



ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Abogacía y Práctica Jurídica

Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil
español

Autor:

Ldo. D. Francisco Javier Colao Marín

Directores:

Dr. D. Jaime Sánchez-Vizcaino Rodríguez

Dr. D. Juan José Hurtado Yelo

Murcia, 26 de abril de 2017



ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Abogacía y Práctica Jurídica

Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil
español

Autor:

Ldo. D. Francisco Javier Colao Marín

Directores:

Dr. D. Jaime Sánchez-Vizcaino Rodríguez

Dr. D. Juan José Hurtado Yelo

Murcia, 26 de abril de 2017



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. Jaime Sánchez-Vizcaíno Rodríguez y el Dr. D. Juan José Hurtado Yelo como Directores de la Tesis Doctoral titulada “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil español” realizada por D. Francisco Javier Colao Marín en el Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Empresa, **autorizan su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmamos, para dar cumplimiento a los Reales Decretos 99/2011, 1393/2007, 56/2005 y 778/98, en Murcia a 26 de abril de 2017.

UCAM



EIDUCAM
Escuela Internacional
de Doctorado

LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

RESUMEN:

Constituye el objeto de este trabajo el estudio de los pactos prematrimoniales y matrimoniales como negocios jurídicos de Derecho de familia mediante los que los sujetos del matrimonio regulan anticipadamente las condiciones en las que deberá desplegarse su futura convivencia para cumplir los derechos y deberes conyugales previstos en el Código Civil, o las consecuencias personales y/o patrimoniales que se derivarían de una eventual y futura ruptura.

El análisis parte de la exposición del panorama actual de la materia en el Derecho Comparado, principalmente de la evolución del fenómeno y de su tratamiento en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América, en el que se refuerzan los requisitos precisos para garantizar la expresión de un consentimiento verdaderamente sopesado, libre y consciente, y que puede servir y de hecho ya está sirviendo de referencia en nuestro Derecho actual; y prosigue por la de las manifestaciones más importantes del fenómeno en los Derechos forales y autonómicos y por el comentario detenido de las sentencias dictadas por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo los días 31 de marzo de 2.011 y 24 de junio de 2.015.

Considerado el tema de la forma y su repercusión en la validez y la eficacia del negocio, se analizan tanto aquellos pactos que inciden sobre las obligaciones de fidelidad, convivencia, respeto, ayuda y socorro mutuos, actuación en interés de la familia, distribución de las tareas domésticas y atención de personas dependientes a cargo de los cónyuges, como aquellos otros por los que los otorgantes pretenden excluir todas o algunas de las obligaciones legales derivadas del matrimonio, añadir otras que la ley no contempla o establecer una indemnización para el caso de su incumplimiento o de la mera ruptura. También los pactos de restricción o de supresión de la facultad de instar la separación o el divorcio y el de establecimiento de una indemnización surgida del simple hecho de instarlos.

El estudio se completa con el de los acuerdos que inciden sobre aquellas materias propias de las medidas que judicialmente deben adoptarse en los casos de nulidad, separación y divorcio, atinentes a la patria potestad y guarda y

custodia de los hijos sujetos a ella, la obligación de alimentos, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar y la compensación por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil, así como con el de los referidos a la prevista por el trabajo para la casa en el artículo 1.438 del mismo cuerpo legal.

Al tratar separadamente de cada uno de esos pactos en sus apartados respectivos, se incluye la conclusión sobre su validez o invalidez y también, en los supuestos aún infrecuentes, el pronóstico que se considera más aproximado a la luz de la evolución del sistema normativo en nuestra sociedad actual.

PALABRAS CLAVE: acuerdos prematrimoniales, autonomía de la voluntad, validez, nulidad.

PREMARITAL AGREEMENTS IN SPANISH CIVIL LAW

SUMMARY:

The purpose of this thesis is the study of premarital and marriage agreements as legal business of family law through which the subjects of marriage regulate, in advance, the conditions in which their future coexistence must be deployed to fulfill the conjugal rights and duties foreseen in the Civil Code, or the personal consequences that would derive from an eventual and future rupture.

The analysis is based on the current situation of this subject in Comparative Law, mainly on the evolution of the phenomenon and its treatment in the legal system of the United States of America, which reinforces the precise requirements to guarantee the expression of a truly weighted, free, and conscious consent, which can serve, and is already serving as a reference in our current law; and continues with the most important manifestations of the phenomenon in the Regional and Autonomous Rights and the comment of the sentences issued by the First Chamber of our Supreme Court on March 31, 2011 and June 24, 2015.

Considering the issue of the repercussion on the validity and effectiveness of the business, the analysis entails both the agreements that affect fidelity, coexistence, respect, mutual help and assistance, action in the interests of the family, distribution of domestic duties, and care for dependent adults in charge of the spouses, as well as those for which the grantors intend to exclude all or some of the legal obligations arising from the marriage, add others that the law does

not contemplate, or establish compensation in the case of breach. Furthermore, the agreements of restriction or suppression of the power to request separation or divorce, and the establishment of compensation arising from the simple fact of urging them.

The study is complemented with the agreements that affect those matters specific to the measures that must be judicially adopted in cases of nullity, separation, and divorce, concerning the parental authority and custody of children subject to it, the obligation of food, the attribution of the use and enjoyment of family housing and compensation for imbalance in the Article 97 of the Civil Code, as well as that of those referred to work for the household in the Article 1438 of the Civil Code.

In dealing separately with each of these covenants in their respective sections, it includes the conclusion on their validity or invalidity and, for those cases that are still infrequent, it includes the forecast that is considered more approximate in the light of the evolution of the normative system in our current society.

KEY WORDS: premarital agreements, autonomy of the will, validity, nullity.

AGRADECIMIENTOS

A Maivi, filóloga por destino, con quien encuentro las palabras y tanto más.

A Alberto, Gonzalo y Celia, que nos dan su luz.

ÍNDICE

AUTORIZACIÓN DE LOS DIRECTORES

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	19
I- INTRODUCCIÓN.....	23
II - EL CONCEPTO DE PACTO O ACUERDO PREMATRIMONIAL Y SU EXTENSIÓN. EL PACTO MATRIMONIAL	31
III- FIGURAS AFINES	39
IV-DERECHO COMPARADO.....	41
IV- DERECHO COMPARADO.....	43
4.1. EL DERECHO ISLÁMICO	43
4.2. EL DERECHO INGLÉS.....	44
4.3. EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	48
4.3.1. De los inicios a la Uniform Premarital Agreement Act	48
4.3.2. La Uniform Premarital Agreement Act.....	57
4.3.3. Los Principles of the Law of Family Dissolution. Analysis and Recommendations.....	63
4.3.4. La situación actual.....	67
4.4. EL DERECHO EUROPEO	71
V- LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN LOS DERECHOS FORALES Y AUTONÓMICOS ESPAÑOLES. MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES	79
5.1. EL DERECHO CATALÁN.....	79
5.2. EL DERECHO VALENCIANO.....	84
5.3. EL DERECHO ARAGONÉS	85

5.4. EL DERECHO NAVARRO.....	86
VI - LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN ESPAÑOL.....	87
VI - LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN ESPAÑOL.....	89
6.1. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2.011	89
6.2. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 2.015	96
VII- LA FORMA DEL PACTO.....	109
7.1. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA ESCRITURA PÚBLICA	109
7.2. EL DOCUMENTO PRIVADO.....	116
7.3. EL PACTO VERBAL.....	117
7.4. REFERENCIA A LA FORMA DEL PACTO EN LA SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2.015	119
7.5. LA FORMA DEL PACTO EN LOS DERECHOS FORALES Y AUTONÓMICOS.....	121
VIII - EL CONTENIDO DEL PACTO	127
8.1. PACTOS SOBRE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES INHERENTES AL MATRIMONIO	127
8.1.1. Las obligaciones surgidas del matrimonio en la regulación del Código Civil,su alcance y su contenido	127
8.1.2. Los artículos 67 y 68 del Código Civil. Los derechos-deberes de respeto, ayuda y socorro mutuos, fidelidad, convivencia, actuación en interés de la familia y de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de personas dependientes a su cargo	136
8.1.2.1. <i>El deber de respetarse mutuamente.....</i>	137
8.1.2.2. <i>El deber de ayuda y socorro mutuos.....</i>	137
8.1.2.3. <i>El deber de fidelidad</i>	138

8.1.2.4. <i>El deber de vivir juntos</i>	139
8.1.2.5. <i>El deber de actuar en interés de la familia</i>	139
8.1.2.6. <i>El deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo</i>	139
8.1.3. Pactos definidores o delimitadores de esos derechos-deberes. Supuestos concretos.....	141
8.1.3.1. <i>Del deber de fidelidad</i>	143
8.1.3.2. <i>Del deber de respeto</i>	156
8.1.3.3. <i>Del deber de ayuda y socorro mutuos</i>	158
8.1.3.4. <i>Del deber de convivencia</i>	166
8.1.3.5. <i>Del deber de actuar en interés de la familia</i>	180
8.1.3.6. <i>Del deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges</i>	181
8.1.4. Pactos que suprimen esos derechos-deberes.....	183
8.1.5. Pactos que introducen otros no incluidos en los preceptos	188
8.2. PACTOS EN EVITACIÓN Y EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA	192
8.2.1. Pacto en evitación de la ruptura: de restricción o supresión de la facultad de instar la separación o el divorcio	192
8.2.2. Pactos de naturaleza personal y patrimonial en previsión de la ruptura ...	201
8.2.2.1. <i>De indemnización por instar la separación o el divorcio</i>	201
8.2.2.2. <i>De indemnización por incumplimiento de deberes concretos</i>	214
8.2.2.3. <i>De limitación de la libertad personal tras la ruptura</i>	232
8.2.2.4. <i>Sobre patria potestad, guarda y custodia y alimentos de hijos menores de edad</i> . 244	
8.2.2.5. <i>Sobre el uso de la vivienda familiar</i>	264
8.2.2.6. <i>Sobre la compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes</i>	277
8.2.2.7. <i>Sobre la compensación por desequilibrio</i>	288
IX- CONCLUSIONES	305
X-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	313

ABREVIATURAS

ADC:	Anuario de Derecho Civil
ALI:	American Law Institute. Principles of the Law of Family Dissolutions.
AP:	Audiencia Provincial
Art.:	Artículo
BGB:	Código Civil Alemán
CC:	Código Civil
CIC:	Código de Derecho Canónico de 1.983
Cn:	Canon
Cns:	Cánones
CCDC:	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE:	Constitución Española
CENDOJ:	Centro de Documentación Judicial de Consejo General del Poder Judicial
RDGRN:	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
Nº:	Número
UPAA:	Uniform Premarital Agreement Act
Op.cit:	Obra citada
p:	Página
pp:	Páginas
RAE:	Real Academia Española
S:	Sentencia
Ss:	Sentencias
TS:	Tribunal Supremo
Vol:	Volumen

I-INTRODUCCIÓN

I- INTRODUCCIÓN

En el prólogo a un completo estudio de CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO sobre los pactos prematrimoniales, la magistrada ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS recuerda que durante muchos años el Derecho de familia ha sido considerado por los juristas un auténtico sistema jurídico que, aunque en principio obliga a sus miembros, sean los cónyuges u otros familiares, tiene la peculiaridad de que los derechos y obligaciones de los que éstos son titulares y destinatarios resultan imposibles de ser judicialmente exigidos. Y así, los deberes surgidos del vínculo conyugal y más enraizados en su razón de ser, tales como la fidelidad, el socorro y la ayuda mutuos, incluso algunos de los propios de la relación paternofamiliar originada en el matrimonio y desenvuelta en el seno de la institución familiar, como el respeto debido por los hijos a sus padres, constituyen exigencias mínimas derivadas de la buena fe y del orden familiar, pero carecen de un resorte propiamente jurídico que pudiera exigir su efectiva puesta en escena¹.

Tal vez el socorro, pero nunca el afecto o el amor, del que por esencia surge el verdadero fundamento de la unión matrimonial en cualquier concepción y en cualquier cultura, pueden, desde la óptica del Derecho civil, ser exigidos de forma coercitiva. El Derecho, proyectándose en su aplicación sobre determinadas situaciones defraudatorias de las obligaciones conyugales, se muestra eficaz al regular las consecuencias de la crisis conyugal concediendo al cónyuge defraudado la posibilidad de obtener la conclusión de la relación jurídica surgida del matrimonio, puede también establecer mecanismos de prevención de futuras conductas atentatorias contra los derechos de los excónyuges, fijar consecuencias patrimoniales resarcitorias o reparadoras e, incluso, limitar o suprimir las que, aún en situación de crisis conyugal, debieran ser relaciones paternofiliales normales, pero no puede obligar a nadie a querer a quien no quiere ni a desplegar un comportamiento hacia el otro imposible de ser suplido por ningún tercero.

Al referirse a la situación concreta de nuestro país, resalta la autora citada que en las últimas décadas se han producido cambios sociales muy notorios que

¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos prematrimoniales". Tecnos. Madrid, 2.011, pp. 11 y ss.

han dado lugar a un nuevo modo de entender las relaciones familiares y, muy en particular, la relación matrimonial. Los estudiosos del Derecho de familia y los legisladores -dice- pretenden llevar a la familia por la senda del Derecho.

Ciertamente, existe una paradoja. Al propugnar en los textos legales propósitos de mayor libertad, de permisividad para el despliegue de la convivencia matrimonial del modo más conciliable con el libre desarrollo de la personalidad y sin más ataduras que las imprescindibles para, simplemente, no alterar el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad, el Estado incide en la configuración del matrimonio y de la familia como instituciones radicadas en el mismo epicentro de nuestra convivencia y determina para ellos unos modelos en los que, en efecto, se amplían los márgenes de libertad, pero dentro de unos contornos que delimita de manera precisa y cerrada por unos linderos que no pueden traspasarse.

Negar la importancia del matrimonio en nuestra sociedad actual, perder de vista la radical trascendencia de la institución desde los mismos orígenes de nuestra cultura, no considerar el *ius connubii* como un derecho natural de la persona o entender que la importancia de la relación interpersonal y familiar entre los cónyuges y su protagonismo y su influencia social podrían quedar al margen de la regulación jurídica sería, sin duda, un notorio despropósito. Porque el Derecho está llamado a proyectarse, incluso de forma espontánea, sobre aquellas manifestaciones del comportamiento social que reclaman su ordenación jurídica, y el matrimonio natural y la familia forman parte esencial del desarrollo de la persona y de su evolución individual y social. Entonces: ¿es posible que, en los albores del siglo veintiuno y en una sociedad avanzada como la nuestra, pueda admitirse, con la autora citada, que *“los estudiosos del Derecho de familia y los legisladores que analizan estos cambios pretenden llevar a la familia por la senda del Derecho”*?; ¿puede admitirse que, en esta materia, quede por regular alguna realidad que pudo haberse regulado ya, o tal vez algún fenómeno surgido últimamente o que es ahora cuando prolifera?

Puede y debe admitirse y compartirse no sólo por la natural incidencia de la ordenación jurídica en la vida social, sino también porque, en realidad, la consideración del matrimonio como una institución propiamente jurídica y configuradora de un haz de derechos y deberes debidos en justicia no lo despoja de su contenido más íntimo, ni siquiera de su significación más emotiva. Más bien

todo lo contrario. En la concepción canónica, hondamente enraizada en nuestra cultura y en nuestra sociedad, el matrimonio, que es un sacramento, se conceptúa no sólo como una alianza, sino como un contrato surgido del amor conyugal y en cuyo desenvolvimiento el amor conyugal, no identificado con una pasión, una inclinación personal o un mero sentimiento de enamoramiento, sino entendido como voluntad de entrega, como amor “efectivo” más que “afectivo” que es el motor del bien de los cónyuges, es un deber jurídicamente exigible². Y en nuestro ordenamiento civil, en el que el amor no constituye una exigencia de validez del matrimonio, la *affectio maritalis* supone esa misma voluntad ordenada a la instauración de una comunidad de vida plena conformada por los derechos y obligaciones recíprocos y específicamente conyugales que el Código Civil consagra.

Es más, al analizar aspectos concretos de la regulación estatal del matrimonio en nuestro país, los comentaristas ponen a menudo de relieve la falta de correspondencia entre lo querido por los ciudadanos y lo efectivamente regulado por el Derecho. En este sentido, ANGUITA VILLANUEVA, al referirse en general al Derecho de familia, ha significado cómo, pese a pregonar los legisladores en el noveno párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2.005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que esa reforma encontró su principal objetivo en que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio, ese propósito no trasciende al resto del Derecho de familia, mostrándose en esta materia el Estado cada vez más intervencionista en las relaciones interpersonales dentro de la familia³.

