los integrantes dentro de la familia es el estatus familiar ...”

En primer lugar tenemos que destacar que su fundamento según se recoge en el art. 3 de la propia ley era *“la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismos, sin perjuicio de la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia...”*.

En cuanto a la posibilidad de pactos, que es lo que nos interesa, esta ley era muy favorable a los mismos, y bastante explícita al respecto. Así el art. 4 recogía: *“El régimen económico matrimonial valenciano, con los objetivos y el fundamento señalados en el artículo anterior, se acordará por los cónyuges con total y entera libertad civil en la carta de nupcias que otorguen a este efecto sin otras limitaciones que las establecidas en esta ley, anteriormente al matrimonio o bien con posterioridad, constante el mismo”*.

Por tanto, estos dos artículos ya nos da pistas respecto del espíritu de la Ley, que en principio señala la libertad de los cónyuges para establecer su régimen económico matrimonial como la primera opción para configurarlo, realizándolo en cualquier momento bien antes, bien constante el matrimonio. También se establece la posibilidad de modificarlo con la misma libertad. Como régimen legal supletorio a falta de designación por parte de los cónyuges era el de separación de bienes.

Se establece la libertad de celebrar entre ellos cualquier clase de actos o negocios jurídicos.

Otra de las normas que recogía la citada Ley era la obligación de ambos cónyuges a contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio³⁷⁰, haciéndolo según la forma y medida que acuerden entre ellos, y a falta de tal, proporcionalmente a sus rentas y patrimonios; estando sujetos al levantamiento de estas cargas los bienes agermanados y los donados por razón de matrimonio. Se recoge la obligación del deber de información económica recíproca entre los cónyuges.

Se incluyen otras reglas diversas, como la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular respecto de la disposición sobre derechos de la

³⁷⁰ En la citada Ley se incluye un concepto de las cargas del matrimonio en el art. 9 de la misma.

vivienda habitual de la familia; la atribución del ajuar doméstico al cónyuge sobreviviente sin computarse en su haber hereditario; o el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar.

Respecto de los pactos matrimoniales, se estaba a lo dispuesto en el art. 25 *“En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio”*.

De esta manera vemos como el contenido de la carta de nupcias puede ser extraordinariamente amplio, pudiendo versar tanto sobre cuestiones patrimoniales como personales, para efectos entre cónyuges o a favor de ellos, o también para sus hijos, y pudiendo producir sus efectos tanto durante el matrimonio como para después de su disolución, por lo que podían albergar los pactos matrimoniales en previsión de una ruptura matrimonial.

En cuanto a sus límites, ya hemos visto que eran los establecidos en la propia Ley, las buenas costumbres y la igualdad entre los cónyuges.

Para su validez deben estar otorgadas en escritura pública.

Especialmente importante, a mi juicio era el art. 28 de la Ley³⁷¹ al determinar expresamente los efectos de estas capitulaciones después de la nulidad, separación o divorcio.

³⁷¹ Por su gran valor a mi punto de juicio, transcribiré el citado artículo. *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de esta ley, la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales quedarán sin efecto en los casos que el matrimonio se declara nulo, se disuelve por divorcio y también en los casos de separación.*

En estos supuestos, los cónyuges, en el correspondiente convenio regulador, podrán ratificar, modificar o extinguir determinados derechos, obligaciones o funciones establecidos por ellos en la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales, siempre que ellos no sea incompatible con su nueva situación. El convenio regulador desarrollará su eficacia a partir de su aprobación judicial.

Así en primer lugar se establece que las mismas, en principio, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 25, quedarán sin efecto. Pueden en el convenio regulador los cónyuges ratificar, modificar o extinguir determinados derechos establecidos anteriormente por ellos, pero no puede suponer perjuicio o reducción de los derechos que en su día las capitulaciones otorgaban a los hijos o terceros.

Peculiar era la figura de la germanía, recogida en el art. 38, siendo una comunidad conjunta o en mano común de bienes, de origen paccionario, en cualquier momento, con la característica de poder agermanar uno o determinados bienes concretos en el documento público de su adquisición, sin necesidad de carta de nupcias.

Originariamente la citada ley también contenía disposiciones para después de la muerte de uno de los cónyuges, las cuales fueren derogadas en virtud de la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, por la que se modificaba aquélla, como hemos apuntado, para intentar salvar su inconstitucionalidad.

Finalmente el Tribunal Constitucional por Sentencia de 28 de abril de 2016 declara inconstitucional la mencionada Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, siendo Ponente la Doña Encarnación Roca Trías, y presentando un interesante voto particular el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos.

Sin entrar en el contenido de la Sentencia, por ser excesivo para el presente trabajo, solamente diremos en cuanto a sus efectos, es que se declara la inconstitucionalidad de toda la Ley por conexión con los artículos recurridos.

2. Sin perjuicio de lo que establece el apartado anterior, la nulidad, la separación o el divorcio no pueden suponer perjuicio personal o reducción de los derechos patrimoniales que se constituyeron en la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales a favor de los hijos o de terceras personas, salvo que estos renuncien o exista una sentencia condenatoria de los mismos hijos por vejación o maltrato a sus padres con condena de privación de libertad superior a dos años, o que tales situaciones personales o derechos patrimoniales sean radicalmente incompatibles con la nueva situación surgida de la nulidad, separación o el divorcio.

3. La nulidad o ineficacia del negocio capitular se regirá por las normas de la nulidad o ineficacia de los contratos”.

A partir de su publicación el régimen jurídico de los contrayentes con vecindad civil valenciana, será el común. Así a falta de pacto en las oportunas capitulaciones matrimoniales se regirán por la sociedad de gananciales.

Esta inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, por lo que su régimen económico seguirá siendo el mismo que tenían en el momento de contraer matrimonio.

2.3.Derecho de las Islas Baleares

El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, distingue las disposiciones aplicables a cada una de las islas; así el Libro primero es el que se ocupa de las disposiciones que regirán para la isla de Mallorca, el Libro II contiene las normas que se aplican a la isla de Menorca, y el Libro tercero es el que recoge las disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera.

Por tanto podemos afirmar que no existe un derecho civil foral único para la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sino que existen derechos propios de cada las mencionadas islas.

Así respecto de la isla de Mallorca nos dice el artículo 3 *“1. El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales, formalizadas en escritura pública, antes o durante el matrimonio, y a falta de ellas, el de separación de bienes”*. Por tanto la primera opción para determinar el régimen matrimonial que regirá entre los cónyuges es el que ellos hayan pactado en escritura pública y solo si falta tal elección, entrará a regir el régimen legal supletorio que será el de separación de bienes. Además los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes u derecho por cualquier título.

Lo dicho hasta ahora rige también para la isla de Menorca según el artículo 65 de la Compilación³⁷².

³⁷² El citado artículo dispone: *“Rige en la Isla de Menorca lo dispuesto en el Libro I de esta Compilación, excepción hecha de los artículos 6 y 7, en lo referente a la*

Respecto del régimen económico matrimonial de las islas de Ibiza y Formentera, el art. 66 el cual se transcribe por su gran importancia nos dice: “1. *El régimen económico conyugal será el convenido en capitulaciones matrimoniales, nombradas “espolits”, que podrán otorgarse antes o durante el matrimonio, necesariamente en escritura pública.*

2. *Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico de la familia y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin otras limitaciones que las que resulten preceptuadas en esta Compilación.*

3. *Tienen capacidad de otorgar capítulos antes de contraer matrimonio los que válidamente puedan celebrarlo. Los menores de edad necesitarán de la asistencia de sus padres, tutor o curador.*

4. *Celebrado el matrimonio, la novación de capítulos requerirá la concurrencia, si vivieren, de las personas que hayan asistido a su otorgamiento para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, en cuanto la novación afecte a las disposiciones por ellas realizadas.*

5. *Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de “escreix”, acogimiento en una cuarta parte de los “milloramens”, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre.*

6. *El divorcio produce la ineficacia de los capítulos matrimoniales y, por tanto, de todas sus estipulaciones salvo lo que se establece en los párrafos siguientes.*

Los heredamientos y las donaciones a favor del hijo o hija, en consideración a cuyo matrimonio se hayan otorgado los capítulos, conservarán su eficacia si existe descendencia del matrimonio, sin perjuicio de los derechos que se hubieren pactado a favor del consorte. En caso contrario, o si el hijo o hija contrajesen nuevo matrimonio, el heredamiento o la donación devendrán revocables por la sola voluntad del heredante o donante.

donación universal de bienes presentes y futuros, del Capítulo II del Título II, de los artículos 50 y 51 y del Título III”.

Los heredamientos a favor de los descendientes del matrimonio en consideración al cual se habían otorgado los capítulos también conservarán su eficacia, si bien los heredamientos puros devendrán revocables”.

De lo dispuesto en este artículo se pueden extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, tenemos que decir, que el régimen económico que regirá entre los cónyuges será el que ellos pacten en capitulaciones, que se les da el nombre de “espolits”, por tanto la primera opción siempre será la que los esposos o futuros esposos elijan.

En segundo lugar, tenemos que hablar del contenido, la Ley como hemos visto prevé que las capitulaciones matrimoniales además de poder contener cualquier estipulación relativa al régimen económico de la familia también puede recoger disposiciones sucesorias de los contrayentes y de otros otorgantes que concurren en el acto. También expresamente se recoge como materia que pueden contener instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, como de dote o de “escreix”³⁷³, acogimiento en una cuarta parte de los “milloraments”³⁷⁴, donaciones universales³⁷⁵, heredamiento³⁷⁶, pacto de usufructo universal³⁷⁷ y cláusula de confianza³⁷⁸,

³⁷³ El “escreix” es la donación voluntaria que el marido hace a la mujer, en régimen de separación de bienes, que de cierta manera, compensa la dote que ella ha aportado.

³⁷⁴ Podemos encontrar una definición de esta figura, en CARDONA GUASCH, OLGA, “El régimen económico local de acogimiento en una cuarta parte de los «Milloraments»”, págs. 717 – 732. Según la citada autora “El acogimiento en los milloraments es una declaración de voluntad por la que el marido promete a la mujer hacerla partícipe de la cuarta parte de todos los lucros, mejoras y adquisiciones onerosas que se efectúen durante el matrimonio. Recogido a continuación de la dote y del escreix, constituía la cláusula de cierre de los capítulos matrimoniales pitusos cuando éstos se limitaban a ser meras cartas de constitución dotal”.

Según esta autora es el acogimiento ha llegado a nuestros días como contenido típico de los espolits junto con otras cláusulas, y afirma que es el único pacto capitular presente en los espolits de todos los tiempos.

³⁷⁵ La donación universal de bienes presentes y futuros es un contrato sucesorio, en virtud del cual se confiere al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y le transmite los bienes presentes incluidos en ella, siendo la misma irrevocable excepto en determinados casos de ingratitud.

³⁷⁶ Podemos definir los heredamientos como la institución contractual de heredero por causa o derivación del matrimonio. Existiendo diferentes causas de heredamientos: el simple, que solo le atribuye al instituido la cualidad de heredero; el cumulativo, que además le confiere todos los bienes presentes del otorgante; el preventivo, en el que el

diciendo la ley que se estará a lo pactado, y que estas estipulaciones se interpretarán conforme a la costumbre.

Y así para la modificación de las mismas una vez celebrado el matrimonio requerirá la concurrencia de todas las personas que concurrieron en su otorgamiento si la novación afecta a lo dispuesto por ellos.

Por último se hace referencia a que el divorcio produce la ineficacia de los capítulos válidamente otorgados, y de todas sus estipulaciones salvo las que el propio apartado 6 recoge.

Lo hasta ahora nos hemos referido a las disposiciones que se refieren a los pactos que pueden realizar los cónyuges en relación con su régimen económico matrimonial, que como hemos visto es la primera opción que regirá según la legislación foral vigente.

En su defecto el art. 67 establece el régimen matrimonial legal que regirá entre los cónyuges. Así nos dice *“En defecto de “espolits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, disfrute, administración y disposición de sus bienes propios.*

El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos...”

otorgante instituye a uno o más herederos para el caso de fallecer sin sucesor de algún tipo.

³⁷⁷ Según el art. 68 del Real Decreto 79/1990, de 6 de Septiembre: *“El usufructo universal convenido en “espolits” para después de la muerte facultará al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, quedando dispensado de formar inventario y prestar fianza.*

El usufructuario estará obligado a prestar, con cargo a su usufructo, alimentos al heredero, a su consorte y a los hijos del cónyuge premuerto y del heredero que vivan en la casa, así como consentir en su usufructo las disminuciones necesarias para constituir dote y pagar legítimas.

Este usufructo será inalienable, sin perjuicio de que, con el consentimiento del nudo propietario, se enajenen bienes determinados, subsistiendo el usufructo sobre el producto de la enajenación que no se destine a prestar alimentos o a pagar deudas o legítimas”.

³⁷⁸ Son herederos de confianza las personas nombradas en testamento o pacto para la percepción de la herencia o legado al objeto de cumplir con tales bienes los fines que el testador les ha comunicado reservadamente o de palabra o por escrito en forma de memoria o instrucción.

Por tanto también en las islas de Ibiza y Formentera en defecto de pacto capitular de los esposos estableciendo su régimen de bienes que regirá su matrimonio, será el de separación de bienes.

2.4.Derecho Aragonés

En el derecho aragonés relativo al régimen económico matrimonial rige la libertad de los cónyuges para autorregular sus relaciones económicas.

Esta facultad reflejo de la autonomía de la voluntad será llevada a término a través de la otorgación de capitulaciones matrimoniales, aunque en la práctica cuando se acude a realizar capitulaciones, además de establecer el régimen económico matrimonial se incluyen otros pactos de carácter económico o familiar.

Así expresamente se recoge en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas:

“Artículo 185 Principio de libertad de regulación

1. Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio standum est chartae³⁷⁹.

2. Las normas de los artículos 183, 184, 186 a 190 y 194 son imperativas”.

Por lo tanto la propia Ley establece los límites que se deben tener en cuenta a la hora de establecer los pactos que tengan por conveniente estipular, en forma de fijación de normas imperativas que los cónyuges no podrán vulnerar. Así el primero de los artículos que se fija como barrera a la libertad de regulación es el 183 el cual establece que el matrimonio

³⁷⁹ La definición de este principio la encontramos en el artículo 3 de la propia norma: *“Conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”.*

constituye una comunidad de vida proclamando la plena igualdad en derechos y obligaciones de ambos cónyuges, igualdad que deberá estar presente a la hora de establecer derechos o limitaciones a los mismos en los pactos que se otorguen; asimismo se establece el deber de respeto y ayuda mutua, de vivir juntos, guardarse fidelidad y actuar en interés de la familia. Si bien este último es un concepto más genérico que podría plantear dudas acerca de su interpretación en el caso concreto, del precepto se extraen se pueden extraer límites infranqueables como sería el de pactar el que los cónyuges vivirán separados, que entendemos sería nulo de pleno derecho al vulnerar una norma imperativa.

El segundo de los artículos el 184 se ocupa del domicilio conyugal.

El artículo 186 habla de la dirección de la vida familiar estableciendo que corresponderá a ambos cónyuges el gobierno de la familia y la toma de decisiones de la economía; por lo tanto a tenor de este artículo no se podría pactar que las decisiones económicas de la familia las tome solamente uno de los cónyuges de manera unilateral. El siguiente de los artículos establece que ambos tienen el deber de satisfacer las necesidades familiares, eso sí dejando margen para el pacto en la forma de realizar esa contribución, y fijando en defecto de pacto que *“para determinar la contribución de cada cónyuge se tendrán en cuenta los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención al hogar y los hijos”*. Otros de los límites establecidos son el deber de información recíproca y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores por las obligaciones contraídas para la satisfacción de las necesidades familiares, establecidas en los arts. 188 y 189 respectivamente.