² En este sentido se expresaba Juan Pablo II en su Discurso al Tribunal de la Rota Romana de 27 de enero de 1.997: “El valor jurídico no se yuxtapone como un cuerpo extraño a la realidad interpersonal del matrimonio, sino que constituye una dimensión verdaderamente intrínseca a él. En efecto, las relaciones entre los cónyuges, como las de los padres y los hijos, también son constitutivamente relaciones de justicia y, en consecuencia, son realidades de por sí jurídicamente importantes. El amor conyugal y paterno-filial no es sólo una inclinación que dicta el instinto, ni una elección arbitraria y reversible, sino que es amor debido”.

³ ANGUITA VILLANUEVA, L. A. “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”. *Actividades del grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid*, número 931083.

Esa es la paradoja: mientras aparentemente la libertad impregna el matrimonio al permitirse su celebración entre parejas del mismo sexo o al abrirse camino, con la ley 15/2.015, de 2 de julio a nuevas posibles formas de celebración que relajan el contenido rituario de la institución y parecen asimilarlo a un trámite más de los que ordinariamente asumen notarios y registradores, la fuerza del Derecho sigue incidiendo, con más ahínco, en las relaciones familiares, regulando con cada vez mayor particularidad y precisión las obligaciones surgidas en el seno de la familia, escenario que en nuestra actual sociedad se implanta, en la mayor parte de los casos, a consecuencia de la celebración del matrimonio, cuya regulación positiva consagra derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos que, al incumplirse, determinan la intervención del Derecho y, en ocasiones, la máxima intervención del Derecho otorgando trascendencia penal a los comportamientos transgresores más acusados.

Ante esta situación, configurada por la posibilidad de que personas tanto del mismo como de distintos sexos contraigan matrimonio para instaurar el escenario de su convivencia futura y puedan hacerlo además mediante un trámite cada vez menos solemne, y al tiempo por la creciente preocupación estatal de incidir en los comportamientos de los integrantes del grupo familiar, regulándolos en situaciones de normalidad y reaccionando ante las conductas anormales, no parece apropiado impedir que sean los propios sujetos, a través de la autonomía de la voluntad válidamente conformada, libremente expresada y limitada convenientemente, en su justa medida, por la ley, la moral y el orden público, quienes puedan regular jurídicamente tanto las condiciones en las que su futura convivencia deberá desplegarse como las consecuencias que producirá su ruptura si es que llega a producirse.

Adquiere así relevancia y se justifica el estudio de los acuerdos prematrimoniales, de su posibilidad y de su alcance, en nuestro Derecho actual; el de la evidencia de que en efecto se otorgan; el del pronóstico de que, ya abierto el camino, puede ser previsible que su contenido incida, con progresiva profundidad, en cuestiones y materias que hasta fechas muy recientes, incluso hoy mismo, son consideradas intocables. En definitiva, en el del concepto, los requisitos, la eficacia y el contenido posible de estos negocios jurídicos de Derecho de familia.

En el orden metodológico de trabajo, no se puede acometer ese estudio sin conocer la evolución que el fenómeno ha experimentado en el ámbito del Derecho comparado, o la que está experimentando en el de los Derechos forales y autonómicos españoles, que en gran medida se basan en las regulaciones más avanzadas de otros estados. Será necesario, para alcanzar el conocimiento más preciso de la situación jurídica real actual de cada uno de los aspectos concretos, de las cuestiones o materias que en cada caso los cónyuges deciden regular con exclusión de las demás que dejan al cobijo de la regulación legal o de la falta de regulación legal, conocer el alcance de las regulaciones positivas de esos Derechos, complementando ese estudio con el de la jurisprudencia y la doctrina judicial y científica patrias, pues sólo de este modo podrá obtenerse finalmente un conocimiento más completo y, sobre todo, más preciso de la situación jurídica actual del fenómeno de los pactos prematrimoniales en nuestro país.

Esas razones aconsejan que este trabajo contenga una exposición general de las manifestaciones más importantes del fenómeno de los pactos prematrimoniales en el Derecho comparado, exposición que, no siendo superficial, tampoco pretende -ni podría- ser exhaustiva, dado que su finalidad última no es otra que la de permitir al lector conocer esas fuentes y antecedentes que más adelante serán objeto de comentario.

El examen de los requisitos que deben concurrir, antes o en el mismo momento del otorgamiento, para que el pacto se considere perfeccionado, válido y eficaz, nos pondrá también en contacto con el tema de la forma -que a su vez nos conducirá a indagar sobre el contenido posible de las capitulaciones matrimoniales- y con el de las garantías de conocimiento e información que en ordenamientos extraños al nuestro ya se han considerado exigibles para que el consentimiento externamente manifestado sea verdadero reflejo de una voluntad interna libre y conformada a partir de un conocimiento suficiente del alcance y la trascendencia de los derechos y obligaciones que de él surgirán.

Y se aborda finalmente el estudio del contenido, de qué concretas materias puede, a día de hoy, regular el pacto prematrimonial, y de qué manera y con qué límites. Empieza a constituir un lugar común en la doctrina civilística española la afirmación de que los pactos prematrimoniales no sólo son admisibles sino que son convenientes, esgrimiéndose en su apoyo muy diversos argumentos, entre los que son los más comunes el de la reducción de los costes no sólo económicos, sino

también emocionales, de la ruptura; el de que los cónyuges, tras establecerlos, pueden afrontar su relación de manera más realista al haberla adaptado a sus verdaderos móviles, previsiones, intenciones y valores; el de su oportunidad en los casos de familias reconstituidas, en los supuestos en que el otorgante que ha sufrido una anterior crisis conyugal pretende evitar para el futuro una situación paralela a la que ya vivió o está viviendo, o bien dejar claras en la medida de lo posible las complejas cuestiones patrimoniales que pueden surgir de la existencia de patrimonios previos de cada uno de los cónyuges que pueden ser de muy diferentes naturaleza o valor; el de la regulación definitiva de los efectos que el nuevo matrimonio producirá sobre los hijos no comunes, habidos de relaciones anteriores...y tantos otros, no siempre relacionados con cuestiones, como las anteriores, puramente operativas o prácticas, sino también en ocasiones con la propia libertad del individuo, con su particular concepción del matrimonio y de la familia -que puede entrar en conflicto con la que inspira al ordenamiento jurídico o, simplemente, con la de su cónyuge- y con su constitucional derecho al libre desarrollo de su personalidad.

**II- EL CONCEPTO DE PACTO
O ACUERDO
PREMATRIMONIAL Y SU
EXTENSIÓN. EL PACTO
MATRIMONIAL**

II- EL CONCEPTO DE PACTO O ACUERDO PREMATRIMONIAL Y SU EXTENSIÓN. EL PACTO MATRIMONIAL

Quienes tienen previsto contraer matrimonio pueden querer regular antes de hacerlo y a través del pacto la forma en que su futura convivencia deberá desplegarse, estableciendo precisa y concretamente cómo habrán de ejercer los derechos y cumplir los deberes que en nuestra regulación positiva surgen del matrimonio, incluso suprimiendo o restringiendo algunos de ellos o instaurando algunos otros y llegando a imponerse recíprocamente indemnizaciones u otras consecuencias para el caso de incumplimiento. Pueden también pretender limitar la posibilidad de instar la separación o el divorcio en el futuro, o concretar anticipadamente, ya en ese momento, las consecuencias personales y patrimoniales que su eventual ruptura desencadenará. Y cabe también que quienes ya han contraído matrimonio decidan establecer convencionalmente cualquiera de esas regulaciones para el futuro, e incluso modificar a posteriori y de consuno la regulación que antes o después de casarse convinieron. Propósitos diversos cuyas posibilidad y legalidad o ilegalidad en nuestro sistema jurídico actual también lo son.

Aunque la expresión “acuerdos prematrimoniales” no debería englobar todos estos supuestos, pues no todos son previos al matrimonio, existe la tendencia a extenderla a cualquier pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges⁴ regulan jurídicamente los efectos de la convivencia o las consecuencias de la ruptura. Más allá de esa imprecisión terminológica, evidenciada en algunas de las definiciones acuñadas por la doctrina científica, el presente estudio no excluirá ninguno de los casos en los que quienes finalmente llegarán a ser cónyuges o quienes ya lo son intentan hacer surgir de la autonomía de sus voluntades la regulación futura de una u otra cuestión. Y puesto que la expresión “prematrimonial” tiene una connotación temporal que hace referencia a la situación previa o anterior al matrimonio, en este trabajo utilizaré simplemente la

⁴ En este sentido, PINTO ANDRADE, C. “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura”. Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales, septiembre 2.010, p. 1.

denominación “acuerdo matrimonial” en aquéllas ocasiones en las que se aluda a un acuerdo adoptado cuando el matrimonio ya se ha contraído y en situación de normal convivencia conyugal.

MORENO VELASCO ha definido los acuerdos prematrimoniales como:

“acuerdos de los cónyuges celebrados antes o después de contraer matrimonio y que tienen por objeto regular los efectos de una eventual crisis matrimonial”⁵.

PAZ ARES, de forma sustancialmente coincidente, los describe como:

“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”⁶.

GARCÍA RUBIO, resaltando que la nota paradigmática de estos negocios reside más en el carácter preventivo o prospectivo con relación a la ruptura de la pareja que en el momento de su celebración, anterior o posterior a la del matrimonio, explica que se trata de:

“acuerdos celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges donde se contemplan las consecuencias de una posible ruptura matrimonial por separación o divorcio, o por muerte de cualquiera de ellos”⁷.

PINTO ANDRADE los define 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

⁵ MORENO VELASCO, V. “La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales”. Universidad de Jaén, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, junio de 2.010, p. 35. Precizando que esta definición -referida sólo a los efectos de la crisis o ruptura- supone simplemente “un primer acercamiento”.

⁶ PAZ ARES, I. “Previsiones capitulares. Recientes modificaciones legislativas para el abogado de familia”. Asociación Española de Abogados de Familia. Dykinson, 2.008.

⁷ GARCÍA RUBIO, M. P. “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia. Ponencia “Las relaciones económicas en la crisis familiar”. XIII Jornades de Dret Catalá a Tossa de Mar. Documenta Universitaria. Universidad de Girona, 2.004.

tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”⁸.

ROCA TRÍAS explica que son acuerdos celebrados por los esposos con anterioridad a la crisis, generalmente antes incluso de la celebración del matrimonio, y que por este motivo se vienen denominando pactos prematrimoniales o prenupciales...que pueden ser considerados como el sistema para pactar la liquidación de las relaciones conyugales aun antes de que estas sean efectivas. Razona, además, que pueden equipararse a un seguro de daños: nadie quiere el daño, aunque el contrato de seguro viene a prevenir el desastre si ocurre⁹.

Y MARTÍNEZ ESCRIBANO afirma que:

“son un acuerdo que pueden celebrar los cónyuges antes de contraer matrimonio, o incluso después de este momento pero sin que haya sobrevenido la crisis conyugal, que tiene por objeto determinar las consecuencias que se derivarían en caso de separación o divorcio”¹⁰.

Definiciones en las que, como se aprecia, se contempla la posibilidad de que el acuerdo se alcance tanto antes como después de contraer matrimonio pero se centra su objeto en la regulación de las consecuencias de la ruptura, sin incluir la de los derechos y deberes que, durante la normal convivencia conyugal y sin la previsión de que el matrimonio llegue a separarse o disolverse, incumben a los cónyuges por el hecho de serlo. Lo que, sin embargo y como tendremos ocasión de comprobar, no significa que estos acuerdos no puedan abordar esas materias, hasta el punto de que al profundizar en su estudio los autores analizan esa posibilidad descendiendo a cuestiones muy concretas y propugnando en algunos casos su admisibilidad.

Es aconsejable, y no sólo desde el punto de vista terminológico, distinguir entre los pactos que, con cualquiera de los objetos citados, se alcanzan antes del matrimonio, que como hemos dicho son en puridad los “prematrimoniales”, de aquéllos otros que se concertan cuando éste ya se ha celebrado y en situación de normal convivencia y que, como ahora también repetimos, pueden calificarse de

⁸ PINTO ANDRADE, C. “La genérica validez...”. op. cit. p.1.

⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Pactos...” op. cit. p.12.

¹⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Pactos...”. op. cit. p. 78.

“matrimoniales”. En cada caso, y según la materia sobre la que el pacto incida, los requisitos de validez y las cautelas necesarias para que la voluntad de los sujetos sea manifestada de forma efectivamente autónoma y libre, con información, conocimiento y tiempo suficientes para la reflexión, podrán ser distintos, pero el hecho de que el pacto sea otorgado cuando ellos son ya cónyuges o cuando tienen proyectado serlo no determina, por sí solo, la validez o invalidez del mismo; será imprescindible analizar los aspectos objetivos de cada caso concreto y determinar también si la expresión de la autonomía de la voluntad fue libre y sopesada y si el efecto acordado es lícito y se quiso en realidad, asumiendo los otorgantes, incluso no queriéndolo como algo personalmente deseado, la obligación de cumplirlo.

Hecha esa necesaria salvedad, este estudio aborda los pactos prematrimoniales y matrimoniales considerados como todos aquéllos negocios jurídicos de Derecho de familia en los que los cónyuges o futuros cónyuges, a través de la autonomía de la voluntad y antes o después de contraer matrimonio, pero en todo caso antes de la crisis conyugal desencadenante de la ruptura, regulan el contenido concreto y la extensión de los derechos y deberes propiamente matrimoniales, tanto personales como patrimoniales, que les corresponden por razón de su matrimonio, o las consecuencias del mismo orden que producirá la separación o el divorcio.

Con una salvedad más: pese a que a través de estos pactos los otorgantes puedan también pretender regular los efectos de la disolución del vínculo matrimonial por causa de muerte, el estudio de esa cuestión queda, por razones de extensión, al margen del contenido de este trabajo.

Un acuerdo de este tipo debe perfeccionarse antes de la crisis conyugal que desencadene la definitiva ruptura. En el caso de que el acuerdo se alcance antes de contraer matrimonio esta exigencia carece de sentido, pues es lo más razonable pensar que si el acuerdo no llega a alcanzarse tampoco llegará a celebrarse el matrimonio, y en el supuesto de que éste se celebre sin adoptarse finalmente el acuerdo no habría cuestión jurídica que abordar; pero la exigencia adquiere sentido si ese acuerdo se produce durante la convivencia matrimonial, porque del mismo modo que no existirá obstáculo para que dos personas casadas entre sí puedan, dentro de los márgenes del derecho dispositivo, asumir entre ellos compromisos de comportamiento recíproco, económicos o patrimoniales, para ponerlos en práctica en su normal vida en pareja, o prevenir entonces las

consecuencias de una ruptura que no vislumbran, puede ocurrir en algún caso concreto que cuando la crisis entre ellos ya se ha desencadenado los cónyuges decidan establecer una determinada regulación para caso de ruptura con la finalidad de evitar esa ruptura y como deseado remedio a sus actuales desencuentros, pero que finalmente esa crisis no se supere y sobrevenga en efecto la ruptura definitiva. Aunque en abstracto el Derecho ofrezca encaje a ese pacto como un acuerdo ya perfeccionado que los cónyuges someten a ese requisito de eficacia y operante de manera similar a la condición suspensiva cuando el evento constitutivo de la misma llega a producirse, y a pesar de que los móviles internos del contratante puedan ser intrascendentes a los efectos de la validez del consentimiento contractual prestado, propugnar la eficacia de un pacto que fue alcanzado con la finalidad última de excluir la situación que ese mismo pacto vendría posteriormente a regular podría plantear problemas, pues no se trataría de un acuerdo ordenado a la regulación de una posible ruptura, sino, más precisamente, a evitarla mediante su concertación, y esa circunstancia arrojaría una sombra de duda sobre lo realmente querido por los otorgantes al prestar el consentimiento. Podría resultar dudosa la voluntad real de asumir el acuerdo por quienes, al alcanzarlo, lo que precisamente estaban intentando conseguir era excluir el escenario de su aplicación. Además, para los supuestos de crisis conyugal el ordenamiento prevé otros resortes, como el convenio regulador o las medidas definitivas del procedimiento contencioso de separación o divorcio, y si existiendo una situación de crisis se otorga un determinado pacto que finalmente no produce el objetivo último de mantenimiento del matrimonio que ambos cónyuges -o incluso sólo uno de ellos- perseguían al concertarlo, es obvio que realmente la crisis que lo determinó nunca habrá llegado a superarse, aun cuando pudiera haber mediado un tiempo más o menos largo entre el acuerdo inicial y la definitiva ruptura. El supuesto juzgado en la trascendental sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2.011, resolución a la que me referiré con detenimiento, y la decisión que en ella se adoptó, arrojarán alguna luz sobre esta cuestión.