Por su parte el art. 190 al decir *“Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial”*, veta la exclusión pactada de tal obligación cuando se refiere trate de la disposición de la vivienda habitual o el mobiliario de la misma.

Y por último el art. 194 salva los derechos adquiridos por terceros que no se verán perjudicados por el cambio o modificación del régimen económico matrimonial.

El régimen económico del matrimonio por tanto será el que hayan establecido los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y a falta de éstas será el de consorcio conyugal, que se establece como supletorio.

Así lo dictamina el Artículo 193 del Código de Derecho Foral de Aragón “1. *El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges.*

2. *En defecto de pactos en capitulaciones sobre el régimen económico del matrimonio o para completarlos en tanto lo permita su respectiva naturaleza, regirán las normas del consorcio conyugal regulado en el Título IV de este Libro.*

3. *Quienes, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable”.*

En cuanto al contenido y forma de las capitulaciones nos dice el art. 195 del mismo cuerpo legal “1. *Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen económico familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran al otorgamiento, sin más límites que los del principio standum est chartae.*

2. *Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento de escritura pública”.*

Las mismas se pueden otorgar y modificar antes o durante el matrimonio, no produciendo efectos hasta que éste se celebre o en momento posterior si así se pacta; además se pueden someter a término o condición, o incluso darles efectos retroactivos, siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Además, tenemos que decir que la Ley también prevé expresamente que los pactos otorgados capítulos matrimoniales pueden hacer referencia a instituciones familiares consuetudinarias, como recoge el art. 201 del Real

Decreto “*Cuando las estipulaciones hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como «dote»³⁸⁰, «firma de dote»³⁸¹, «hermandad llana»³⁸², «agermanamiento» o «casamiento al más viviente»³⁸³, «casamiento en casa»³⁸⁴, «acogimiento o casamiento a sobre*

³⁸⁰ RAPÚN GIMENO, NATIVIDAD, *La dote prometida. Alegaciones a un proceso de “iurisfirme gravaminum factorum” (1656)*, Derecho Aragonés, Cuadernos “Lacruz Berdejo”, Trabajos de Postgrado, núm. 2, 2005. La citada autora nos dice que: “*El término dote, en el caso que no ocupa, hace referencia, no al conjunto de bienes que el marido asigna a la mujer con ocasión del matrimonio, sino a la llamada dote romana o castellana, aportada por la mujer como contribución al sostenimiento de las cargas de aquel y cuya administración se encomendaba al marido así como la disposición de sus frutos a fin de atender con éstos las cargas familiares, constituyéndose así una masa patrimonial destinada “ad sustinenda onera matrimonii”, siendo objeto de un régimen jurídico específico y propio, distinto e independiente del resto de bienes aportados por los cónyuges al matrimonio y ello en atención a la finalidad propia del matrimonio dotal. En la doctrina tradicional aragonesa se acostumbra a denominar “dote a la llevada por la mujer al matrimonio y “firma de dote” a la asignada por el marido a su esposa”*”.

³⁸¹ La precitada autora nos dice de esta figura: “*La firma de dote aragonesa puede definirse como la porción de bienes que el marido asignaba a su esposa en concepto de dote, si era indotada, o de aumento de dote, en caso contrario. Tiene su origen en la antigua dote del marido, regulada en la Compilación de Huesca, que era de carácter obligatorio y de distinta naturaleza según el estatus social de la esposa, infanzona, franca o villana”*”.

³⁸² También llamada «carta de mitad», en virtud de esta institución los cónyuges hacen comunes entre sí todos sus bienes, y no solo, como en la comunidad legal, las ganancias y muebles, es un régimen de comunidad universal. Puede ser de diversas clases y disponer diverso contenido, así se puede nombrar la hermandad universal, que comprende todos los bienes; hermandades particulares, que abarcaría algunos bienes o algunos periodos de tiempo que se pactan explícitamente; o también las hermandades con término inicial o final o bajo condición.

La característica de éste bien es que se trata de una comunidad igualitaria en la que los bienes comprendidos en la misma se dividen por mitad.

³⁸³ Institución conocida y practicada en el Alto Aragón. Cada uno de los cónyuges sucede al otro en el dominio universal de la herencia. Recibe su fuerza de la costumbre; y el derecho hereditario del cónyuge superviviente no sólo comprende los bienes matrimoniales comunes, sino los de exclusiva pertenencia del premuerto. Según definición dada en Diccionario online general, UniversoJus.com.

³⁸⁴ Es una institución por la que se pacta en contrario respecto del régimen establecido para los casos de viudedad en el Derecho foral aragonés. Concretamente, en caso de muerte del heredero, se otorga al cónyuge que ha quedado viudo la prórroga del usufructo viudal, y en caso de que contraiga nuevo matrimonio y sea autorizado a hacerlo, el derecho a trasladar el usufructo viudal a su nuevo cónyuge. Wikipedia.

bienes»³⁸⁵, «consorcio universal o juntar dos casa»³⁸⁶ y «dación personal»³⁸⁷, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre y a los usos locales”.

Como ya hemos apuntado en defecto de pacto el régimen económico que regirá entre los cónyuges será el de consorcio conyugal.

De suma importancia es la referencia que hace el propio preámbulo de la ley respecto de éste régimen al decir: “*Rasgo definitorio y clave para entender y aplicar este régimen es el papel predominante que en el mismo tiene la voluntad de los particulares, de manera que más puede considerarse subsidiario de ella que propiamente legal*”.

Expresiva es, como vemos, la Ley en este sentido, no solo reconociendo sino priorizando la voluntad de los cónyuges incluso por encima de la ley.

Se trata de un régimen de comunidad en que los cónyuges tienen la libertad de atribuir en todo momento el carácter de común o privativo a los bienes que quieran.

A falta de pacto, al iniciarse el régimen, constituyen el patrimonio común los bienes aportados por los cónyuges para que ingresen en él y los

³⁸⁵ COSTA, JOAQUÍN, *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España*, Ed. Guara, Zaragoza, 1981. Pág. 239. Lo define como: “Acto y contrato por el cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra, u otras familias, de parientes, o extraños, en el acto de constituirse, o constituida ya, y con hijos o sin ellos, formando entre todas una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de ganancias, y, en ciertos límites, de sucesión mancomunada”.

³⁸⁶ Ob. Cit. Alt., pág. 261. El mencionado autor explica esta institución de la siguiente forma: “Esta manera de asociación..., queda dicho que se efectúa mediante el enlace matrimonial de un heredero con una heredera; y ahora añadiré que es indiferente que los desposados sean hijos únicos o que tengan hermanos. Por lo común, los padres del contrayente continúan viviendo separadamente de los de su consorte, y tanto éstos como aquellos administrando como antes su respectivo patrimonio: los jóvenes casados viven con los primeros, y cuando éstos fallecen, se trasladan a casa de los segundos, si por ventura sobrevivieron”.

³⁸⁷ Según GEA Gran Enciclopedia Aragonesa, “Mediante este contrato, antes usado en regiones pirenaicas y hoy en desuso, un soltero o viudo sin descendencia se «dona» (por eso se le llama donado) o adscribe de por vida a una casa, obligándose a trabajar en beneficio de ella e instituyendo heredera, a cambio de ser mantenido por ella «sano y enfermo con lo necesario, y vestido y calzado según su clase», y recibir los sufragios de costumbre a su muerte”.

que les son donados por razón del matrimonio con carácter consorcial. Durante el consorcio ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en la propia ley³⁸⁸.

Como régimen económico matrimonial supletorio de segundo grado se establece que regirá el de separación de bienes. De esta manera el mismo será de aplicación cuando los cónyuges así lo hayan acordado en capitulaciones, y en el caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen.