III- FIGURAS AFINES

III- FIGURAS AFINES

Interesan a nuestro estudio, en resumen, los pactos reguladores de la convivencia conyugal o de los efectos de la ruptura concertados antes del matrimonio o con posterioridad a la celebración de éste pero en situación de convivencia matrimonial normal, normalidad que no excluye posibles crisis conyugales, inevitables en todo matrimonio, siempre que no se trate de la que desencadene la ruptura definitiva; porque la regulación convencional de las consecuencias de la crisis conyugal determinante de ruptura ya producida queda, lógicamente, fuera del ámbito objetivo de la regulación de la evitación o la previsión de los efectos de esa ruptura aún no producida y que podría no llegar a producirse nunca.

En coherencia con ello, debe distinguirse del acuerdo relativo a las obligaciones inherentes al matrimonio o a los efectos personales o patrimoniales derivados de una incierta ruptura, los convenios reguladores de los efectos producidos por la separación o el divorcio propiamente dichos, tanto si son ratificados y alcanzan homologación judicial como si no, los convenios privados de separación de hecho no sometidos a ninguna clase de aprobación judicial, e incluso los pactos complementarios del convenio regulador que ya fue homologado judicialmente. Todos ellos negocios jurídicos de Derecho de familia a los que, con uno u otro alcance, que en cada caso y para cada concreta materia dependerá de la forma y de la observancia de los requisitos exigidos para su eficacia frente a terceros, y siempre con el límite del orden público y de la correlativa sustracción de determinadas materias al ámbito de la autonomía de la voluntad, despliegan en nuestro Derecho su eficacia cuando concurren en ellos los requisitos generales previstos en los artículos 1.255 y 1.261 del Código Civil.

IV-DERECHO COMPARADO

IV- DERECHO COMPARADO

4.1. EL DERECHO ISLÁMICO

Aunque la figura de los acuerdos prematrimoniales pueda mentalmente asociarse, de forma casi automática, al Derecho de los Estados Unidos de América y a los pactos allí concertados por personas de relevancia social dotadas de importantes patrimonios (actores, deportistas profesionales famosos, empresarios...), que generan repercusión mediática, es justo comenzar aclarando que ni el Derecho norteamericano es pionero en esta materia ni puede tampoco considerarse ese ordenamiento jurídico como el que en ella consagra mayor libertad contractual.

Los ordenamientos que basan su regulación del matrimonio en el Derecho Islámico otorgan a la autonomía de la voluntad un decisivo protagonismo que en principio podría parecer contradictorio con la decisiva influencia de la religión en las demás facetas de la vida personal y social, influencia que viene a proyectarse en la aplicación por los jueces de las normas religiosas (la Sharia) al conocer de asuntos propios del Derecho matrimonial, siguiendo así criterios teñidos de autoritarismo, patriarcado y desigualdad entre hombre y mujer. Ahora bien, la naturaleza jurídica del matrimonio es en el Derecho islámico netamente contractual, permitiéndose en el contrato matrimonial la inclusión de toda clase de pactos reguladores tanto del desenvolvimiento normal de las relaciones entre los esposos en el seno del mismo como de los efectos de su ruptura. Contrato matrimonial que exige en la mayoría de los países árabes la intervención del tutor matrimonial, generalmente el padre de la futura esposa, para negociar en nombre de ésta ese contrato con el futuro esposo sin recibir ninguna clase de contraprestación por ello. Y en esta concreta situación, el tutor matrimonial viene a ostentar una posición de preponderancia o de cierto privilegio frente a ese futuro esposo, lo que fundamentalmente se debe a la prohibición expresa en la religión islámica de que la mujer mantenga relaciones sexuales antes de casarse, a la postergación de la recepción de la dote por el marido hasta la consumación del matrimonio (o, más precisamente, a partir de entonces, pues la entrega de la

misma puede ser exigida en cualquier momento y el derecho a reclamarla es imprescriptible, aún tras la disolución del vínculo matrimonial) y a la circunstancia de que el Corán impone al varón el matrimonio como una obligación.

Si bien, aun con esas notas comunes, las regulaciones no son idénticas en los diferentes países de religión islámica, todas incorporan la estabilidad o la vocación de permanencia del matrimonio como nota fundamental de éste, vetando la posibilidad de incluir en el contrato matrimonial cláusulas limitativas de la duración del mismo, pero no consagran como propiedad esencial de la unión matrimonial la indisolubilidad, contemplando, por el contrario, diversas posibilidades de disolución o divorcio y también la figura del repudio. Lo que convierte en habitual la inclusión en el contrato matrimonial de pactos sobre la dote, sobre la exclusión de la poligamia (según la Sharia, debe prohibirse el matrimonio si se supera por el esposo la cifra de cuatro esposas) y la consecuente obligación de monogamia, y también sobre el repudio, prerrogativa del esposo susceptible de ser renunciada por éste en el contrato matrimonial pero que puede ser también reconocida por esa misma vía contractual a la esposa, tanto permitiendo a ésta su ejercicio libremente como someténdola a alguna clase de requisito o condición, incluso exigiendo el pago de determinada cantidad por la esposa para ejercitarla o la renuncia por ella a los derechos económicos de los que pudiera ser acreedora a resultas de la ruptura. Posibilidades que ahora pongo de relieve porque evidencian la muy considerable medida en que el juego de la autonomía de la voluntad puede incidir en la regulación del matrimonio en los países de religión islámica.

4.2. EL DERECHO INGLÉS

Aunque pudiera aventurarse que es en el Derecho de Inglaterra donde podría hallarse el germen de la actual regulación jurídica estadounidense de los contratos prematrimoniales, no parece, sin embargo, que pueda afirmarse tan rotundamente que así haya sucedido en realidad. De hecho, no es hasta el año 2.010 cuando en ese país, cuyo Derecho no contempla la figura del régimen económico matrimonial, objeto muy frecuente de este tipo de pactos, llega a reconocerse sin ambages la validez y la eficacia de los acuerdos prematrimoniales,

siempre y cuando concurren en ellos determinados requisitos que, paradójicamente, se importan de la jurisprudencia estadounidense.

Explica ANGUITA VILLANUEVA¹¹ que los antecedentes en los que la doctrina jurídica norteamericana basa los actuales acuerdos prematrimoniales se remontan a los Ketubah del judaísmo y a los acuerdos que en el siglo XVI se producían en el Derecho inglés en las familias con grandes posesiones.

La ketubah era la “escritura” que, firmada por los esposos, dos testigos y el rabino, venía a constatar formalmente el matrimonio y originaba una serie de derechos y obligaciones para los esposos, con un contenido mínimo para el marido en materia de alimentos, fidelidad y obligación de abono por él a la esposa de una determinada suma que igualase la dote traída por el padre de ésta al matrimonio, con el fin de que la misma pudiera servir de indemnización o compensación para el supuesto de que el esposo falleciera o se divorciase, actuando así como limitación al libre albedrío del esposo en el momento en que éste valorase la posibilidad de poner fin al matrimonio y constituyendo un auténtico antecedente de la compensación por ruptura.

El segundo antecedente, los acuerdos entre miembros de familias inglesas con grandes posesiones en el siglo XVI, vino provocado porque en aquel entonces la mujer inglesa carecía de la posibilidad de tener un patrimonio propio dentro del matrimonio, lo que motivó la concertación de contratos previos al matrimonio y la continua utilización de la figura del fideicomiso, mediante la cual se hacía residir la titularidad de los bienes de la esposa en determinada persona próxima a ésta o de su total confianza. Recuerda el autor citado¹² dos casos (*Avenant v. Kitchin* y *Palmer v. Keynall*) en los que se otorgó efecto a contratos celebrados antes del matrimonio, pero puntualiza también que los pronunciamientos judiciales no fueron uniformes durante el siglo mencionado.

Ni tampoco a partir de entonces. Aún en el siglo veinte y en los primeros años del siglo veintiuno el Derecho inglés permanecía en una situación de titubeo e indefinición en esta materia que sólo a partir de la trascendental sentencia dictada en el caso *Radmacher v. Granatino* en el año 2.010 vino a decantarse hacia el reconocimiento de la eficacia jurídica de este tipo de convenciones.

¹¹ ANGUITA VILLANUEVA, L.A. “Acuerdos...” Op. Cit., pp. 5 y 6.

¹² Cita a W. HOLDSWORTH, “A History of English Law,” 3rd. Edition 581, update June 2.007, p. 5.

Dos años antes, en 2.008, ya se había pronunciado por un tribunal inglés una sentencia que venía a reconocer la validez de un acuerdo matrimonial regulador de la eventual futura ruptura. Es el caso *McLeod v. McLeod*. Los litigantes no eran británicos, sino norteamericanos residentes en la Isla de Man, a la que trasladaron su residencia tras haberse casado en Florida habiendo otorgado en ese mismo estado un acuerdo prematrimonial con previsiones de ruptura. Además de prever que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges mantendría su propia independencia patrimonial, ese acuerdo establecía que en el caso de ruptura no existiría ningún derecho de compensación a favor de cualquiera de ambos, permaneciendo los bienes de cada uno de ellos de la definitiva propiedad de su titular. Transcurrido algún tiempo de convivencia matrimonial, los esposos negociaron un nuevo acuerdo matrimonial que otorgaba ciertas prerrogativas económicas a la esposa, cuya situación en este aspecto era sensiblemente desfavorable en comparación con la de su acaudalado marido. Un año más tarde se produjo la ruptura, y la esposa planteó ante un tribunal británico la exigibilidad de este segundo acuerdo. Lo importante del pronunciamiento judicial realizado consiste en que en él se contiene una distinción entre los acuerdos prematrimoniales (el anterior a la celebración del matrimonio lo era) y postmatrimoniales (o propiamente matrimoniales, por adoptarse en situación de normal convivencia matrimonial), afirmando la invalidez de los primeros pero no la de los segundos siempre que en ellos concurrieran los requisitos exigibles a todos los contratos, concretados en la inexistencia de fraude, violencia, intimidación o dolo en el consentimiento, con la exigencia añadida de que no hubieran variado sustancialmente, en el momento de la aplicación del pacto, las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, de modo que en éste su aplicación resultara manifiestamente injusta¹³.

Con ese antecedente inmediato, la sentencia recaída en el caso *Radmacher v. Granatino* vino a suponer la instauración en el Derecho inglés de los acuerdos prematrimoniales como fuente reguladora de los derechos y obligaciones de los

¹³ SCOTT, T. "McLeod v. McLeod; pre-nups, post-nups and s35 of MCA", *Family Law Week*, 16 enero 2.009, p. 3. Transcribe del pronunciamiento del Tribunal: "Leaving aside the usual contractual reasons, such as misrepresentation or undue influence, the only other such reason might be the old rule that agreements providing for a future separation are contrary to public policy".

cónyuges tras la ruptura, exigiendo para la eficacia de los mismos una serie de requisitos importados de la doctrina judicial estadounidense. El caso, juzgado por un tribunal británico siguiendo el criterio atributivo de competencia del domicilio de los esposos, se planteó tras la ruptura de un matrimonio contraído entre una rica alemana y un ciudadano francés. Ambos habían otorgado un acuerdo prematrimonial en el que el futuro esposo renunció expresamente para el caso de divorcio a cualquier derecho que pudiera corresponderle sobre los bienes de su futura esposa, convenio que se firmó por el primero sin haber recibido ninguna clase de asesoramiento legal, pese a habersele ofrecido, y se formalizó en un documento redactado en idioma alemán, que él no conocía suficientemente. Sobrevvenida la ruptura, se planteó judicialmente la posible ineficacia del acuerdo, realizando el tribunal en la sentencia un extenso recorrido por la figura del contrato prematrimonial y sus requisitos. Inicialmente, la resolución critica la sentencia recaída en el caso *McLeod v. McLeod* y establece que es erróneo considerar solamente como contratos válidos los acuerdos concertados en el seno del matrimonio y no los anteriores a éste, porque la cuestión de la validez y la eficacia de este tipo de convención debe resolverse valorando el respeto a la autonomía de la voluntad y huyendo de las posturas paternalistas que hacen residir en los tribunales, y no en los mismos esposos, la decisión de lo que en cada momento puede ser más o menos favorable para éstos. Si el acuerdo, tanto si fue adoptado antes como si lo fue después de la celebración del matrimonio, se aceptó por ambos con plena libertad y voluntad no coartada y con conocimiento suficiente de las condiciones del pacto, su validez y su eficacia no pueden ser discutidas. Bascula así la resolución sobre los puntos de apoyo o de referencia que en ese momento ya estaban definitivamente instaurados por la jurisprudencia norteamericana y que constituyen el nervio fundamental o la esencia de esta cuestión: la existencia de un consentimiento que debe ser el fruto de la auténtica libertad de los otorgantes y del conocimiento previo preciso para que esa libertad resulte real, o al menos de la posibilidad de haberlo alcanzado.

El tribunal consideró decisivo el que los otorgantes conocieran al otorgarlo las consecuencias que en el futuro estaba llamado a producir el acuerdo e, inspirado por la jurisprudencia norteamericana, reflexionó sobre la necesidad de información financiera previa al pacto, relativa al conocimiento por cada uno de los contratantes de la situación económica del otro, y de asesoramiento legal

también previo sobre los verdaderos alcance y consecuencias del pacto que se adopta, resolviendo que ninguna de ambas cosas es imprescindible siempre y cuando se acredite que la parte en efecto conocía todo ello al prestar su consentimiento. Y así, en definitiva, vino a exigir ese conocimiento anterior de ambos extremos pero no el haberlo alcanzado siguiendo unas determinadas pautas de información o asesoramiento o un protocolo de actuación, debiendo valorarse el que efectivamente cada uno de los otorgantes dispusiera de ese conocimiento, y también y además las concretas circunstancias personales en el momento de la concertación del pacto, para descartar la existencia de algún vicio invalidante como la violencia o la intimidación, o el engaño, que en definitiva vendrían a limitar o a suprimir la libertad exigible y a provocar la prestación de un consentimiento que no sería expresivo de una voluntad realmente consciente y autónoma.

Además, el tribunal añadió un requisito de justicia intrínseca: para que la convención pre o postmatrimonial sea válida es preciso que se trate de un acuerdo justo, aunque la sentencia no precise, y esto es criticable, el alcance de esa exigencia más allá de la prevención de que los hijos no podrán resultar perjudicados a consecuencia del mismo, correspondiendo en cada caso al tribunal, a la vista de las circunstancias concurrentes, decidir sobre ese alcance. Exigencia de justicia que no sólo se requiere en el momento de la adopción del acuerdo sino también en el de su aplicación como consecuencia de la ruptura, lo que, como vamos a comprobar, es claro reflejo del requisito de proporcionalidad instaurado en el Derecho norteamericano.

4.3. EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

4.3.1. De los inicios a la Uniform Premarital Agreement Act

Es el Derecho de los Estados Unidos de América el que en materia de pactos prematrimoniales está desplegando una mayor influencia en las regulaciones europeas y el que, como tendremos ocasión de comprobar, inspira también la aplicación actual del Derecho español. En ese país, el fenómeno de los acuerdos prematrimoniales, consolidado desde hace relativamente poco tiempo, tiende a manifestarse cada vez con mayor frecuencia, ampliándose de forma creciente el

ámbito objetivo de este negocio jurídico de Derecho de familia; y así, es cada vez mayor el número de acuerdos prematrimoniales o matrimoniales que se otorgan y cada vez también más habitual que los mismos se contraigan entre personas de distintas clases o condiciones sociales y económicas, y no sólo de quienes disponen de importantes patrimonios¹⁴ o acceden a un segundo o ulterior matrimonio tras el fracaso o la disolución por muerte de una unión conyugal previa.

Ese es el resultado de un proceso jurídico de decantación surgido a partir de 1.962 con el caso *Del Vecchio v. Del Vecchio* y que hoy mismo continúa en evolución, aunque ello no significa que hasta entonces no se otorgaran en los Estados Unidos de América contratos entre futuros cónyuges con trascendencia patrimonial para el futuro, porque la existencia de acuerdos de esa naturaleza, incluso en los territorios coloniales ingleses antes de la independencia norteamericana, ha podido ser constatada, conservándose en la Universidad de Harvard antecedentes documentales originales de alguno de estos contratos.

El más antiguo que se conserva data de 1.698 y es un contrato celebrado en Connecticut entre dos personas que tenían previsto contraer matrimonio, llamados Mardlyn Freeman y Luke Hayes. Es un acuerdo muy breve en el que la futura esposa, viuda de un primer matrimonio con un hijo habido de éste y propietaria de unas valiosas tierras, preserva el futuro patrimonial de su hijo mediante la renuncia expresa de su futuro esposo a cualquier derecho sobre esas tierras, excluidas las mejoras que en ellas se produjeran ya constante matrimonio, incluyéndose también el pacto de que esas mismas tierras serían del hijo una vez falleciese su madre o él alcanzara los veintiún años.

Otros documentos encontrados posteriormente, ya en el siglo XIX¹⁵, contienen pactos de contenido similar, pero tanto éstos como el anterior venían a regular exclusivamente los efectos patrimoniales que produciría la disolución del vínculo conyugal por muerte de uno de los cónyuges y no por separación o divorcio.

¹⁴ DEBELE GARY A. y RHODE, SUSAN C., "Prenuptial agreement in the United States", *International Academy of Matrimonial Lawyers, Law Journal*, Bach Issues, vol.1, 2.006/2.007, p. 2.

¹⁵ ANGUIA VILLANUEVA, L. A., op. cit., p. 8, cita los tres contratos "Armitage y Reid", 1.823; "Bracket y Smith", 1.828 y "Paig y Brigham" 1.866.

Aun no perdiendo de vista esos antecedentes remotos, el análisis de la progresiva evolución del Derecho norteamericano en esta materia debe partir del año 1.962, con el caso *Del Vechio v. Del Vechio* y algunos posteriores, hasta llegar a la adopción, años más tarde, ya en 1.983, de la trascendental UNIFORM PREMARITAL AGREEMENT ACT (UPAA); proseguir escrutando el camino recorrido desde entonces hasta la publicación en el año 2.002 por el American LawInstitute, aún sin carácter normativo pero con una influencia que es decisiva e indiscutible, de los PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS; y finalizar constatando la definitiva instauración de la posibilidad de concertación de este tipo de pactos, considerados ya como integradores de una de las fases propias, aunque no necesaria, del iter matrimonial¹⁶.

El hecho de que en los Estados Unidos de América cada estado establezca en materia de Derecho de familia su particular regulación jurídica no excluye que pueda afirmarse que hoy existen en ese país, integrado por cincuenta y un estados, unos criterios unívocos, si se quiere generales o mayoritarios, acerca de la validez de los acuerdos prematrimoniales, criterios que los tribunales y las legislaciones respectivas de cada uno de ellos, naturalmente con diferencias y matices, han adoptado a partir de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, de las recomendaciones y criterios que acabamos de citar y del mimetismo entre ellos mismos, siguiendo unos más rezagados a otros que anticiparon su regulación de esta materia o cuya influencia jurídica se reconoce tradicionalmente¹⁷.

Hasta el año 1.962 la respuesta de los tribunales norteamericanos cuando se planteaba ante ellos la validez de un acuerdo prematrimonial con previsiones para el caso de ruptura era fulminante, y el argumento el mismo: el orden público configura el matrimonio como una relación permanente, con vocación de estabilidad y de continuidad en el tiempo, de manera que cualquier acuerdo en el que quienes se propongan asumir una relación de esa naturaleza prevean, sin

¹⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D. "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura: Un estudio de Derecho Comparado". Tirant Lo Blanc. Valencia 2.013, p. 57.

¹⁷ ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit. pp. 10 y 11, se refiere a esta cuestión citando como "Estados liebres o preeminentes" que marcan las corrientes a Massachussets, Nueva York, Florida, Pennsylvania, Texas y California.

embargo, la regulación de los efectos posteriores a su ruptura, presuponiendo la posibilidad de ésta, venía a favorecerla y a contradecir ese principio indisponible.

Pero en el año 1.962 el Tribunal Supremo de Florida conoció del caso *Del Vecchio v. Del Vecchio*, en el que se pretendía por la esposa la ineficacia de un acuerdo prematrimonial relativo al destino de los bienes del futuro esposo si éste la premoría; el esposo era un rico viudo de sesenta y ocho años que tenía un hijo de su anterior unión conyugal, la esposa una señora mucho más joven, de treinta y cinco, y el pacto consistía sustancialmente en la prevención de que en caso de premoriencia del primero sus bienes pasarían a su hijo. Se trataba, por lo tanto, de un acuerdo prematrimonial concretado en la renuncia de la esposa a sus derechos sucesorios sobre esos bienes como cónyuge viuda. El Tribunal concluyó la validez del acuerdo decidiendo que eran aplicables al mismo las normas generales sobre los contratos y, en consecuencia, la necesidad, que en el caso quedaba cumplida, de que el consentimiento emitido por la impugnante se hubiera prestado disponiendo de la información suficiente sobre el patrimonio del esposo, lo que a su vez suponía conocer el alcance de la renuncia que estaba realizando. Y si bien la exigencia de esa información, o de su contenido, no llegaba a imponer que fuera totalmente completa o muy detallada, bastando con que fuera aproximada, el Tribunal vino a marcar ya una pauta en cuanto al consentimiento informado, cobrando éste decisiva trascendencia como requisito y a la vez como medio posibilitador de la validez de este tipo de pacto, aún referido en la resolución a un supuesto de disolución del vínculo matrimonial por causa de muerte y no de separación o de divorcio. Sin que, pese a ser así, pueda perderse de vista para comprender la realidad social del tiempo en que este pronunciamiento judicial se produjo y la influencia que la misma pudo tener en él, el que en la década de los sesenta el divorcio ya era una realidad muy normal en la sociedad norteamericana y la celebración de pactos prematrimoniales por personas económicamente poderosas¹⁸ comenzaba a serlo también.

El primer pronunciamiento jurisdiccional que de forma paladina vino a reconocer la validez y la eficacia como acomodados al orden público de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura producida por causa de separación o divorcio tomó muy en consideración los argumentos de la sentencia que

¹⁸ Suelen citarse los acuerdos concertados entre Jacqueline Kennedy y Aristóteles Onassis o Joan Collins y Peter Holm.

acabamos de comentar, con su expresa mención y su extensa glosa. Pronunciamiento realizado en la sentencia dictada, también por el Tribunal Supremo de Florida, en 1.972, en el decisivo caso Posner v. Posner, y cuya crucial importancia ha motivado que decenas de resoluciones posteriores de Tribunales de todos los estados norteamericanos la hayan citado e invocado en sus razonamientos, y también que hayan proliferado los estudios y los artículos doctrinales que la analizan y comentan como el auténtico antecedente inmediato de la UPAA de 1.983 y de los PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION de 2.002.

Catorce días antes de casarse, los señores Posner otorgaron un acuerdo prematrimonial con previsiones para caso de ruptura producida por su eventual futuro divorcio. En el supuesto de que éste se produjera, el esposo debería abonar alimentos para la esposa y los hijos que el matrimonio tuviera, a razón de seiscientos dólares mensuales para cada alimentista. El matrimonio duró seis años, durante los que nacieron dos hijos, y sobrevenido el divorcio la señora Posner interpuso una demanda judicial reclamando el cumplimiento de la previa convención, demanda a la que se opuso frontalmente el esposo con el argumento del orden público y de la inadecuación a él de este tipo de pactos.

El Tribunal analizó detenidamente esa alegación defensiva, incluyendo en la sentencia una frase que desde entonces se vino repitiendo en otras sentencias posteriores y que se reproduce continuamente en los estudios sobre los pactos prematrimoniales, suprimiendo tajantemente la consideración como contrarios al orden público de estos pactos al expresar que:

“no conocemos ninguna comunidad o sociedad en la que el orden público condenó a un esposo y a una esposa a toda una vida de miseria como una alternativa al oprobio del divorcio. Y la tendencia a reconocer este cambio en el concepto de orden público otorgando efectos a los contratos antenuptiales de las partes relativos al divorcio es claramente perceptible”.

Afirmación apoyada en el razonamiento, que tiene su punto de mira en la sentencia Del Vecchio v. Del Vecchio, de que puesto que los pactos para caso de conclusión del matrimonio por causa de muerte podrían reputarse válidos, ninguna razón existía en ese momento ya para negar esa validez cuando se produce el mismo efecto a consecuencia de una separación o un divorcio,

añadiendo que era infundado el temor a que por esa razón aumentase la tasa de divorcios, pues más bien lo que vendría es a regularse los indeseables y complejos efectos y repercusiones patrimoniales de una disolución acontecida en vida de ambos esposos.

De este modo, y siguiendo la estela marcada por la sentencia *Del Vecchio v. Del Vecchio* sobre la posible admisibilidad, como no contrarios al orden público, de los pactos prematrimoniales relativos a los efectos económicos de la disolución del matrimonio por premoriencia de uno de los cónyuges, en esta sentencia *Posner v. Posner* se amplía el ámbito objetivo de los acuerdos admisibles para incluir los previstos para el caso de ruptura inter-vivos del matrimonio. Además, esta segunda resolución reproduce la exigencia del consentimiento informado sobre el alcance y los efectos del pacto y sobre la situación financiera del futuro consorte.

Finalmente, la sentencia incluye un nuevo requisito de validez del pacto prematrimonial que, aunque exigido a partir de entonces por algunos tribunales norteamericanos, no ha llegado a configurarse como una exigencia común en todos ellos: la necesidad de que no se haya producido un cambio de circunstancias. El acuerdo no puede obligar si en el momento en que debe ser aplicado se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción. Exigencia de no alteración que en la sentencia se valoró pero que se consideró irrelevante porque ni el matrimonio había durado mucho tiempo ni la situación económica de los cónyuges varió considerablemente a lo largo del mismo.

El camino hacia el reconocimiento de los pactos prematrimoniales como un instrumento propicio para que los futuros cónyuges regularan anticipadamente las consecuencias de su eventual ruptura, que quedó definitivamente abierto tras esta sentencia, se extendió a partir de ella a lo largo de todos los estados. El Tribunal Supremo de California, en el caso *In re marriage of Dawley*, resuelto en 1.976, reiteró el ajuste al orden público de tales pactos siempre que no fomentaran la ruptura del matrimonio, considerando que el pacto por el que se regulan las consecuencias de ésta para el caso de que llegara a producirse, obviamente partiendo de la premisa de que el matrimonio no es necesariamente permanente o indisoluble, ni excluye su vocación propia o esencial de permanencia ni es

contrario al orden público¹⁹. En este caso, además, el Tribunal avanzó algo más al establecer el criterio de que la validez del acuerdo como adecuado al orden público debía juzgarse atendiendo a los parámetros objetivos resultantes de su texto, pues en el litigio la actora, que era la esposa, sostuvo la inadecuación del acuerdo al orden público por haberse previsto en él para la relación conyugal una duración de catorce meses. Y no fue así. Los otorgantes del acuerdo prematrimonial lo habían concertado porque, tras haber convivido durante algún tiempo pero concluida ya esa convivencia, la mujer había quedado embarazada del varón y ninguno de ambos quería que el hecho de ser progenitor de un hijo extramatrimonial pudiera perjudicarle social o laboralmente, y por ello decidieron establecer para su inmediato matrimonio, que contrajeron, una separación total de sus patrimonios presentes y futuros y la obligación del esposo de abonar alimentos a la esposa durante catorce meses, tiempo que consideraron suficiente para el cuidado del embarazo de la esposa y su posterior readaptación a su vida normal. Y así transcurrieron los años hasta que, después de siete, se produjo la ruptura, siendo entonces cuando la esposa impugnó el acuerdo prematrimonial como contrario al orden público por fomentar la ruptura. El Tribunal negó dicha circunstancia, recordando que el pacto en sí mismo, su contenido literal, aunque previera una duración de catorce meses para la prestación de alimentos, no disponía esa misma limitación temporal para el matrimonio, tal y como objetivamente resultaba de su texto. Y añadió algo más para reforzar la validez del pacto, rechazando así el segundo argumento impugnatorio de la esposa: el hecho de que entre sus otorgantes pudiera existir la relación de mutua y estrecha confianza propia de un noviazgo no determina necesariamente que el consentimiento prestado sea fruto de una voluntad coartada o menos libre, debiendo analizarse las circunstancias de cada caso concreto para decidir si en efecto es o no así.

¹⁹ “Ni la reordenación de los derechos de propiedad para ajustarse a las necesidades y deseos de la pareja, ni una planificación realista que tenga en cuenta la posibilidad de disolución, ofenden al orden público de favorecer y proteger el matrimonio. Es sólo cuando los términos de un acuerdo van más allá –cuando ellos promueven y fomentan la solución, y así amenazan a inducir la destrucción de un matrimonio que debía de otro modo perdurar- cuando ofenden al orden público” Traducción de la sentencia hecha por el autor en ANGUIITA VILLANUEVA, L. A., “Acuerdos prematrimoniales...”, op. cit., p. 14.

En 1.981, el Tribunal Supremo de Massachusetts resolvió el caso Osborne v. Osborne declarando válido un acuerdo prematrimonial de absoluta separación patrimonial entre los cónyuges tanto durante el matrimonio como después de él si llegara a disolverse, y también de renuncia recíproca de ambos suscriptores a cualesquiera pensiones compensatorias derivadas de la ruptura. El pacto fue concertado antes del matrimonio, partiendo ambos otorgantes de la certeza de que sus situaciones económicas respectivas presentes y futuras, aunque desiguales, eran solventes y seguras: la futura esposa era rica y su futuro esposo un joven médico –ella también lo era- que, aun no contando todavía con un gran patrimonio, previsiblemente no tendría problemas económicos en el futuro más inmediato dada su cualificación profesional. Durante el matrimonio fue la esposa quien sufragó en su mayor parte el elevado tren de vida del que ambos disfrutaron, y una vez producida la ruptura el esposo impugnó el pacto alegando vicio del consentimiento derivado de la urgencia y la prisa al contraerlo, pues se firmó sólo horas antes de la boda, y también la nulidad de las renunciaciones anticipadas o previas a las posibles pensiones. El tribunal negó ambas cosas. Al pronunciarse sobre la distribución de los bienes, declaró que un acuerdo por el que se reparten de manera distinta a la que resultaría de la aplicación de la legalidad vigente sólo sería nulo si no fuera equitativo en el momento de celebrarse o en el de aplicarse, y añadió que en ese caso de no ser equitativo, el propio Tribunal tendría facultades para modificarlo y ordenar la distribución patrimonial que sí lo fuera. Y con respecto a la renuncia, concretó como requisito de eficacia de la misma su razonabilidad, entendida como adecuación coherente de lo pactado a las circunstancias concretas, y aclaró que el hecho de que esa renuncia sea recíproca abona su razonabilidad pero no la presupone ni la prueba necesariamente, del mismo modo que tampoco el que no sea recíproca impide que las demás circunstancias concurrentes hagan concluir en la razonabilidad exigida de una renuncia unilateral. Con esos fundamentos y analizando el caso concreto, las situaciones de ambos otorgantes conocidas por ellos en el momento de contraer el pacto y las existentes al tiempo de la ruptura, el tribunal concluyó que las renunciaciones eran razonables y adecuadas al orden público, que sólo podría resultar negativamente afectado en el caso de que pudiera resultar perjudicada a su consecuencia alguna materia de interés público, como el de los menores, o el de la sociedad en general, lo que sucedería si a consecuencia de la estricta

aplicación del acuerdo uno de los exesposos se convirtiera en titular de una ayuda pública a la que sin ese pacto no habría tenido posibilidad de acceder.

Las resoluciones judiciales posteriores a 1.982 suelen citar, remitiéndose a él con mucha frecuencia, el llamado "Test Scherer" para trazar la línea que delimita la distinción entre la validez y la invalidez de un acuerdo prematrimonial. Este test tiene su origen en el caso enjuiciado por la Corte Suprema de Georgia en 1.982. Antes de contraer matrimonio, dos personas que ya habían estado ambas casadas antes con parejas distintas y tenían hijos de esas uniones, concertaron un acuerdo en el que establecían una regulación patrimonial para el caso de disolución del matrimonio por causa de muerte, pero añadiendo en él la previsión de su aplicabilidad al supuesto de disolución por causa distinta de la muerte en la medida en que la ley la permitiera. El pacto venía a concretarse en la renuncia por la esposa a cualquier derecho sobre la compañía mercantil Scherer, perteneciente a la familia del esposo y de la que éste era, además, un alto directivo, y la simultánea obligación de suscripción por él de un seguro de vida para caso de muerte a favor de la primera. Años después sobrevino el divorcio y la esposa, considerando el pacto lícito y aplicable, reclamó su cumplimiento y la consecuente indemnización a su favor y a cargo del marido por un importe equivalente al previsto en el seguro de vida concertado. El acuerdo prematrimonial fue considerado por el Tribunal válido y eficaz, sometiéndolo a tres requisitos que analiza y que integran los tres jalones de un Test a partir de entonces muy frecuentemente exigido en casos similares por la jurisprudencia norteamericana:

1) El acuerdo prematrimonial debe emanar de un consentimiento válido, no viciado por fraude, coacción, desconocimiento o error; un consentimiento libre, voluntario y consciente, auténtica expresión de una voluntad autónoma y libre y equiparable al preciso para perfeccionar cualquier contrato.