2.5. Derecho Gallego

En la actualidad rige la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Esta Ley se ocupa del régimen económico familiar en el Título IX. Abre el mismo el art. 171 estableciendo *“El régimen económico*

³⁸⁸ Apartado 2 del art. 210: *“Durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en los apartados siguientes:*

- a) Los adquiridos por título lucrativo cuando así lo disponga el donante o causante.*
- b) Los que los cónyuges acuerden que tengan carácter consorcial.*
- c) Los bienes adquiridos a título oneroso por cualesquiera de los cónyuges a costa del caudal común. Si el precio ha quedado aplazado en todo o en parte, serán comunes, salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo.*
- d) Los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad.*
- e) Las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional.*
- f) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes o privativos, así como el beneficio obtenido de las empresas y explotaciones económicas.*
- g) Las cantidades devengadas por pensiones cuya titularidad corresponda a cualquiera de los cónyuges, salvo lo dispuesto en el artículo 212.*
- h) La diferencia positiva entre el importe actualizado del valor al ingresar en el patrimonio privativo y el que tengan al producirse el reembolso o disolverse el consorcio conyugal de los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos.*
- i) Los derechos del arrendamiento por contratos celebrados durante el consorcio.*
- j) Las empresas y explotaciones económicas fundadas por uno cualquiera de los cónyuges durante el consorcio, salvo que sea totalmente a expensas del patrimonio privativo de uno solo de ellos.*
- k) Las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges; pero, en este caso, en las relaciones con el ente social, se estará a lo dispuesto en las normas por que se rija”.*

matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales”.

Así de esta forma el derecho gallego establece que en primer lugar el régimen económico que regirá entre los cónyuges será el que ellos pacten en capitulaciones matrimoniales, sólo a falta de estas o si las mismas devienen en ineficaces, regirá el régimen legal supletorio establecido, la sociedad de gananciales.

Acto seguido el art. 172 dice *“Los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal”.*

Como pone de manifiesto Ana Isabel Rodríguez Parada³⁸⁹ este artículo *“reconoce de forma expresa y novedosa la validez de los pactos en capitulaciones sobre la futura liquidación de la sociedad de gananciales, permitiendo que los cónyuges adopten acuerdos previos sobre las bases de dicha liquidación, con plena eficacia en el momento de disolución de la sociedad conyugal, con el fin de concretar y determinar lo que a cada cónyuge le pueda corresponder para facilitar, entre otros propósitos, la disponibilidad de los bienes comunes gananciales y todo ello cuando no existe una relación de conflictividad entre los cónyuges. Estos pactos pueden contemplar dos situaciones: el cambio de régimen económico o crisis matrimonial y el fallecimiento de uno o ambos cónyuges”.*

Prosiguiendo con las capitulaciones matrimoniales tenemos que decir que se podrán otorgar antes o durante el matrimonio y formalizarse necesariamente en escritura pública. Y continuando con su contenido el art. 174 expresa *“Las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley”.*

³⁸⁹ RODRÍGUEZ PARADA, ANA ISABEL, “El Régimen Económico Matrimonial de la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS, RAJOY BREY, ENRIQUE (Coordinadores), *Regímenes Económico-Matrimoniales y Sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial Tomo I*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, 2008, pág. 255.

Acaba el título regulando las donaciones por razón de matrimonio.

Como vemos la ley es algo parca en cuanto a la regulación expresa, rigiendo en lo no previsto, subsidiariamente, las normas del Código Civil, siempre que no se opongan a los principios de derecho gallego.

Más detallada es la regulación respecto a los pactos sucesorios, que como hemos visto pueden incluirse en las capitulaciones matrimoniales, habiendo constar siempre en escritura pública, y debiendo ser mayor de edad y capaz el otorgante, requisito no exigido para el resto de pactos o disposiciones que pueden contener las capitulaciones, cuya capacidad a falta de norma expresa se regirá por las disposiciones del CC.

Así se prevé que *“Las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora³⁹⁰ que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, como la casa³⁹¹, el casamiento para casa³⁹², la mejora de labrar y poseer³⁹³, la compañía familiar³⁹⁴ o cualquier otra, habrán de ser*

³⁹⁰ Según el art. 214 *“Son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos”*.

³⁹¹ El artículo 51 expresa *“La casa patrucial y sus anexos constituyen un patrimonio indivisible”*.

En el derecho Foral antiguo la casa se presentaba como una figura central en torno de la cual se desarrollan las instituciones familiares y sucesorias gallegas, para garantizar la perpetuidad de ésta.

³⁹² Pacto que se fija en las capitulaciones por el que se faculta al forastero que se casa con el heredero para que, si el heredero muere, el primero pueda contraer nuevo matrimonio sin perder el usufructo viudal que le corresponda del heredero premuerto, es decir, sobre la casa, y también a su vez, transmitir ese usufructo a su nuevo cónyuge para el caso de que muera el usufructuario, siempre que este segundo matrimonio haya sido considerado como beneficioso o conveniente a la casa por los instituyentes.

³⁹³ Institución por la cual el ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasado aunque las tierras estén separadas, o una explotación, pueden pactar con alguno de sus descendientes su adjudicación íntegra, suponiendo que éste es instituido heredero a no ser que exista pacto en contrario; pudiendo en este caso el mejorado compensar en metálico a los demás interesados en la partición.

³⁹⁴ Por la compañía familiar labradores con vínculo de parentesco se constituyen para vivir y explotar en común tierras, explotaciones o lugar acasado, que pertenecen a alguno de ellos o a todos. Si no se dispone lo contrario se entenderá constituida cuando el pariente del labrador case para casa, entendiéndose tal cuando se integra el nuevo matrimonio en la vida comunitaria y de trabajo del grupo familiar ya constituido. Esta institución se regirá en primer lugar por lo dispuesto en el título constitutivo,

interpretadas conforme a los usos y costumbres locales”, art. 213. Desarrollando a lo largo del capítulo esta institución.

2.6.Derecho Navarro

El Derecho Foral Navarro, está recogido en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Navarra.

Así el Título VIII del Libro I se ocupa de las Capitulaciones matrimoniales. Empieza la Ley 78 diciendo *“Las capitulaciones o contratos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de celebradas las nupcias. Si se otorgasen durante el matrimonio, podrán darse a sus pactos efecto retroactivo a la fecha de celebración de éste, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros”*. Para continuar en la Ley 80 con el contenido de las mismas, diciendo: *“Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar:*

- 1) Las donaciones propter nuptias.*
- 2) Los señalamientos y entregas de dotes y dotaciones.*
- 3) Las renunciaciones de derechos.*
- 4) Las donaciones esponsalicias, las arras y las donaciones entre cónyuges.*
- 5) Los pactos sucesorios.*
- 6) Las disposiciones sobre el usufructo de fidelidad.*
- 7) Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio”*.

Como podemos observar el contenido que pueden contener las capitulaciones matrimoniales es verdaderamente amplio, y no se limitan a establecer, en la mayoría de los casos, solamente el régimen económico matrimonial que regirá durante el matrimonio. Como pone de manifiesto Francisco Javier Fernández Urzainqui³⁹⁵, con el que estamos de acuerdo,

seguidamente por el uso y la costumbre del lugar y en último término por las disposiciones contenidas en la ley.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, “Título VIII De Las Capitulaciones Matrimoniales”, en RUBIO TORRANO, ENRIQUE, (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, Pág. 228.

“Más allá de un instrumento regulador de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, las capitulaciones matrimoniales han representado en la tradición jurídica navarra el eje vertebrador de la familia troncal, la norma básica de su organización y la clave de su unidad y estabilidad... Las capitulaciones que en las zonas de Navarra donde ha arraigado aquel modelo familiar se ha conocido también como «capítulos» o «contratos» matrimoniales no se han dirigido, ni exclusiva, ni principalmente siquiera, a la ordenación del régimen económico del matrimonio. Sobre las previsiones de tal régimen, han primado en estos contratos otras disposiciones de muy variado contenido familiar y sucesorio dirigidas fundamentalmente a asegurar la unidad de la familia bajo la autoridad de los «amos» de la Casa, la integridad y prosperidad de su hacienda y la conservación de la misma en el tronco familiar, mediante su íntegra transmisión a un único sucesor”.

Vemos cómo influye el tipo de familia tan característico de la sociedad navarra en el contenido de las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones admiten modificación en cualquier momento siempre que se observen las formalidades establecidas y consientan los que en su día intervinieron en su otorgación (siempre que estén vivos), a excepción de los pactos sucesorios para los que no es necesario más que los cónyuges para su modificación.

En cuanto al régimen de bienes en el matrimonio, se deja libertad a los cónyuges para su establecimiento, eligiendo el que más les convenga. El Fuero instaura el régimen legal supletorio en la Ley 82 *“En defecto de otro régimen establecido en capitulaciones matrimoniales, se observará el de conquistas, que se regirá por las disposiciones de esta Compilación en lo que no hubiere sido especialmente pactado”.*

Por lo que en primer lugar lo que prevalece es la voluntad de los cónyuges que tienen la libertad para fijar el régimen de bienes en el matrimonio que tengan a bien; e incluso estableciendo un régimen legal supletorio, los cónyuges pueden elegir la configuración del mismo que ellos decidan, introduciendo nuevas reglas o modificando las legalmente establecidas. Solamente a falta de pacto en este sentido regirá la sociedad legal de conquistas según las normas establecidas en el propio Fuero.

Y además, también, existe libertad en cuanto a la duración del régimen económico, es decir, que los cónyuges o futuros cónyuges pueden delimitar su periodo de vigencia, como apunta Fernández Urzainqui³⁹⁶ *“En las capitulaciones matrimoniales, que pueden otorgarse antes o después de celebrarse las nupcias (ley 78.1), los otorgantes pueden dar a sus pactos efecto retroactivo (ley 78.1), aplazar su vigencia sometiéndola a término o condición suspensiva, o establecer su límite temporal o las casus de extinción anticipada a la disolución o separación del matrimonio (ley 87.1) y, en todo caso, mediante capítulos postnupciales, pueden poner fin de mutuo acuerdo al régimen por el que se regían y acogerse a otro distinto (cfr. ley 87.2)”*. Tenemos que añadir que además en el Derecho de familia Navarro se permite que los cónyuges establezcan mediante pacto que su régimen económico se extienda más allá del fallecimiento de uno de ellos continuando en el tiempo.

Por lo que mediante pacto los otorgantes pueden decidir cuál es el periodo de vigencia de su régimen económico matrimonial, fijando la fecha en que tiene que empezar y la que tiene que terminar.

Ahora bien como apunta el anteriormente citado autor *“Lo que el reconocimiento de su autonomía privada no les permitirá en ningún caso referir en capitulaciones el inicio del régimen de conquistas a fecha anterior a la del matrimonio de los otorgantes, pues... la condición matrimonial de los sometidos al régimen de conquistas constituye una premisa esencial de su vigencia”*.

La sociedad legal de conquistas es un régimen económico matrimonial semejante al de la sociedad de gananciales del derecho común, que consiste en una comunidad limitada a las adquisiciones onerosas que se realicen durante la vigencia del matrimonio³⁹⁷, así como los bienes y frutos

³⁹⁶ FERNÁNDEZ URZAINQUI, FRANCISCO JAVIER, Ob. Cit. Alt., Pág. 247.

³⁹⁷ La Ley 82 del Fuero Nuevo nos enumera cuales son los bienes que se consideran de conquista *“En el régimen de conquistas se hacen comunes de los cónyuges: 1) Los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones. 2) Los bienes adquiridos a título oneroso con cargo a bienes de conquista durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges. 3) Los bienes adquiridos a título oneroso a cargo de bienes privativos y que los cónyuges convengan sean bienes de conquista, cualesquiera que fueran el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos. 4) Los bienes ganados durante el matrimonio por el trabajo u otra*

conseguidos por el trabajo de cualquiera de ellos o de los bienes comunes o privativos, además de los que por voluntad de los cónyuges les den tal carácter.

Aquí una vez rige en primer término la autonomía de la voluntad de los cónyuges expresada a través de pactos matrimoniales. En la Ley 82 del Fuero, al expresar cuales son los bienes de conquista en primer lugar refiere que se hacen comunes *“los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones”*, por lo que cualquier bien, por ejemplo un inmueble proveniente de una herencia de cualquiera de los cónyuges, devendría en común si así lo hacen constar los otorgantes en virtud de pacto.

La propia Ley establece una presunción de bienes de conquista los que no conste que sean privativos.

En cuanto a su administración se prevé sea conjunta a falta de pacto distinto Y también podrá pactarse su división, es decir, que no tiene porqué de corresponder el cincuenta por ciento a cada cónyuge si establecen una forma de reparto distinta, así se desprende de la Ley 90 *“El remanente líquido de los bienes de conquista se dividirá en la porción pactada o, en su defecto, por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos”*.

Una variedad de sociedad conyugal es la sociedad familiar de conquistas, recogida en la Ley 92 *“Si en las capitulaciones matrimoniales con donación de bienes de bienes o nombramiento de heredero se pacta la convivencia de donantes o instituyentes y donatarios o instituidos, se presumirá que todos ellos participan en las conquistas que se obtengan, salvo que en la escritura hubiere pactos en contra o incompatibilidades con la existencia de tal sociedad familiar”*.

Podríamos decir que la sociedad familiar de conquistas es aquella en la que en virtud de pacto formalizado en capitulaciones mediante escritura

actividad de cualesquiera de los cónyuges. 5) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes y de los privativos. 6) Los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el matrimonio. 7) Los bienes adquiridos por el derecho de retracto convencional o legal, opción, acceso a la propiedad, suscripción preferente u otro cualesquier derecho de adquisición que pertenezca a la sociedad de conquistas. 8) Las accesiones o incrementos de los bienes de conquista. 9) Cualesquiera otros bienes que no sean privativos conforme a la ley siguiente”.

pública, la que deberá contener donación o institución de heredero, constituyen una sociedad de conquistas en la que convivirán los donantes o instituyentes, llamados amos viejos, con los donatarios o instituidos, amos jóvenes, participando todos ellos en las conquistas que obtengan, determinando cuales son de conformidad con lo estipulado en general para los bienes de conquistas, en la Ley 82.

Ésta se rige en primer lugar por lo pactado, luego por la costumbre, y en último término y en defecto de los dos anteriores por las disposiciones del capítulo II del Libro I de la Compilación.

En cuanto a su administración, en defecto de pacto, corresponderá a los donantes o instituyentes, o a los que de ellos sobrevivan.

La Ley establece las causa de disolución de la sociedad familiar de conquistas, siendo las que se establezcan en capitulaciones; el acuerdo de todos los partícipes; la declaración de nulidad del matrimonio por el cual se otorgan; el fallecimiento de uno de los donatarios o instituidos y las causas de separación previstas en el número 5 de la Ley 87, siempre que los donantes o instituyentes no continúen viviendo con el sobreviviente. Sin embargo, si fallece alguno de los donantes o instituyentes la sociedad familiar continuará salvo que exista pacto en contrario. Si fallecen todos los donantes o instituyentes la sociedad continuará entre los cónyuges.

Existen otros regímenes que se recogen en la propia Ley 1/1973, de 1 de marzo. Así el Capítulo III del Título IX, del Libro I, se ocupa del Régimen de Comunidad Universal de Bienes. La Ley 101 dispone *“Los cónyuges pueden pactar el régimen de comunidad universal de bienes en capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio. En defecto de los pactos establecidos, se aplicarán las reglas siguientes:*

1) Por este régimen se hacen comunes a los cónyuges todos sus bienes presentes y futuros, sea cual fuere el título de adquisición, oneroso o lucrativo, «inter vivos» o «mortis causa».