2) Debe también ser proporcionado. La inclusión del requisito de la proporción y la consecuente proscripción de la desproporción (unconscionability), que acarrea la nulidad del pacto, marcan un auténtico hito en esta materia al plantearse por primera vez una exigencia que posteriormente será valorada por muchos Tribunales al enjuiciar la validez de estos acuerdos.

3) Y además, para que el acuerdo sea eficaz es preciso que al tiempo de su aplicación no se haya producido una variación sustancial e imprevisible de las

circunstancias existentes en el momento en que fue alcanzado, pues ello acarrearía la ineficacia sobrevenida de un acuerdo que inicialmente era válido.

Sobre estos tres requisitos, interpretándolos y completándolos con otras exigencias no menos trascendentes, como la información patrimonial o financiera o el asesoramiento legal previos, se ha venido configurando la regulación jurídica de este tipo de pactos a través de los pronunciamientos judiciales de igual inspiración, entre los que, comprensiblemente, son los del Estado de Georgia los más abundantes²⁰.

4.3.2. La Uniform Premarital Agreement Act

A impulsos de la realidad social, siendo ya evidente la proliferación de estos pactos y también de los sucesivos pronunciamientos de los Tribunales que marcaban una línea mayoritariamente favorable a su incorporación al Derecho norteamericano, si bien -y naturalmente- con las particulares exigencias de validez propias de cualquier regulación jurídica, era ya inevitable plantear la posibilidad de la instauración de algunos criterios de unificación normativa que, configurando un punto de mira uniforme, si se quiere genérico pero también uniforme en su generalidad, pudiera servir a todos los estados como referencia para diseñar y acometer las respuestas de sus derechos respectivos a esa realidad imparable y en gran medida huérfana hasta entonces de regulación. Propiciada por ese designio, la NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, celebrada en Boca Ratón (Florida) entre el 22 y el 29 de julio de 1.983, aprobó, entre otros acuerdos, la UNIFORM PREMARITAL AGREEMENT ACT, que constituyó una orientación o tal vez algo más, pero no más que una guía cuyo contenido sólo llegaría a convertirse en derecho vigente y exigible en aquéllos estados que decidieran incorporarla a su regulación positiva.

Se trata de un texto relativamente breve, integrado por un preámbulo y trece artículos y que ha sido adoptado por veintisiete de los cincuenta y un estados de los Estados Unidos, si bien en algunos de ellos con modificaciones y adaptaciones de su contenido. Es frecuente distinguir entre estados UPAA y

²⁰ En “Los acuerdos prematrimoniales...”, op. cit., p. 71, CERVILLA GARZÓN, M. D., al comentar esta sentencia, cita otras cuatro de la Corte Suprema de Georgia recaídas entre 2.005 y 2.009 e inspiradas en ella.

estados no adheridos al UPAA, y, entre los primeros, diferenciar aquéllos que simplemente se han adherido de los que lo han hecho con salvedades o modificaciones.

Los Estados adheridos lisa y llanamente son Arizona, Arkansas, Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Kansas, Montana, Nebraska, North Carolina, Oregón, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin, y los que también lo han hecho pero modalizando sus regulaciones respectivas son California, Connecticut, Delaware, Indiana, Iowa, Maine, Nevada, Nuevo México, North Dakota, Rhode Island y South Dakota. Puede observarse que Florida, cuna de la UPAA, no se halla incluida en ninguno de ambos grupos.

En el preámbulo, la razón de ser de la UPAA se fundamenta en la necesidad de una legislación uniforme que proporcione la certeza y al tiempo la flexibilidad necesarias para admitir los acuerdos prematrimoniales como un fenómeno cada vez más y más común, derivado del aumento del número de matrimonios contraídos entre personas que ya estuvieron previamente casadas y entre personas que tienen previsto continuar durante su vida conyugal con su desarrollo profesional y quieren regular mediante el acuerdo previo determinadas cuestiones que plantea el matrimonio venidero. Incluyéndose la reflexión de que aunque la realidad de estos acuerdos ha configurado una dura historia, hay una gran incertidumbre sobre su validez y una palmaria falta de uniformidad entre los estados.

El artículo 1 define los acuerdos prematrimoniales²¹, constriéndolos a los adoptados por parejas casadas, antes de contraer matrimonio y para ser aplicados tras la ruptura de éste. Es, sin duda, una fórmula estrecha que excluye los alcanzados por convivientes no casados, por casados pero estándolo y por casados antes del matrimonio pero para ser aplicados durante la normal convivencia matrimonial y no tras la ruptura.

El acuerdo prematrimonial se configura como un negocio solemne, cuya formalidad se eleva a requisito *ad validitatem* en el artículo 3 mediante la exigencia de que se otorgue por escrito y con la firma de ambos futuros esposos²².

²¹ "Premarital agreement means an agreement between prospective spouses made in contemplation of marriage and to be effective upon marriage".

²² A premarital agreement must be writing and signed by both parties. It is enforceable without consideration.

En coherencia con ello, se admite su modificación o revocación siempre que se respeten iguales formalidades. Algunos estados adheridos, como California o Arizona, han reforzado el requisito de forma mediante la necesaria intervención notarial.

El artículo 3 relaciona, tal y como conviene la doctrina norteamericana²³ con *numerus apertus* y sin constituir una lista cerrada, las concretas materias que pueden integrar el contenido de los acuerdos prematrimoniales, incluyendo:

- Los derechos y obligaciones de las partes respecto del patrimonio individual o compartido por ambos.
- El derecho a comprar, vender, usar, transferir, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, gastar, ceder, establecer garantías, hipotecar, gravar, ceder, o cualquier otro acto de gestión o control sobre sus patrimonios.
- La disposición de los patrimonios después de la separación o del divorcio, la muerte, o la ocurrencia o no ocurrencia de cualquier otro evento.
- La modificación o supresión de la pensión compensatoria.
- La elaboración de un testamento, fideicomiso, o cualquier otro acuerdo para llevar a cabo las disposiciones del acuerdo prematrimonial.
- Los derechos de propiedad de los que va a ser beneficiario alguien mediante lo dispuesto en un seguro de vida.
- La elección de la ley aplicable a estos acuerdos.
- Cualquier otra materia, incluyendo los derechos y obligaciones personales de cada parte, siempre que no violen el orden público o una norma que imponga una sanción criminal.
- El derecho de alimentos de un hijo no puede verse negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial.

Las dos últimas previsiones del artículo consolidan el criterio de que las materias propias del acuerdo tiene su límite en el orden público, concepto ciertamente difícil de delimitar pero que el texto no intenta describir ni siquiera por aproximación, salvo cuando incluye la previsión del indisponible respecto al derecho alimenticio de los hijos menores y cuando más adelante, concretamente en el apartado b) del artículo 6, prohíbe limitar o suprimir el derecho a la pensión

²³ RYZNAR M. Y STEPIEN-SPOREK A., "To have and to hold, for richer or Richer: premarital agreements in the comparative context", p. 11.

compensatoria cuando a causa de esa limitación o supresión surge la posibilidad de que la parte renunciante perciba una pensión o una ayuda del Estado a la que en otro caso no tendría derecho, permitiendo que el tribunal requiera a la parte obligada para que provea a la necesitada del sustento necesario para eliminar esas condiciones.

El artículo 6 se refiere en su apartado a) a los requisitos de eficacia del acuerdo prematrimonial como negocio jurídico nacido del consentimiento libre y consciente, sancionándolo con la ineficacia cuando la parte que se opone a su ejecución demuestra que no lo realizó voluntariamente. La falta de concurrencia del requisito de la voluntariedad del consentimiento se presume cuando posteriormente, al aplicarse, resulta desproporcionado, siempre que la parte no hubiera recibido información o no hubiera tenido, o podido razonablemente tener, conocimiento por otro medio del patrimonio y las obligaciones financieras de su futuro cónyuge en el momento de firmarlo, salvo que de forma expresa y escrita hubiera renunciado a recibir la información y obtener así el conocimiento citados. De este modo, el término desproporcionado (unconscionability) utilizado con frecuencia en el Derecho de contratos de los Estado Unidos, marca una frontera de validez referida al momento de la suscripción del pacto y no al de su aplicación, aun cuando sea en este último cuando, a partir de esos datos de hecho que el Acta recoge, pueda presumirse que fue desproporcionado en su origen.

La evolución legislativa de los distintos estados tras la publicación de la UPAA marca un sendero que avanza siguiendo un curso sinuoso. Algunos de los que han incorporado el texto a sus legislaciones respectivas lo han hecho con modificaciones y añadidos que en muchas ocasiones no son sino consecuencia de la necesidad de establecer una regulación auténticamente normativa y, por lo tanto, destinada a su directa e inmediata aplicación. Diversos estados han reforzado el requisito de la voluntariedad mediante la necesidad de respetar determinados plazos mínimos entre la redacción del acuerdo y su firma, o de la de haber recibido, o renunciado de forma expresa y escrita a recibir, un asesoramiento legal previo e independiente por parte de un abogado²⁴; incluso se ha ampliado el supuesto de desproporción a la que se produce cuando el acuerdo es aplicado, aun cuando pueda demostrarse que al suscribirlo no existió ninguna

²⁴ California Family Code, p. 1.615 c).

clase de desproporción²⁵. En esta misma materia, la legislación del estado de Dakota del Norte, aunque sigue remitiendo la apreciación de la concurrencia o no de desproporción al momento de la celebración del acuerdo y no al de su aplicación, da un paso adelante al permitir que sea el Tribunal el que, de oficio, aprecie su concurrencia.

Y no obstante haber incorporado textualmente los términos de la UPAA a sus legislaciones respectivas, los demás estados adheridos a ella mantienen posturas diversas sobre su verdadero alcance, discrepancias que surgen de las distintas decisiones de sus Tribunales respectivos; y así, por ejemplo, los Tribunales del estado de Virginia entienden que cabe incluir en la regulación estatal que es trasunto del Acta repetida los acuerdos otorgados por los esposos después de la celebración del matrimonio y antes de la ruptura.

Por su parte, los estados que no han adoptado la UPAA siguen la evolución que trazan sus tribunales al pronunciarse en los litigios en que se plantea la eficacia de los acuerdos prematrimoniales sin contar con una legislación específica. Es muy significativo el ejemplo de Florida, en donde se admiten los acuerdos verbales previos al matrimonio si ya durante éste se formalizan por escrito, e incluso los que, aún no formalizados nunca por escrito, se cumplen íntegramente por ambas partes, considerándose válida la revocación tácita del acuerdo previamente adoptado si está evidenciada por actos concluyentes²⁶.

De entre los pronunciamientos judiciales emanados de estados no adheridos a la UPAA suele destacarse, como instaurador de un criterio que otros muchos han seguido tras él, el recaído en el caso *Simeone v. Simeone*, que fue resuelto por la Corte Suprema de Pennsylvania el 25 de septiembre de 1.990. Los hechos enjuiciados pueden extractarse así: antes de contraer matrimonio con ella, un médico neurocirujano, a través de sus abogados, presentó a su novia, que no tenía abogados ni recibió ninguna clase de asesoramiento proveniente de los de su novio, un acuerdo prematrimonial en el que se preveía para el caso de ruptura que ella renunciaba a cualquier bien de su esposo -quien ya en ese momento inicial contaba con altos ingresos y un considerable patrimonio- y recibiría una pensión semanal de 200 dólares con un límite total de 25.000 dólares. La novia, una enfermera de 23 años, desempleada y con una posición económica mucho

²⁵ Legislaciones de Connecticut y New Jersey.

²⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D., "Los acuerdos prematrimoniales...", op. cit., p. 83.

peor que la del novio, firmó el acuerdo. Llegada la ruptura siete años después, la esposa comenzó a recibir la pensión acordada, pero solicitó además en el proceso de divorcio –durante el cual terminó de percibir la suma total fijada en el acuerdo– una pensión compensatoria, entendiendo que el pacto no excluía esa posibilidad. El tribunal desestimó su pretensión y explicó que el acuerdo prematrimonial es un contrato, sólo un contrato más, y como tal debe ser valorado a la luz de los criterios aplicables a los demás contratos, por lo que sólo si el consentimiento prestado estuviera afectado por alguno de los vicios que lo invalidan podría declararse la ineficacia del negocio, lo que no sucedió en este caso porque en su día la esposa, aun no habiendo recibido información ni asesoramiento específicos, emitió un consentimiento válido, pues se trataba de una persona formada que era consciente de lo que estaba haciendo al contratar y libre al hacerlo, afirmando que decidir otra cosa supondría volver a planteamientos ya superados e inspirados en la imagen de la mujer como la parte débil del matrimonio, destinada a las labores del hogar.

El criterio marcado por esta sentencia, que se separa de concepciones paternalistas con respecto a la mujer y es reflejo del más puro liberalismo, y que irritó las conciencias feministas más enraizadas en la sociedad norteamericana, ha seguido manteniéndose en otros pronunciamientos posteriores pero también ha sido contestado por otros muchos que, marcando la tendencia más generalizada a día de hoy, consideran el acuerdo prematrimonial como un negocio jurídico de interés público que no puede comprenderse en el ámbito normativo de los contratos mercantiles y que exige la adopción de singulares cautelas, tales como la información o el asesoramiento legal previos, para poder considerar como realmente consciente y voluntario el consentimiento prestado por las partes; incluso la contemplación de la situación existente en el momento de aplicarse, para evitar un resultado desproporcionado. En esta línea, algunas legislaciones han incorporado a sus textos el derecho de las partes a recibir asesoramiento legal independiente antes de concertar el acuerdo prematrimonial, considerándose el hecho de no haberlo recibido como un indicio constitutivo de una presunción *iuris tantum* de invalidez del negocio. Así se dijo en el caso *In re marriage of Bonds*, resuelto por la Corte Suprema de California el 21 de agosto de 2.001 y que se cita como antecedente inmediato y desencadenante de la reforma del párrafo 1615 del Código de ese estado llevada a cabo en el año 2.002.

4.3.3. Los Principles of the Law of Family Dissolution. Analysis and Recommendations

Ese mismo año, el AMERICAN LAW INSTITUTE, institución cuyo objetivo es facilitar la administración de justicia a la vista de las necesidades sociales de cada momento mediante la clarificación y la unificación del Derecho, publicó unos principios que ya había adoptado dos años antes y que, aun careciendo de carácter normativo y constituyendo una mera recomendación o una orientación dirigida a los legisladores de los distintos estados, han desplegado enorme influencia en la jurisprudencia posterior. Lo que en gran medida se ha debido a la circunstancia de que en su proceso de elaboración se tuvo en cuenta un gran número de sentencias dictadas en la década anterior por los tribunales de todo el país; se trata de los Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations.

El texto de estos principios es muy amplio y abarca materias diversas referidas a la disolución del matrimonio. Concretamente, es el capítulo 7 el que se destina a los acuerdos que afectan al matrimonio, comprendiendo dentro de ellos no sólo los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en sentido estricto, sino también los concertados con ese mismo objeto ya en el seno del matrimonio, tanto en situación de normal convivencia como en situación de crisis. Quedan, por lo tanto, fuera del ámbito de los Principios los pactos destinados a regular los derechos y obligaciones de los esposos durante la convivencia matrimonial normal. Sí se incluyen los concertados en previsión de ruptura entre parejas estables no casadas.

El párrafo 7.01²⁷ define el acuerdo prematrimonial como “un acuerdo entre las partes en previsión de un matrimonio que altera o confirma los derechos y obligaciones legales que de otra manera nacerían de estos Principios o de la ley que rija la disolución matrimonial”, disponiendo el párrafo 7.02 que su objetivo es permitir a los cónyuges que pretendan contraer matrimonio, y a aquéllos que ya integran o pretenden comenzar una relación doméstica asimilable, acomodar sus necesidades y circunstancias particulares mediante un contrato, modificando o confirmando los derechos y obligaciones legales que de otro modo nacerían bajo

²⁷ Se utiliza como referencia la traducción de estos principios que realiza ANGUIA VILLANUEVA, L. A., en “Acuerdos prematrimoniales...”, op. cit., pp. 25 y ss.

estos principios, u otra ley reguladora de la disolución matrimonial, sometido a las limitaciones que establecen las reglas aplicables a la competencia y los límites en la capacidad de las partes para apreciar adecuadamente el impacto de las condiciones del contrato en diferentes circunstancias de la vida, al tiempo del acuerdo.

El acuerdo debe, como requisito de forma ad validitatem, otorgarse por escrito firmado por ambas partes (parágrafo 7.04.1).