2) Serán de cuenta de la comunidad todas las cargas y obligaciones de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, así anteriores como posteriores al matrimonio.

3) Respecto de la administración y disposición de los bienes comunes, será aplicable lo que la ley 86 previene para los bienes de conquista.

4) *A la disolución del matrimonio, el remanente líquido de los bienes comunes se dividirán en la proporción convenida o, en defecto de pacto, por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.*

5) *En lo que no hubiese sido pactado o no se halle previsto en esta Ley, se aplicarán analógicamente las disposiciones establecidas en esta Compilación para el régimen de conquistas, en cuanto no fuere contradictorio o incompatible con el de comunidad universal de bienes”.*

Tenemos que apuntar que éste régimen se da poco en la práctica, es menos frecuente cada vez.

Otro de los regímenes previstos que apuntábamos es el de Separación de Bienes. Se ocupa el Capítulo IV del Título IX, del Libro I. Así la Ley establece “*Los cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes en capitulaciones otorgadas antes o después del matrimonio.*

a) *Concepto.- Salvo pacto en contrario, este régimen reconoce a cada cónyuge la propiedad de los bienes que tuviese en el momento inicial y los que por cualquier título adquiriera posteriormente, así como el disfrute, administración y disposición por sí solo de sus bienes propios, y le atribuye la responsabilidad exclusiva de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia conforme a las circunstancias de ésta y al uso del lugar, si fuere insuficiente el patrimonio del cónyuge deudor, responderán subsidiariamente los bienes del otro, sin perjuicio del reembolso que procediere.*

b) *Sostenimiento de cargas familiares. Respecto al sostenimiento y atenciones de la familia, se estará a lo pactado en las capitulaciones; en su defecto, cada cónyuge puede exigir del otro que contribuya en proporción a sus ingresos y, si no los tuviere o fueran insuficientes, a sus bienes. Este derecho es personalísimo e intransmisible, pero los herederos podrán continuar el ejercicio de la acción si el causante hubiera interpuesto la demanda.*

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá computarse el trabajo en el hogar familiar de cualquiera de los cónyuges.

c) *Copropiedad. Se presumirá que pertenecen a los dos cónyuges por mitad pro indiviso los bienes y derechos cuya pertenencia privativa no conste”.*

Por tanto lo característico de éste régimen es la absoluta separación de patrimonios de los cónyuges, pudiendo administrar y disponer de sus propios bienes.

Este régimen se extinguirá por el fallecimiento de la mujer o del marido, por las causas previstas en las propias capitulaciones, por el acuerdo de ambos cónyuges, por la separación divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, o por resolución judicial.

Otra de las peculiaridades del Derecho navarro es el Régimen de Bienes en Segundas o Posteriores Nupcias.

La Ley 105 del Fuero Nuevo nos dice *“Liquidación de sociedad de anteriores nupcias. El padre o la madre que contrajere segundas o ulteriores nupcias deberá practicar, conjuntamente con sus hijos o descendientes de matrimonio anterior, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta y hacerles formal y efectiva entrega de los bienes que les correspondan.*

Los hijos menores no emancipados serán representados por el defensor judicial”.

Esta situación se producirá cuando una persona desee contraer segundas o ulteriores nupcias teniendo hijos de un anterior matrimonio, y habiendo sido éstos constituidos en todo o en parte en herederos del cónyuge fallecido, todavía no se haya liquidado la sociedad conyugal.

Para el caso que el progenitor que tenga la obligación de practicar tal liquidación y no la haga, contrayendo nuevas nupcias, se prevé expresamente una sanción consistente en darles a los hijos del anterior matrimonio un derecho de participación en las conquistas del nuevo matrimonio. Así la Ley 106 expresa *“Si antes de celebrar nuevas nupcias, el padre o la madre no hubiere cumplido la obligación que le impone la ley precedente, los hijos o descendientes de anterior matrimonio podrán exigir la liquidación; en tanto ésta no se practique, participarán en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, pero no les afectarán las pérdidas, si las hubiere.*

Lo dispuesto en esta Ley se observará sea cual fuere el régimen de bienes del nuevo matrimonio”.

Como decíamos la ley castiga el progenitor que contrae nuevo matrimonio sin haber liquidado con sus descendientes del anterior matrimonio, la sociedad conyugal. Así participarán en un tercio de las conquistas del nuevo matrimonio. Éste derecho terminará cuando se haya efectuado la liquidación con formal y efectiva entrega de los bienes correspondientes a los hijos, lo que provocará la cesación en la participación de las conquistas.

Tenemos que mencionar que existen excepciones a éste régimen, siendo recogidas en la Ley 107³⁹⁸.

Este derecho será renunciabile para los hijos mayores de edad³⁹⁹.

La legislación prevé el caso en que se deba liquidar la sociedad conyugal de conquistas estando interesados hijos o descendientes de varios matrimonios; según la Ley 109 se procederá por separado y sucesivamente cada una de las sociedades de conquistas. También se contempla que en el caso de existencia de hijos o descendientes de varios matrimonios, la tercera parte de las conquistas se distribuirá el tercio de las conquistas por cabezas entre todos ellos.

Como se extrae de lo expuesto la legislación foral de Navarra deja amplio margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, permitiéndoles pactar todos los detalles de su régimen económico matrimonial. En esta materia se establece como primera opción siempre la libre voluntad de los cónyuges expresada en capitulaciones matrimoniales. La misma amplitud se aplica a las donaciones “*propter nuptias*” y a los pactos sucesorios, en los que existen amplio margen de decisión.

³⁹⁸ El que dice: “*No será aplicable lo dispuesto en las leyes anteriores en los casos siguientes:*

1) *Si al fallecimiento de un cónyuge, el sobreviviente fuese único y universal heredero.*

2) *Si al tiempo de disolución de la sociedad conyugal no existieren bienes apreciables en base a los cuales se haya obtenido alguna ganancia durante el matrimonio posterior. La inexistencia de bienes se hará constar por el cónyuge bínubo en acta notarial o en acto de conciliación, con notificación o citación de los interesados o de sus legítimos representantes”.*

³⁹⁹ En este sentido se pronuncia la Sentencia TSJ de 20 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6451).

2.7.Derecho Vasco

Un paso importante en el Derecho foral Vasco es la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Además de por su contenido su importancia radica en que es el primer cuerpo legal que recoge un derecho civil propio para toda la Comunidad Autónoma Vasca. Hasta ese momento la regulación foral era territorial y no uniforme, pero a partir de la entrada en vigor de la citada Ley se consigue la uniformidad legislativa para todos los vascos en diversas materias entre las que figuran las relativas al Derecho de familia, el patrimonial o el Derecho de sucesiones.

La presente Ley se basa en la libre voluntad y la autorregulación de las relaciones jurídicas de carácter privado, como pone de manifiesto Gontzal Aizpurua⁴⁰⁰ al expresar: *“Esa libertad civil constituye uno de los principios básicos de varias legislaciones civiles como la vasca (autonomía de la voluntad, standum est chertae) cuyas normas se presumen dispositivas y los derechos de ellas derivados pueden ser renunciados siempre que con ello no se contradiga el interés o el orden público, o se perjudique a terceros. La voluntad de las partes prevalece, en ocasiones, sobre la propia ley. Es en la materia más ampliamente regulada por el Derecho civil vasco, –el Derecho sucesorio–, vinculado con el matrimonial y familiar en general, donde la libertad civil ha encontrado una de sus máximas expresiones, y donde los acuerdos y pactos sucesorios, matrimoniales o de pareja y económico-familiares se han desarrollado más ampliamente al amparo de la libertad de las partes...”*

Podemos ya por tanto apuntar que la autonomía de la voluntad en la materia que nos ocupa va considerablemente amplia, y por tanto los cónyuges van a tener gran margen a la hora de realizar los pactos matrimoniales que tengan por conveniente.

⁴⁰⁰ AIZPURUA ONDARO, GONTZAL, *De las fuentes del derecho civil vasco*, en URRUTIA BADIOLA, ANDRÉS M. (Dir.), “La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial”, Ed. Dykinson, 2016, Pág. 26.

En este sentido se pronuncia la Ley en cuanto al régimen de bienes que regirá en el matrimonio. Así el artículo 125 de la Ley abre el Título III que es el que se ocupa de la materia, establece *“El régimen de bienes en el matrimonio será el que los cónyuges establezcan en capitulaciones matrimoniales, bien estipulando expresamente sus condiciones bien haciendo referencia a cualquier sistema económico establecido en ésta u otras leyes”*.

Por tanto existe absoluta libertad para que los cónyuges constituyan el régimen económico que deseen bien confeccionando su propio sistema a través de los pactos otorgados en las capitulaciones matrimoniales o bien estableciendo cualquier sistema que prevea la propia Ley o que se recoja en cualquier otra; por tanto entiendo que podrían pactar un régimen no incluido en la legislación vasca pero sí previsto en el derecho común o incluso en otro de los derechos forales vigentes en España.

En defecto de capitulaciones se establece como régimen legal supletorio el de sociedad de gananciales establecido en el Código Civil, a excepción de los contrayentes vecinos de la tierra llana de Bizkaia, de Armaio o bienes, y cuando sea solo uno de los cónyuges el que tenga la vecindad de estas tierras se establece que el régimen legal supletorio será el que corresponda a la primera residencia habitual común de los cónyuges, y a falta de ésta, el que corresponda al lugar de celebración del matrimonio.

Sea cual sea el régimen que rijan entre los cónyuges se podrá modificar en cualquier momento otorgando nuevas capitulaciones matrimoniales, sin que se exija ningún requisito⁴⁰¹.

Uno de los regímenes propios característicos del derecho vasco que recoge la Ley es el régimen de comunicación foral de bienes, así el art. 129 se expresa *“En virtud de la comunicación foral se harán comunes, por mitad entre los cónyuges todos los bienes, derechos y acciones, de la procedencia que sean, pertenecientes a uno u otro, por cualquier título, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio y sea cual fuere el lugar en que radiquen”*.

⁴⁰¹ Para la modificación del régimen económico matrimonial no se exige ningún requisito basta con otorgar nuevas capitulaciones matrimoniales, solamente para que tenga efectos contra terceros se requerirá su inscripción en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro Mercantil o de la Propiedad.

Por lo que podemos afirmar que se trata de un régimen de comunidad de bienes por el cual, a diferencia de la sociedad de gananciales, cualquier bien adquirido por cualquier título antes o durante el matrimonio deviene en común por mitades entre ambos cónyuges.

La comunicación empieza con el matrimonio, durante el cual tiene el alcance y las limitaciones previstas en la Ley, y se consolida en el momento de su disolución del mismo por el fallecimiento de uno de los cónyuges cuando existan descendientes en común.

En cambio si la disolución de la sociedad se produce por fallecimiento de uno de los cónyuges sin descendencia o por sentencia de divorcio, separación o nulidad, pertenecerán a cada cónyuge los bienes de su procedencia y los ganados se distribuirán por mitad. En caso de extinción por modificación del régimen económico se procederá según lo pactado, teniendo libertad los cónyuges para realizar tal partición, en su defecto regirá lo anteriormente dicho.

De lo expuesto podemos afirmarnos en que la primera opción en cuanto a los derechos económicos del matrimonio es la voluntad de las partes expresada a través de los pactos matrimoniales. Además a través de estos se podrán realizar también disposiciones sucesorias, siendo de gran tradición en el derecho vasco realizar estos pactos sucesorios.

Pasando ahora a los pactos en previsión de ruptura que los cónyuges o futuros cónyuges pueden otorgar para el caso en que su matrimonio falle y acabe en ruptura, tenemos que señalar que expresamente vienen recogidos en la legislación vasca en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

En el preámbulo de la propia Ley se incluye una especie de definición de los mismos: *“Los pactos en previsión de ruptura de la convivencia son acuerdos mediante los cuales, previendo la situación de ruptura, las partes regulan las condiciones de las relaciones familiares ante ella, disminuyendo de manera importante la contenciosidad del momento de la ruptura real”*.

Estos pactos según refiere el artículo 4 de la citada ley se podrán otorgar antes o durante la convivencia, y al igual que las capitulaciones

matrimoniales, deberá realizarse mediante escritura pública, y quedarán sin efecto si no se contrae matrimonio o se inicia la convivencia en el plazo de un año desde su otorgamiento.

En cuanto a su contenido el apartado 2 del precitado artículo dice que tendrán en todo o en parte el contenido que se prevé para el convenio regulador. Y aunque no contengan los extremos mínimos que se le requieren a un convenio regulador serán válidos y obligarán a todos los firmantes, limitándose a los aspectos que se han fijado.

Para que sean ejecutables judicialmente se requiere se hayan sido previamente aprobados por el Juez.

La meritada norma se ocupa también del convenio regulador y su contenido, es decir, el documento que recoge los pactos a los que han llegado los cónyuges una vez ya iniciada la crisis matrimonial, o de convivencia, y que preceptivamente ha de acompañar a la demanda cuando ésta sea de mutuo acuerdo, o en su defecto una propuesta del mismo.

En caso de existir un anterior pacto en previsión de ruptura se deberá de estar a lo estipulado en él, y se deberá complementar con lo estipulado para el convenio en el caso que no recoja todos los extremos que a éste se le exigen como así expresamente se prevé en la Ley.

Solo en defecto de pacto o en caso de no aprobar el convenio presentado por las partes por ser dañoso para los hijos e hijas, gravemente perjudicial para una de las partes o contrario a los normas imperativas, será el Juez el que aplicando las reglas contenidas en la propia ley fije las medidas que deban regir.

2.8.Fuero Baylío

El Fuero Baylío es como dice Juan Luis Gimeno⁴⁰² el último fuero local que en materia de régimen económico-matrimonial rige en España, y como

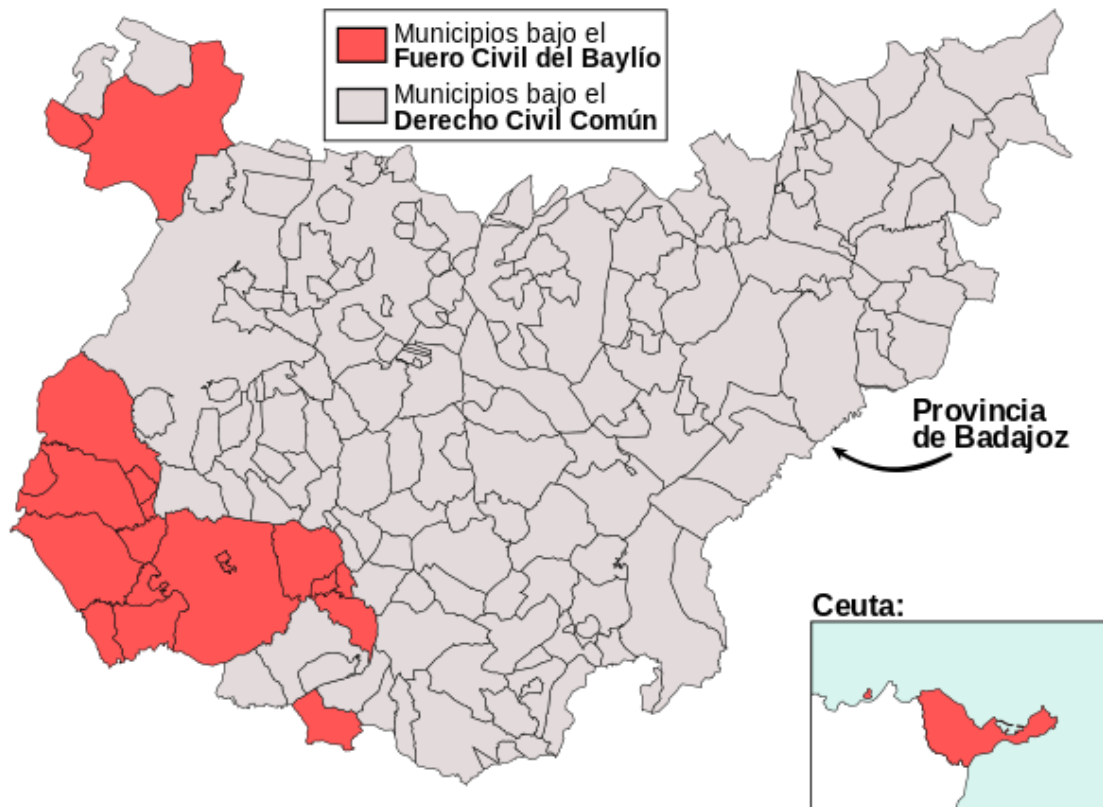
⁴⁰² GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS, El Fuero Baylío, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS, RAJOY BREY, ENRIQUE (Coordinadores), *Regímenes Económico-Matrimoniales...*, ob. Cit., pág. 199.