Se eleva también a requisito de validez la exigencia de un consentimiento informado, obligando a la parte que pretenda exigir el cumplimiento del acuerdo a demostrar que el consentimiento de la otra fue informado y no obtenido mediante coacción (parágrafo 7.04.2). Prevención que introduciría al reclamante en una auténtica probatio diabólica de no ser porque viene en el texto completada por el establecimiento de una presunción iuris tantum de existencia de la información y libertad exigidas cuando concurren sin duda los siguientes indicios, recogidos en el parágrafo siguiente (7.04.3), en virtud del cual un acuerdo prematrimonial se presume que cumple los requisitos del parágrafo 7.04.2 cuando la parte que busque su validez demuestre que:

a) Fue celebrado al menos con treinta días de antelación al matrimonio.

b) A ambas partes se les aconsejó obtener asesoramiento jurídico independiente, y tuvieron la oportunidad razonable de hacerlo antes de la perfección del contrato.

c) En el supuesto de que se haya celebrado sin el asesoramiento jurídico independiente, que esté redactado en un lenguaje fácilmente comprensible por un adulto de inteligencia media sin formación jurídica.

En definitiva, concurriendo la prueba del requisito temporal y además la de haber recibido las partes el consejo de asesoramiento jurídico independiente, teniendo además en efecto oportunidad razonable de recibirlo, la presunción de invalidez queda enervada. Y aun faltando este segundo requisito de asesoramiento, también queda enervada si el acuerdo está redactado en lenguaje sencillo y comprensible por una persona de inteligencia normal que careciera de formación jurídica.

Esa regulación viene reforzada con requisitos añadidos de información financiera en dos supuestos concretos: la renuncia en el acuerdo a obtener compensación económica en caso de ruptura y el establecimiento de un régimen

económico matrimonial distinto del de comunidad de bienes o ganancial. Para ambos casos, el parágrafo 7.04.5 exige, además, que la parte que pretenda el cumplimiento del pacto limitativo demuestre que antes de la celebración del acuerdo la otra parte conocía, al menos aproximadamente, sus activos e ingresos, o que le fueron proporcionados mediante una declaración escrita que contenía esa información, debiendo entenderse que ese contenido informativo ha quedado completado cuando la declaración proporcionada al reclamante es una lista en la que se describen los activos más importantes de la otra parte y su valor total de mercado aproximado; sus ingresos anuales aproximados de los últimos tres años; cualquier futura adquisición importante prevista por él y cualquier futuro cambio de ingresos para el cual la parte tenga ya un título legal actual, o una previsión de obtenerlo en los tres años siguientes a la concertación del pacto.

Supuestos ambos, renuncia a compensación y pacto de un régimen matrimonial distinto de la comunidad, que constituyen la única referencia precisa de los Principios al objeto material o al contenido posible del pacto prematrimonial, pues no existe en ellos ninguna referencia al mismo más allá de esta previsión que acabamos de comentar y que, al regular esos dos casos concretos, presupone su posibilidad.

Los Principios contemplan también dos supuestos de ineficacia del pacto, cada uno de los cuales encuentra su razón en fundamentos muy distintos de los que justifican el otro. En primer lugar, la posibilidad de desistimiento o rescisión unilateral debida a la libérrima decisión de una de las partes, y en segundo lugar la revisión derivada de la desproporción producida en el momento de aplicarse el acuerdo, desproporción a la que la jurisprudencia se refiere con ese mismo término (“unconscionable”) y el texto denomina, para referirse a lo mismo, injusticia sustancial (“substantial injustice”).

Dispone el parágrafo 7.04.4.b que el acuerdo es inválido si cualquiera de las partes lo rescinde mediante un escrito entregado a la otra dentro de los treinta días siguientes a su celebración, salvo si la otra parte previamente se desprendió de algo en virtud de ese acuerdo, en cuyo caso la parte que pretenda la rescisión debe restituir la cosa a la otra inmediatamente después de la solicitud de rescisión, o la rescisión será ineficaz. Ha puntualizado acertadamente CERVILLA GARZÓN que aunque no resulte expresamente de los términos literales del texto, el sentido de esta regulación es sugerir la exigencia de que lo restituido sea la

misma cosa y en el estado en que se entregó²⁸. En efecto, la prevención expresa de ese plazo en la norma debe disuadir al contratante que mantiene la expectativa rescisoria sin descartar su posibilidad, a no disponer de ningún bien recibido mientras el mismo transcurre. Una restitución por equivalente no parece justa, salvo que el perjudicado libremente la aceptase, tanto si la cosa pereció como si su deterioro hace inaceptable su restitución o impone añadir a ésta una indemnización que lo compense.

El segundo supuesto de ineficacia sobrevenida viene referido a la desproporción o injusticia sustancial. El párrafo 7.05 recoge las situaciones de hecho que necesariamente deben producirse para que pueda plantearse la existencia de injusticia sustancial, estableciendo en su apartado 2 que un tribunal debe considerar si la aplicación de un acuerdo produciría una injusticia sustancial si, y sólo si, la parte que se resiste a su aplicación muestra que uno de los siguientes puntos ha ocurrido desde el momento de la ejecución del acuerdo: a. Ha pasado más del número de años establecido por la legislación del estado; b. Las partes, que no tenían hijos al momento de la celebración del acuerdo, hubieran tenido o adoptado un hijo; c. Ha tenido lugar un cambio en las circunstancias con impacto sustancial en cualquiera de las partes o en los hijos, que no pudieron prever ni el cambio ni el impacto.

Acreditada la concurrencia de alguna de estas tres situaciones, las dos primeras fácilmente constatables pero la tercera ya no tanto, al requerir que el cambio haya generado un impacto sustancial, efectivo e imprevisible, parámetros que en muchas ocasiones sólo pueden valorarse con criterio discrecional, se impone a la parte que pretende invalidar el acuerdo, en el apartado 3 del mismo párrafo, la carga de la prueba de que, además, se ha producido la injusticia sustancial, y se facilitan a los tribunales, en el apartado 4 siguiente, los aspectos a considerar para obtener una conclusión sobre la cuestión, que son : a) La magnitud de la disparidad entre las consecuencias conforme al acuerdo y las consecuencias según la aplicación de los principios legales vigentes; b) Para los matrimonios de duración limitada (corta), la diferencia entre las circunstancias de la parte que reclama según el acuerdo y las circunstancias de dicha parte si el matrimonio nunca hubiera tenido lugar. c) Si el propósito del acuerdo fue

²⁸ CERVILLA GARZÓN, M.D., "Los acuerdos prematrimoniales...", op. cit., p.96: "...y si hubiera entregado algún bien se devuelva en el estado en que se entregó."

beneficiar o proteger intereses de terceros (como los hijos habidos de una relación anterior), si dicho propósito es todavía relevante, y si los términos del acuerdo fueron razonablemente diseñados para servir a dicho propósito; y d) El impacto de la aplicabilidad del acuerdo respecto de los hijos.

4.3.4. La situación actual

Con inspiración en ambos textos unificadores y dando respuesta con sus resoluciones a una realidad social en la que la proliferación de estos pactos es imparable, los tribunales norteamericanos han dado en las dos últimas décadas un significativo paso adelante, pudiendo afirmarse que en la actualidad -aun con carácter general, pues que la existencia de cincuenta y un estados y de un intrincado entramado de instancias judiciales propicia la posibilidad de pronunciamientos separados de los criterios mayoritarios- el acuerdo prematrimonial se configura en el sistema jurídico estadounidense como:

(i) Un contrato formal, que sólo puede concertarse por escrito, exigiéndose la presentación ante el Tribunal del mismo documento o, en caso de imposibilidad objetiva de la misma, la prueba de que sin duda se otorgó y de su contenido concreto²⁹. En algunos estados se refuerza el requisito de la forma mediante la exigencia de otorgamiento ante notario con la presencia de dos testigos.

(ii) Un contrato cuyo objeto puede ser amplio y comprender los casos tanto de ruptura como de disolución por muerte, pero siempre sometido a los límites del orden público, que imponen el respeto a los derechos de los hijos menores, a los de terceros, singularmente si son acreedores que puedan resultar defraudados, y al propio matrimonio como institución con vocación de estabilidad y permanencia, reputándose inválidos los acuerdos que de cualquier manera induzcan a la ruptura³⁰.

²⁹ La Corte de Apelación de Texas así lo estableció en el caso *Jureck v. Couch* Jureck, resuelto por sentencia de 23 de septiembre de 2.009.

³⁰ La Corte de Apelación de California, en sentencia dictada el día 21 de enero de 2.003 en el caso *In re Marriage of Bellio*, aclaró una vez más que el hecho de que el acuerdo se otorgue para el caso de ruptura, y por lo tanto la contemple, no significa que necesariamente la favorezca.

(iii) En todas aquéllas cuestiones no afectadas por el orden público, un contrato al que son aplicables las normas generales de los contratos, incluyendo las previsiones sobre los vicios del consentimiento. Al analizar supuestos en los que se plantea la posible influencia de la relación de noviazgo sobre la prestación del consentimiento, dada la especial intimidad y confianza existente entre los novios³¹, o la existencia de un embarazo o el stress propio de la celebración de la boda, los tribunales, aunque no excluyan esa influencia y en ocasiones la tengan en consideración para invalidar el pacto, nunca la presuponen sin más a partir de esos antecedentes, atendiendo a las circunstancias del caso concreto para considerar si el consentimiento fue o no prestado de forma libre y consciente.

(iv) Ello no obstante, un contrato en el que el consentimiento informado es un requisito de eficacia que se ha impuesto definitivamente, proyectándose la información requerida sobre el derecho y sobre la economía.

Se exige en primer lugar un asesoramiento legal previo a través de un abogado independiente. Sin embargo, no son unánimes los pronunciamientos acerca del alcance de esta exigencia en circunstancias concretas. Así, en algunas ocasiones otorgan validez al contrato celebrado por quien carecía de la información legal necesaria porque, pese a haber recibido asesoramiento legal independiente, no quiso informarse en profundidad ni plantear sus dudas. E incluso al otorgado sin haber recibido ninguna clase de asesoramiento, pues son abundantes los pronunciamientos que, sin duda inspirándose en el principio de que la propia negligencia nunca puede reportar utilidad, reputan la validez del consentimiento prestado por quien no disponía de información pero sí que dispuso de la posibilidad de recibirla³².

En cuanto a la independencia, muchas sentencias consideran suficiente la intervención de un solo abogado para las dos partes, pero otras reputan inválido el contrato con el argumento de que el mismo abogado no puede representar a dos partes enfrentadas en un determinado conflicto de intereses³³.

³¹ Caso Canon v. Canon, Corte de Apelación de Maryland, sentencia de 12 de enero de 2.005.

³² Casos Biliouris v. Biliouris, Corte de Apelación de Massachusetts, sentencia de 17 de agosto de 2.006, o In re TheState of Kinney, Corte Suprema de Minnesota, sentencia de 14 de junio de 2.007.

³³ Criterio mantenido por la Corte de Apelación de California en el caso Ware v. Ware, resuelto por sentencia de 21 de octubre de 2.005.

Y se añade a ese primer requisito de conocimiento o posibilidad de conocimiento legal otro de conocimiento financiero o económico, concretado en la obligación que recae sobre cada uno de los otorgantes de informar al otro sobre su verdadera posición económica presente y previsiblemente futura. La información suministrada debe permitir el conocimiento cabal de la situación financiera, y aunque no suele exigirse que sea totalmente detallado, pormenorizado o exhaustivo, sí que debe ser razonable y completo a la vista de las circunstancias objetivas del patrimonio y subjetivas de los contratantes. La omisión del cumplimiento de este requisito vicia por dolo o error, o por ambas cosas, el consentimiento prestado, acarreado la nulidad del negocio.

Ahora bien, no es infrecuente que la situación de hecho que suele provocar el planteamiento de estas cuestiones en los tribunales sea reconducida por la parte que postula la ineficacia al supuesto de desproporción, pues en muchas ocasiones, aun siendo cierto que el no haber sido una parte consciente al contratar de la situación económica verdadera de la otra puede haber llevado a la primera a concluir un acuerdo que con ese conocimiento no habría concertado, o no habría concertado en los mismos términos, es en el momento de aplicar el acuerdo cuando se muestran con toda su crudeza los efectos desproporcionados, sustancialmente injustos si se prefiere, que el vicio ya inicialmente concurrente en el pacto desencadena.

Sin embargo, en el análisis de la desproporción los tribunales son muy precisos y distinguen con mucha nitidez dos supuestos claramente diferenciados entre sí: el de su existencia en el mismo momento de la concertación del negocio y el de su aparición posterior, en el momento de aplicarlo. Para que la desproporción como tal sea invalidante, reputan imprescindible que haya existido en el momento de la prestación del consentimiento, tanto si es consecuencia de un vicio, como el dolo o el error, como si simplemente se evidencia ya entonces. Si no es así, no puede hablarse de desproporción invalidante, aunque la desproporción que se manifiesta en el momento de la aplicación del pacto pueda, con la concurrencia de otros requisitos y sin haber concurrido ningún vicio del consentimiento, determinar la ineficacia del mismo por cambio sobrevenido de las circunstancias que existían al concertarlo.

Esta última posibilidad se desprovee de los matices contractualistas más liberales que inspiran la primera, sustentada en el criterio que rige los contratos

mercantiles y en cuya virtud el contrato despliega su eficacia cuando en el momento de su nacimiento a la vida jurídica concurren los requisitos necesarios para su validez, sin que las situaciones posteriores o sobrevenidas puedan afectarle. La eficacia invalidante de la desproporción aparecida en el momento de aplicar el pacto es el resultado de una tendencia jurisprudencial muy moderna que poco a poco va abriéndose paso, pero que exige muy rígidos requisitos para su aplicación.

Y así, en la actualidad conviven en esta materia pronunciamientos judiciales de contenidos dispares: unas sentencias que concluyen la imposibilidad de valorar la existencia de desproporción cuando el acuerdo fue válido en el momento de celebrarse, y que para ello se centran en el examen de los parámetros existentes en ese preciso momento, tanto los puramente objetivos, como la información facilitada o el asesoramiento del que se dispuso, como los subjetivos o personales de los contratantes³⁴, con otras que confieren eficacia invalidante al cambio de circunstancias y permiten declarar con base en éste la ineficacia total o parcial del acuerdo prematrimonial, siempre que dicho cambio sea “dramático” – expresión que se repite en las resoluciones- y motivado por circunstancias imprevisibles e inusuales. En esta concepción se considera que los cambios son una consecuencia normal, lógica e inevitable de toda convivencia matrimonial, por lo que para que una alteración de situaciones dé lugar a la ineficacia del contrato, ineficacia que sin duda constituye el final más traumático de cualquier negocio, se requiere la prueba cumplida de muy especiales y rígidos requisitos de gravedad e imprevisibilidad en la alteración. Razones que justifican que al abordar los casos concretos, los Tribunales hayan reputado ineficaz el pacto sólo en supuestos tan significativos como el de accidente sufrido por la esposa durante el matrimonio que le produce una importante limitación de su movilidad³⁵, o su

³⁴ Las sentencias dictadas en los casos “*In re Marriage of Shanks*”, Corte Suprema de Iowa, el 12 de diciembre de 2.008, o *Chaplain v. Chaplain*, Corte de Apelación de Virginia, el 8 de septiembre de 2.009, entre otras muchas, siguen prefiriendo preservar la seguridad jurídica de quienes concertaron un contrato válido y prestaron un consentimiento ajustado a derecho, negando la ineficacia del pacto por circunstancias sobrevenidas posteriores.

³⁵ Caso *Crews v. Crews*, Corte Suprema de Connecticut, sentencia de 22 de octubre de 2.010.

incapacidad laboral³⁶, negando sin embargo eficacia invalidante a un supuesto en el que esa misma situación objetiva de deterioro de la salud se manifiesta pero es el resultado del empeoramiento de unos padecimientos que ya existían al casarse y eran conocidos al contratar³⁷.

(v) Y aun cuando esas exigencias informativas o de conocimiento completan en principio los requisitos “añadidos” para que el consentimiento contractual se reputa válidamente emitido, la de que medie un plazo suficiente entre la concertación del acuerdo y la celebración del matrimonio viene constituyendo otro igualmente necesario.

Si bien no se trata tanto de que se haya fijado por los Tribunales un plazo, ni siquiera aproximado, de separación entre uno y otro acontecimientos, ni tampoco de que la brevedad, incluso la inmediatez, entre la firma y la celebración de la boda pueda ser determinante de una fulminante invalidez, sino de que la proximidad temporal entre ambos sucesos puede objetivamente arrojar una sombra de sospecha sobre la necesaria ponderación por parte del contratante de lo realmente querido al exteriorizar su consentimiento y de las consecuencias que del mismo se derivarán; es un dato más a valorar por el Tribunal, sin duda significativo y que puede llegar a convertirse en decisivo si en el caso concreto viene acompañado de dudas sobre la válida concurrencia de los requisitos informativos exigidos.