bien apunta el citado autor sigue sin codificarse a diferencia de los restantes derechos forales y es genuinamente consuetudinario, afectando solamente al régimen económico-matrimonial.

Solamente rige en determinados pueblos de Extremadura y en la ciudad autónoma de Ceuta.

Tras algunas dudas sobre su vigencia, ya superadas en la actualidad, la doctrina es pacífica en afirmar que rige en las siguientes poblaciones: Alburquerque, Atalaya, Alconchel, Burguillos, La Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros (y en su poblados de la Banzana, Valuengo, y Brovales), Oliva de la Frontera, Olivenza (y en las sus poblaciones agregadas de San Jorge, Santo Domingo, San Benito y Villarreal), Táliga, Valverde de Burguillos, Valencia del Ventoso, Valencia del Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno y Zahínos. Además de la ciudad autónoma de Ceuta como ya se ha dicho⁴⁰³.

⁴⁰³ Mapa con los municipios sobre los que se aplica el Fuero Baylío, en la provincia de Badajoz y en Ceuta. Wikipedia.



Es un régimen de comunidad universal de bienes, en virtud de la cual se hacen comunes todos los bienes de los contrayentes adquiridos por cualquier título y en cualquier momento, antes o durante el matrimonio, y que a su finalización se partirán por mitad⁴⁰⁴.

A diferencia de lo que ocurre en otros derechos forales en los que también existe una comunidad universal de bienes, como pone de manifiesto al anteriormente citado autor Gimeno, lo peculiar es que aquí no se trata de un régimen pactado, sino que es el régimen legal.

Podemos afirmar que es un régimen con caracteres que le diferencian de otros con los que comparte algún rasgo, pero con variaciones que le confieren un carácter distinto y propio.⁴⁰⁵

De forma que este régimen es supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales otorgadas por los contrayentes.

Se aplica a los matrimonios aforados que no hayan pactado otro régimen matrimonial, y por supuesto, que no hayan expresado su exclusión, pues de

⁴⁰⁴ Muy popular y resumen de este régimen es la frase “lo mío es tuyo y lo tuyo es mío”.

Famoso y anecdótico es el caso del matador de toros Rafael Molina, Lagartijo, el cual tras enviudar falleciendo su esposa *ab intestato* y sin que el matrimonio hubiera tenido hijos su suegro le reclamó la mitad de todos el patrimonio del torero, a los que este le respondió: “no sabía que yo desde el ruedo y mi suegro desde el tendido toreábamos al alimón”.

⁴⁰⁵ En el mismo sentido se pronuncia ROMÁN GARCÍA, ANTONIO M., El derecho consuetudinario: el Fuero del Baylío, en SOTO RUIZ, JOSÉ JAVIER, MONEDA DÍAZ, FRANCISCO LA, (Coordinadores), *Estudios sobre el Fuero de Baylío en Memoria de Don José Soto García-Camacho*, pág. 101. “Se diferencia de la sociedad de gananciales, del régimen de sociedad conyugal de conquistas de Navarra y de la Asociación de compras y mejoras que se práctica en algunas regiones catalanas, en que el sistema del Fuero no reconoce patrimonios privativos de los cónyuges. Presenta más semejanzas con los regímenes de comunidad de bienes de Vizcaya y de Aragón; pero el Fuero del Baylío comporta la aplicación general y absoluta del principio de hermandad, mientras que la legislación de Vizcaya hace de ella sólo circunstancial (exigiéndose que en el matrimonio existan hijos o descendientes) y la legislación aragonesa efectúa una aplicación limitada a los bienes muebles. Tampoco puede identificarse al Agermanamiento propio de la comarca de Tortosa, también llamada pacto de mitad, puesto que requiere la existencia de un pacto de sometimiento voluntario y la del Fuero del Baylío está establecida y presumida por la propia norma de carácter obligatorio para los aforados”.

ser así se aplicará el régimen común rigiendo por tanto el de sociedad de gananciales.

En cuanto a quien entendemos por aforados a los efectos de aplicarles el Fuero, según Gimeno y Gómez- Lafuente⁴⁰⁶ debemos estar a lo dispuesto en el art. 9.2 del Código Civil⁴⁰⁷. Sin embargo Román García⁴⁰⁸ difiere haciendo puntualizaciones al respecto: *“Y aunque en principio deben considerarse aforados todos los vecinos de las localidades en que rige el fuero, en virtud de lo previsto en el art. 13.2, 14, y 16 del Código Civil, acaso será más exacto entender como aforados:*

- 1. A los cónyuges que tengan esta vecindad civil, siendo indiferente que el matrimonio se haya contraído dentro o fuera del territorio foral.*
- 2. Cuando uno sólo de ellos tenga la vecindad civil en territorio aforado, con independencia del lugar en que hayan contraído el matrimonio.*
- 3. En los casos de que cualquiera de los cónyuges adquieran la vecindad civil foral, por su voluntad con residencia continuada de dos años en el territorio foral o automáticamente cuando, sin declaración en contraria, haya habido una residencia continuada durante diez años”.*

En cuanto al momento en que se debe aplicar el Fuero para que despliegue sus efectos, la doctrina no es pacífica existiendo dos corrientes distintas. La primera entiende que la comunicación de los bienes se produce desde el nacimiento del matrimonio, entre seguidores de esta

⁴⁰⁶ GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS, El Fuero Baylío, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN LUIS, RAJOY BREY, ENRIQUE (Coordinadores), *Regímenes Económico-Matrimoniales...*, ob. Cit., pág. 204.

⁴⁰⁷ Recordemos que el citado apartado dice: *“Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges el tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.*

⁴⁰⁸ ROMÁN GARCÍA, ANTONIO M., El derecho consuetudinario: el Fuero del Baylío, en SOTO RUIZ, JOSÉ JAVIER, MONEDA DÍAZ, FRANCISCO LA, (Coordinadores), *Estudios sobre el Fuero...*, ob. Cit., pág. 105.

corriente se encuentran García Galán o Villalba Laba; por el contrario, otros autores, partidarios de la segunda teoría entienden que la comunicación de los bienes se produce en el momento de la extinción del matrimonio, por la muerte de uno de los cónyuges.

Este régimen es compatible y en nada afecta respecto de los derechos hereditarios del cónyuge superviviente, por lo que acumulará a la mitad de los bienes del fallecido que le corresponderá en propiedad, los derechos sucesorios correspondientes sobre la otra mitad del cónyuge preterido.