4.4. EL DERECHO EUROPEO

La concepción cristiana del matrimonio, histórica y hondamente arraigada en Europa y en el Derecho Continental, ha constituido tradicionalmente un serio obstáculo para el planteamiento de la posibilidad de que, a través de la autonomía de la voluntad, quienes deseen contraer matrimonio o quienes ya lo han contraído puedan establecer la regulación jurídica de sus derechos y obligaciones respectivos y recíprocos como cónyuges, o las consecuencias que la ruptura de su relación debería producir. En la religión católica, de tan extendida

³⁶ Caso *In Re Marriage of Rosendale*, Corte de Apelación de California, sentencia de 28 de junio de 2.004.

³⁷ Caso *Hardee v. Hardee*, Corte de Apelación de Carolina del Sur, sentencia de 4^a de octubre de 2.005.

implantación en Europa, el matrimonio es una alianza que, aún calificada como contrato en determinados cánones del Código de Derecho Canónico de 1.917 y del vigente de 1.983, se define como una alianza elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento, con las propiedades esenciales de la unidad y la indisolubilidad y ordenada al bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole por su misma índole natural³⁸. Características que permiten comprender hasta qué punto aquéllos sectores de la sociedad para los que el matrimonio genera un vínculo de esa naturaleza se han mostrado refractarios a admitir que a través de la autonomía de la voluntad puedan los cónyuges establecer regulaciones a la carta que no sólo se apartarían del contenido natural, incluso de derecho divino positivo, de la institución, sino que podrían llegar a contradecir sus más elementales principios; sectores que es obvio que tampoco admitirían una separación entre el contenido puramente espiritual o religioso de la alianza matrimonial canónica rectamente entendida, y sometida en el Código de Derecho Canónico a una regulación jurídica tremendamente minuciosa, y un contenido más terrenal del matrimonio como contrato, centrado en aspectos materiales como la economía o la organización de la vida doméstica, pues en el Derecho Canónico el matrimonio integra una plena comunidad de vida, un consorcio de toda la vida³⁹ en el que los cónyuges se dan y aceptan mutuamente en su totalidad y en alianza irrevocable⁴⁰.

Sin embargo, ni esa concepción católica de tan señalada implantación en Occidente ni las propias de lo demás países de religión cristiana, han impedido que la autonomía de la voluntad de los cónyuges pueda convertirse en fuente normativa de determinados aspectos propios del matrimonio. A diferencia de lo que ha sucedido en Inglaterra, en Gales o en los Estados Unidos de América, en el

³⁸ Cn. 1.055 CIC: "La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento"

³⁹ Constitución Apostólica *Gaudium et Spes*, nº 48.

⁴⁰ Cn. 1.057.2 CIC: "El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el que el varón y la mujer se dan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio".

Derecho europeo se reconoce tradicionalmente a las capitulaciones matrimoniales como un instrumento formal a través del cual los cónyuges o futuros cónyuges pueden constituir, modificar o suprimir el régimen económico de su matrimonio. Las regulaciones de los distintos países europeos posibilitan esta clase de pactos siempre que, además de cumplir determinados requisitos de forma, incidan en esos objetos y no los sobrepasen⁴¹, generalizándose una tendencia a la privatización y consiguiente contractualismo del Derecho de familia⁴², reflejada en fenómenos tales como la posible renuncia anticipada a la pensión compensatoria o la admitida regulación de las relaciones personales y patrimoniales posteriores a la ruptura a través del convenio regulador, instrumento que, aun sometido al control jurisdiccional en las materias que son de orden público, otorga a quienes lo conciertan la posibilidad de instaurar esa regulación en todas las demás, e incluso, en esas otras que son indisponibles, la de plantear la que ellos consideran más apropiada.

Evolución que también ha producido una flexibilización de las situaciones que permiten instar la disolución del matrimonio por divorcio, y que se ha hecho notar en uno países más que en otros. Son la legislación española, la portuguesa y la francesa las más liberales, pues en ellas se permite acceder a la disolución del matrimonio por la voluntad libérrima de uno cualquiera de los cónyuges y con muy exiguos requisitos temporales, que en la legislación francesa se concretan en el transcurso de dos años desde la celebración del matrimonio, en la portuguesa en el de tres y en la española en el de tres meses. Sin embargo, el Derecho británico conserva reminiscencias propias del divorcio sanción, exigiendo la concurrencia de una situación irremediamente rota y prolongada durante un período de tiempo que puede variar entre dos y cinco años, así como la prueba del incumplimiento de los deberes matrimoniales. En Alemania, aunque se exige la descomposición del matrimonio para poder instar el divorcio, esa descomposición se presume si existe separación de hecho durante un año admitida por ambos cónyuges, o durante tres años si no lo es, y el Derecho

⁴¹ Código Civil Portugués, art. 1.698; Código Civil Suizo, art. 181; Código Civil Francés, art. 1.387; Código Civil Italiano, art. 163...

⁴² CARRASCO PERERA, A. "Derecho de Familia, casos, reglas y argumentos", Madrid, 2.006, p. 59.

Italiano contempla también la concurrencia de determinadas causas y requisitos temporales.

No es extraño, por lo tanto, que a impulsos de esa evolución exista también una tendencia a ampliar el contenido posible del pacto formalizado en capitulaciones matrimoniales. Aunque previstas para regular las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, se comienza a admitir la posibilidad de que mediante ellas se regulen otras cuestiones relacionadas con el matrimonio, tales como la renuncia a la pensión compensatoria o algunos de los efectos patrimoniales posteriores a la ruptura, siempre con el límite del orden público, que veda la posibilidad de incidir a través del pacto en la atención de los hijos menores o de establecer compensaciones que avoquen a uno de los contrayentes a sufrir una desproporción económica que favorezca al otro; por ejemplo, el parágrafo 1.498 del BGB permite utilizar las capitulaciones matrimoniales para renunciar a la compensación en caso de ruptura, con el único requisito –cierto es que marcadamente restrictivo- de que la demanda de divorcio sea presentada en el año inmediatamente siguiente al otorgamiento.

En este ámbito europeo, el Derecho español alcanza una significación muy especial. No sólo porque algunos derechos forales y autonómicos han incorporado ya muy precisas previsiones normativas que de forma expresa admiten como objeto del pacto capitular los acuerdos prematrimoniales o matrimoniales en previsión de ruptura o los que regulan otros aspectos personales o patrimoniales relacionados con el matrimonio, sino porque también puede abrirse camino la tendencia a considerar que este tipo de pactos no está sometido, en cuanto su forma, a requisitos específicos de validez, pudiendo concertarse privadamente y por escrito, e incluso sin otro requisito para su perfeccionamiento que el del consentimiento adecuadamente prestado, en los términos establecidos en el artículo 1.258 del Código Civil.

Los países hispanoamericanos, cuyos ordenamientos civiles reflejan la influencia de las regulaciones europeas, singularmente de las de España y Portugal, adoptan regímenes normativos del matrimonio que incluyen las capitulaciones matrimoniales como instrumento idóneo para solemnizar pactos relativos al régimen económico conyugal. Es probable que la evolución seguida y que se siga en Europa se produzca también en países como Brasil, Argentina,

Uruguay, México y aquéllos otros que igualmente las incorporan a sus legislaciones civiles respectivas.

**V- LOS PACTOS
PREMATRIMONIALES EN
LOS DERECHOS FORALES Y
AUTONÓMICOS
ESPAÑOLES.
MANIFESTACIONES MÁS
IMPORTANTES**

V- LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN LOS DERECHOS FORALES Y AUTONÓMICOS ESPAÑOLES. MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES

En los ámbitos foral y autonómico, algunas de las legislaciones promulgadas durante los últimos años han reconocido expresamente la posibilidad de que los cónyuges otorguen pactos prematrimoniales, contemplando las exigencias de validez de los mismos atendiendo tanto a su contenido como a las solemnidades extrínsecas y demás requisitos a observar en su otorgamiento.

5.1. EL DERECHO CATALÁN

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que entró en vigor el 1 de Enero de 2011 y cuya redacción vigente resulta de la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña, tras proclamar en su artículo 231-11 el principio de libertad de contratación entre cónyuges disponiendo que estos pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos, se refiere a los capítulos matrimoniales en el artículo 231-19, asignándoles un contenido muy amplio, que puede consistir en 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 una ruptura matrimonial.

Consagra de este modo la norma la posibilidad del otorgamiento de pactos cuyo contenido se concrete en la previsión de una eventual ruptura matrimonial futura, incluyendo una serie de cautelas y exigencias precisas para su validez que deben concurrir en el momento de la prestación del consentimiento y que a primera vista producen la impresión de que el legislador catalán, sin excluir tajantemente otras posibilidades, estaba pensando de forma muy especial al promulgar esta Ley en los pactos de contenido económico. Lo que no significa, sin embargo, que la regulación catalana excluya la posibilidad de

otros pactos prematrimoniales o matrimoniales de contenido distinto, porque la prevención que ya hemos citado del artículo 231-11 del Código Civil Catalán, en cuya virtud los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de negocios jurídicos, unida a la propia dicción del artículo 231-19.1, que incluye los pactos en previsión de ruptura en la fórmula más amplia y generalizadora de “las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes”, y también la exigencia contenida en el artículo 231-20.3 de que aquéllos de estos pactos que supongan limitación o exclusión de derechos deben ser recíprocos y claros, son exponente de que otros pactos que incidan en las relaciones jurídicas matrimoniales de los cónyuges como tales, incluso antes de la ruptura y en normal situación de convivencia matrimonial, pueden considerarse admitidos en el Derecho catalán.

Se distingue en el artículo 231.19.2, de entre los capítulos matrimoniales -vehículo de formalización no sólo de esta clase de pactos, sino de todos los referidos en el artículo 231-19.1-, aquellos otorgados antes de la celebración del matrimonio de aquellos otros otorgados después, precisando que “los pactos en previsión de una ruptura matrimonial” sólo producen efecto a partir del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año. De este modo, el precepto constriñe ambas limitaciones temporales, tanto la eficacia diferida como la caducidad, a los pactos en previsión de ruptura, lo que impide extenderlas a los pactos que, como los referidos a los derechos y deberes de contenido personal que el matrimonio instaura entre los cónyuges, no miran a la situación posterior a la crisis conyugal.

El artículo 231.20, rubricado “pactos en previsión de una ruptura matrimonial”, se destina exclusivamente a este tipo de pactos, con unos criterios normativos acordes con las modernas tendencias del Derecho de los Estados Unidos de América y que exigen para la validez del consentimiento prestado diferentes requisitos de conocimiento previo y de tiempo para la reflexión.

El precepto dirige al notario autorizante de la escritura pública dos mandatos distintos para con los otorgantes: uno de información y otro de advertencia. Antes de otorgarla, debe informar por separado a cada uno de ellos sobre “el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio”; de este modo, los dos recibirán individual y separadamente esa información técnico-jurídica de una persona con suficiente conocimiento en la materia, despojados además de cualquier clase de influencia o

de coacción derivadas de la presencia del otro, pudiendo manifestar al notario sus dudas o solicitarle las explicaciones que consideren convenientes, todo lo cual responde al propósito de que obtengan un conocimiento cabal del significado, el alcance y la previsible trascendencia del proyectado negocio, lo que permitirá que su voluntad se conforme y sea expresada de forma verdaderamente autónoma, libre y consciente.

Además, el notario debe advertir a los cónyuges de “su deber recíproco de proporcionarse la información expresada en el apartado 4” del mismo precepto, que refiere esa información de la que cada otorgante debe previamente disponer al patrimonio, los ingresos y las expectativas económicas del otro. El notario, como se aprecia, no debe facilitar esa información, ni tampoco constatar que ha sido facilitada, sino simplemente realizar la advertencia a los otorgantes para que ambos sepan de su derecho a obtener la referida al otro y de su deber de facilitar la propia a éste. Deber de mera advertencia que debe relacionarse con la circunstancia de que la información previa no es un requisito *ad validitatem* del negocio: lo único que la norma viene a exigir es que el consentimiento se exteriorice disponiendo los otorgantes de ella, por lo que aun cuando no se hubiera suministrado, el cónyuge que en ese momento, a través de cualquier otra fuente o por cualquier otra causa, hubiera contado ya con el conocimiento de los extremos mencionados en la norma no podrá invocar la concurrencia de un vicio del consentimiento ni la nulidad del pacto.

Es por esa razón por la que el precepto establece en su apartado 4 una inversión de la carga probatoria y una correlativa presunción *iuris tantum* de ineficacia del pacto para el supuesto de que el cónyuge que pretenda su cumplimiento no pueda demostrar que el otro disponía, al tiempo de su firma, de esa información. Inversión probatoria y presunción *iuris tantum* sólo aplicables cuando la omitida “información fuera relevante en relación con el contenido del pacto”, lo que en definitiva supone aplicar la teoría general del contrato, entendiendo que si el consentimiento no resultó afectado por esa carencia, pues de todos modos se habría prestado aun disponiendo de la información por no afectar ésta al contenido concreto del negocio, este debe reputarse válido y eficaz.

El artículo 231.20 exige para la eficacia de los pactos propiamente prematrimoniales, que denomina “antenupticiales” para referirse a los otorgados antes de la celebración del matrimonio, que se otorguen antes de los treinta días

anteriores a la fecha de esa celebración⁴³, estableciendo además que, tal y como se anticipa en el precepto anterior con respecto a los capítulos matrimoniales en general, caducarán transcurrido un año desde su otorgamiento sin que el matrimonio se haya celebrado. Previsiones ambas igualmente tendentes a asegurar que la voluntad expresada al consentir el negocio sea fruto de un conocimiento suficiente de las circunstancias del futuro cónyuge y del alcance del negocio, y que permiten que tras la reflexión serena que sin duda propicia el disponer de un plazo suficiente para, ya expresado el consentimiento, poder apartarse del pacto por haber valorado o conocido mejor esas circunstancias o el alcance del mismo o simplemente por haber cambiado de opinión, el otorgante arrepentido pueda libremente desligarse de su compromiso anterior. Por lo tanto, si el matrimonio se celebrara antes del transcurso de los treinta días o después del transcurso de un año, el negocio caducaría y, por efecto de esa caducidad, que operaría automáticamente sin precisar de ninguna instancia de parte, resultaría ineficaz, sin que, claro está, esa ineficacia produjera ninguna clase de repercusión sobre la validez del matrimonio contraído. Y si el matrimonio se celebrara en el ínterin que discurre a partir del transcurso de los treinta días siguientes a la concertación del pacto y hasta que finalice el año inmediatamente posterior a esa concertación, la modificación o la supresión del acuerdo sólo serían posibles, y así lo dispone de forma expresa el artículo 231-23 del Código Civil Catalán, a través del consenso de los cónyuges.

El artículo 231.20.5 consagra la ineficacia del pacto derivada de la desproporción generada por la superveniencia de circunstancias relevantes e imprevisibles. Se trata del cambio de circunstancias, que ya hemos comprobado cómo se abre definitivamente camino en el Derecho norteamericano, que parece que también será considerado en nuestra jurisprudencia al enjuiciar estos pactos y que la regulación catalana somete, para otorgarle relevancia, a distintos requisitos:

- En primer lugar, el pacto debe resultar no sólo perjudicial, sino “gravemente” perjudicial, expresión gramaticalmente abierta que remite a un concepto impreciso y llamado a ser valorado por los tribunales con un criterio ponderativo que muchas veces no será ni podrá ser referido a parámetros o

⁴³ El parágrafo 7.04 ALI exige, entre otros requisitos de validez del acuerdo prematrimonial, su celebración con al menos treinta días de antelación al matrimonio.

magnitudes aritméticamente precisos, óbice que en esta cuestión, no obstante, puede resultar inevitable.

- En segundo lugar, ese perjuicio grave debe producirse en el momento de la aplicación del pacto, siendo irrelevante, por lo tanto, que no concurriera ya en el de su concertación.

- Es preciso, además, que al tiempo de esa concertación las circunstancias determinantes de ese perjuicio no se previeran, ni tampoco pudieran razonablemente preverse: deben ser imprevisibles y sobrevenidas.

- Y, finalmente, esas circunstancias también deben ser, además de sobrevenidas, "relevantes", expresión ésta de difusos contornos y que vuelve a propiciar, incluso a exigir, la discrecionalidad del juzgador al analizar cada caso concreto, provocando en esta materia la aparición de pronunciamientos judiciales diversos que pueden ser contradictorios entre sí.

En relación con los pactos que supongan "exclusión o limitación" – o lo que es lo mismo, renuncia total o parcial- de derechos, el apartado 4 del artículo 231-20 del Código Civil Catalán exige que tengan carácter recíproco y que en ellos se precisen con claridad los derechos limitados o renunciados. Se trata de dos requisitos distintos: como toda renuncia de derechos, la contenida en esta clase de pactos, que lógicamente no constituye una excepción a la regla general, debe ser voluntaria, clara y terminante; y también es preciso que tenga carácter recíproco, de manera que no quiebre la equivalencia de las prestaciones ni la base del negocio y sea verdadero reflejo del principio de igualdad entre cónyuges, proyectándose así sobre la regulación catalana en esta materia las previsiones generales contenidas en los artículos 14 y 32 de la Constitución y 66 y 1.329 del Código Civil⁴⁴.

⁴⁴ En esta cuestión de la reciprocidad como exigencia de validez de la renuncia, debe recordarse el criterio mantenido por el Tribunal Supremo de Massachusetts en el caso Osborne v. Osborne, resuelto el 13 de noviembre de 1.981, al exigir para la validez de la renuncia su razonabilidad y no su reciprocidad. La razonabilidad, que es lo que determina la eficacia del pacto de renuncia, puede verse cumplida con la reciprocidad, pero aun no existiendo ésta la renuncia puede ser válida si el pacto es razonable a la vista de otras circunstancias, tales como el no afectar al interés de los hijos o al derecho a obtener su custodia, o el no legitimar al renunciante para percibir una ayuda pública que sin ella no se habría percibido. Este criterio no es en absoluto desdeñable.

5.2. EL DERECHO VALENCIANO

La sentencia dictada por el pleno del Tribunal Constitucional el día 28 de abril de 2016, de la que fue ponente la magistrada Doña Encarnación Roca Trías y sobre la cual emitió su voto particular el magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos, estimó el recurso de inconstitucionalidad que había presentado el Gobierno contra la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. El Tribunal declaró dicha ley inconstitucional y nula por haberse extralimitado la Comunidad Valenciana al promulgarla de la competencia legislativa que en materia de Derecho civil le corresponde (art. 149.1.8 CE), al no haber demostrado la vigencia, previa a la promulgación de la Constitución, de normas legales o consuetudinarias en materia de régimen económico matrimonial. Y declaró también que la nulidad de la norma no afectaría a las situaciones jurídicas consolidadas, manteniéndose inalteradas las relaciones de los cónyuges con terceros.

A pesar de ello, en lo que atañe a los pactos prematrimoniales o matrimoniales el extinto contenido de dicha ley puede ser muy ilustrativo, pues pese a su nulidad, provocada por las razones expuestas y no por otras relacionadas directamente con esos pactos y su posible homologación legal si razones de competencia legislativa no la hubieran impedido, puede ser reflejo de las convicciones sociales imperantes en esta materia en el territorio valenciano.

Vigente desde el 25 de abril de 2008, su última redacción resultaba de la Ley 8/2009, de 4 de noviembre. La norma describía en su artículo 25 el contenido de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales disponiendo que en dicho instrumento “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”.

Se describía así la carta de nupcias, que a tenor del artículo 22 podían otorgar quienes pudieran contraer válidamente matrimonio, con un contenido muy amplio en lo que atañe al pacto prematrimonial o matrimonial, que podía

incidir tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales entre los cónyuges o sus hijos nacidos o por nacer, bien durante el matrimonio o bien tras su disolución, sin más –ni menos- límites que esos que la norma mencionaba.

El artículo 26 de la Ley permitía que el otorgamiento tuviera lugar antes o después de la celebración del matrimonio, disponiendo que, en todo caso, sólo produciría efecto una vez que éste se contrajera. La norma no sometía, cuando el contenido de la carta de nupcias fueran los pactos de naturaleza personal o patrimonial entre los cónyuges previstos en el artículo 25, la eficacia de la misma a requisitos temporales tales como los previstos en el Derecho catalán, que como vimos exige, como requisito de validez, el transcurso de treinta días como mínimo desde la concertación del pacto hasta la celebración del matrimonio y de un año como máximo desde el mismo momento inicial hasta esa celebración.

La carta de nupcias, modificable total o parcialmente por las mismas personas que la otorgaron, quedaba sin efecto en los casos de nulidad, separación, o divorcio, según disponía el artículo 27 de la Ley, que excluía de esa ineficacia sobrevinida los pactos otorgados al amparo del artículo 25.

5.3. EL DERECHO ARAGONÉS

El Decreto Legislativo 1/2.011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas con el título de Código Foral de Aragón, vigente desde 23 de Abril de 2.011, regula en sus artículos 195 y siguientes el contenido y la forma de los capítulos matrimoniales, estableciendo que podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites que los del principio *standum est chartae*⁴⁵ y que

⁴⁵ Principio que en el Derecho aragonés consagra la libertad de la persona para regular su relaciones privadas otorgando un amplio margen a la autonomía de la voluntad, margen cuyos linderos vienen delimitados por la imposibilidad de cumplimiento de lo pactado, la Constitución, el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges y las normas imperativas del Derecho aragonés, tales como las relativas a la vida familiar y la comunidad de vida, el domicilio y las necesidades familiares o el respeto a los derechos de terceros.

pueden otorgarse y modificarse antes o durante el matrimonio. El contenido del pacto, tanto prematrimonial como matrimonial, se describe de este modo con una fórmula amplísima, permisiva de los pactos de contenido personal y patrimonial y sólo limitada por aquéllas fronteras que ningún negocio jurídico puede traspasar. La eficacia del pacto tampoco se somete a ninguna garantía ni requisito temporal; antes al contrario, tiene en cuenta el tiempo para conceder expresamente amplios márgenes a la autonomía de la voluntad, pues tras disponer el artículo 197 que si los capítulos se otorgan antes del matrimonio no producirán efecto hasta la celebración de éste, precisa que ello será así salvo que prevean un momento posterior para su eficacia, y que los otorgantes pueden someter ésta a condición o término, incluso darles efecto retroactivo sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

5.4. EL DERECHO NAVARRO

La Ley 1/1.973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, vigente desde el 27 de marzo de 1.973, admite sin ambages en su artículo 80 que los cónyuges establezcan libremente en los capítulos o contratos matrimoniales donaciones propter nuptias, señalamientos y entrega de dotes, renunciaciones de derechos, pactos sucesorios, disposiciones sobre el usufructo de fidelidad y, en general “cualesquiera disposiciones *por razón del matrimonio*”, en alusión concreta y clara al matrimonio mismo y no sólo a su régimen económico. La regulación, de amplios contornos como la aragonesa, prevé la ineficacia de las capitulaciones cuando el matrimonio no llegara a celebrarse y la posibilidad de conferir a las otorgadas con posterioridad a la celebración del matrimonio efecto retroactivo a la fecha de ésta, salvando los derechos adquiridos por terceros. Atendiendo al sentido propio de las palabras de la norma, no se encuentra obstáculo razonable para la admisión a su cobijo de los pactos prematrimoniales o matrimoniales de contenido personal o patrimonial.

**VI - LOS PACTOS
PREMATRIMONIALES EN
PREVISIÓN DE RUPTURA
EN EL DERECHO CIVIL
COMÚN ESPAÑOL ACTUAL**

VI - LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE RUPTURA EN EL DERECHO CIVIL COMÚN ESPAÑOL ACTUAL

Dos resoluciones judiciales recientes, ambas emanadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituyen la mejor referencia para poder entender la significación que en nuestro actual Derecho Común se concede a los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura. Pronunciamientos que, al describir en sus textos el estado jurídico de la cuestión inmediatamente anterior a sus dictados respectivos, explican cómo esos pactos, hasta entonces extraños en gran medida a nuestro ordenamiento, deben considerarse integrados ya en él.

6.1. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2.011

La importantísima sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el día 31 de marzo de 2.011⁴⁶, que casó y anuló la dictada por la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Madrid el 20 de marzo de 2.007, confirmatoria ésta de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid el 19 de abril de 2.004, abordó el análisis de los pactos matrimoniales en previsión de consecuencias económicas de la ruptura y se pronunció sin ambages sobre su admisibilidad en nuestro Derecho. Es cierto que no se enjuició en ella un supuesto “común” de pacto prematrimonial en sentido estricto, pues el acuerdo había sido alcanzado por los cónyuges en una situación matrimonial muy singular, con un proceso de separación matrimonial en curso pero con motivo de su reconciliación, para desistir del procedimiento judicial y regular, junto con la disolución de su sociedad de gananciales, algunas consecuencias económicas para el caso de una futura ruptura, pero el texto de la resolución es claro y terminante al referirse a la validez y al contenido de “los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas”.

La gran trascendencia de este pronunciamiento judicial hace imprescindible analizar con detalle y atención el supuesto de hecho enjuiciado, las

⁴⁶ CENDOJ: ROJ: STS 2158/2011.

argumentaciones esgrimidas por los órganos jurisdiccionales que conocieron de él en las dos instancias y en la casación y el iter procesal recorrido por los litigantes.

Los cónyuges, que habían contraído matrimonio en 1.987, se hallaban incurso en un procedimiento judicial de separación matrimonial iniciado por la esposa. Reconciliados durante su tramitación, acordaron disolver la sociedad de gananciales, otorgando una escritura pública al efecto, y además elevaron a escritura pública un documento en el que, pactando el compromiso de desistimiento del procedimiento de separación por parte de la esposa, establecieron que en el supuesto de que en el futuro se produjera de nuevo la separación entre los comparecientes el esposo abonaría a la esposa la cantidad de 200.000 pesetas mensuales, más el importe de su actualización desde esa fecha hasta la del pago, por mensualidades anticipadas, y le donaría además un piso o apartamento que sería elegido libremente por ella sin que el precio del mismo pudiera exceder de 30.000.000 de pesetas, valor a la fecha del otorgamiento que debería ser adecuadamente actualizado a la de cumplimiento del pacto.

Durante los tres años siguientes las desavenencias continuaron -aunque en ese período de tiempo nació un hijo del matrimonio- y la esposa dedujo una nueva demanda de separación en 1.992, recayendo sentencia que la declaraba el 30 de julio de 1.993. Posteriormente tuvo lugar la disolución del matrimonio por divorcio. Confirmada la inexistencia de desequilibrio económico entre los cónyuges, no se estableció pensión compensatoria, fijándose a cargo del padre una pensión de alimentos para el hijo.

Promovido posteriormente por la esposa un juicio ejecutivo solicitando la ejecución de los pactos contenidos en la escritura de elevación a público del acuerdo, el Juzgado de Primera Instancia Número 39 de Madrid dictó sentencia de 19 de enero de 1.999, posteriormente confirmada por otra de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2.002, declarando la nulidad del juicio ejecutivo por iliquidez de la deuda reclamada.

En esa situación, en el mismo año 2.002 la esposa inició un juicio ordinario solicitando la declaración judicial de que su excónyuge tenía la obligación de asumir el abono de la cantidad mensual pactada y de entregar el piso acordado, y además debía indemnizarla por los daños y perjuicios ocasionados por su

incumplimiento. El demandado contestó la demanda oponiendo la concurrencia en el otorgamiento del acuerdo de intimidación y falta de consentimiento, dada la situación personal que le afectaba en el momento de firmarlo, la nulidad de la promesa de donación, la revocación de ésta por superveniencia de hijos, la concurrencia de cosa juzgada, la prescripción y la nulidad del pacto por infracción del artículo 1.256 del Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, que conoció del procedimiento, dictó el 19 de abril de 2.004 sentencia por la que desestimó íntegramente la demanda, afirmando que no existió vicio del consentimiento por parte del marido en el otorgamiento del pacto, ni concurría cosa juzgada ni prescripción, y fundando su pronunciamiento denegatorio en los siguientes argumentos:

- Que *“la ruptura de la relación matrimonial quedó a la libre voluntad de la esposa, por lo que se llega a la conclusión de que el contrato referido carece de toda validez y eficacia a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil”*.

- Que *“no existió una donación, sino una especie de mera promesa de donación que no reúne las condiciones mínimas para que como tal pueda obligar, toda vez que su objeto lo constituye un bien futuro, un piso o apartamento que se desconoce, que ni siquiera forma parte del patrimonio del donante y cuya determinación y adquisición queda a la libre voluntad del donatario, en contra de lo dispuesto en el Código Civil sobre la donación como modo de adquirir la propiedad, concretamente en los artículos 635 y 633”*.

Razonamiento este último que, aun fortaleciendo argumentalmente la desestimación en que la sentencia concluye, podría considerarse una superabundancia, en la medida en que el primero vendría a proyectarse sobre el pacto otorgado en su totalidad, abarcando tanto la obligación de pago de la cantidad económica como la de donación del inmueble.

Recurrida esta sentencia por la esposa, la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó otra el 20 de marzo de 2.007 por la que confirmaba la de primera instancia en su totalidad. La fundamentación de esta segunda resolución se concentra en dos argumentos distintos: de una parte, reitera que la circunstancia de que en el acuerdo se permitiera que la separación pudiera quedar a la libre voluntad de la esposa, no haciendo surgir las consecuencias

económicas pactadas –exclusivamente- de una decisión en tal sentido del esposo o de ambos cónyuges, incardinaba ese acuerdo en el artículo 1.256 del Código Civil, al dejar al arbitrio de la esposa su cumplimiento; y de otra, que el hecho de que ésta no hubiera intentado hacer valer estos pactos en el procedimiento matrimonial anteriormente tramitado suponía una novación de los mismos, implicando una renuncia tácita a los derechos que pudieran corresponderle.

Y así llegamos al recurso de casación que la trascendental sentencia de nuestro más alto tribunal jurisdiccional resolvió.

En el primer párrafo de su fundamento de derecho segundo, la resolución condensa la delimitación de:

“las mismas dos cuestiones que se han venido planteando a lo largo del litigio: la relativa a la validez de los pactos que ponen fin a una situación de separación de los cónyuges y prevén, a su vez, las consecuencias de una nueva crisis, y el contenido específico de estos pactos”.

Formulación sin duda adaptada a los perfiles del supuesto de hecho enjuiciado al venir referida a pactos otorgados con la finalidad de reiniciar la normal convivencia matrimonial, poniendo fin a la situación de separación, pero que aboca al análisis de todos los pactos prematrimoniales o matrimoniales otorgados en previsión de una eventual ruptura derivada de una futura (=nueva) crisis.

En los fundamentos de derecho tercero (rubricado *“La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas”*) y cuarto (rubricado *“Los requisitos para la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador”*), que integran el auténtico meollo de la sentencia, la Sala concluye en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges como fuente válida para el establecimiento de este tipo de pactos:

“siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1.261 del Código civil y no sólo esto sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato”.

Para llegar a esa conclusión, la Sala arranca de un doble punto de partida. En primer lugar, cita otros pronunciamientos anteriores del mismo tribunal⁴⁷ por los que se reconoce la validez y la eficacia de los pactos complementarios del convenio regulador, tanto los anejos o concomitantes con éste como los que se otorgan con posterioridad a él, y recuerda que los mismos, que surgen de la autonomía de la voluntad y no precisan aprobación judicial, constituyen un negocio jurídico bilateral en el que concurren los requisitos de consentimiento, objeto y causa, debiendo cumplirlos las partes en virtud de ese principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.255 del Código Civil y pudiendo, dentro de los límites de lo disponible, otorgarlos tanto para completar como para modificar lo establecido en el convenio regulador. Y en segundo lugar invoca otras sentencias anteriores por las que declara la validez de los contratos privados de liquidación de la sociedad de gananciales, al considerarlos también como auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia que tienen carácter contractual y que son manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas reconocido por la jurisprudencia⁴⁸.

Tras esas consideraciones, el tribunal parte de la eficacia de este tipo de acuerdos, y en concreto del sometido a su enjuiciamiento, que describe como:

“un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación”.

Y en lógica consecuencia, el primer apartado del fallo incorpora un terminante pronunciamiento de declaración de *“la validez del convenio regulador de fecha 30 de noviembre de 1.989”*. Pronunciamiento decisivo y cuya trascendencia jurídica como reconocedor de la admisión en nuestro Derecho de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial de contenido económico es indiscutible.

Los siguientes apartados del fallo, referidos al concreto acuerdo objeto de enjuiciamiento, encuentran su justificación jurídica en los fundamentos de derecho quinto, sexto y séptimo de la sentencia, de los que también resulta la evidencia de que, más que ese reconocimiento abstracto de la validez misma, la

⁴⁷ Ss. de 22 de abril de 1.997; 21 de diciembre de 1.998; 23 de diciembre de 1.998 y 17 de octubre de 2.007.

⁴⁸ Ss. de 22 de abril de 1.997; 15 de febrero de 2.002 y 17 de octubre de 2.007.

cuestión a analizar se centra en si el contenido del pacto se ajusta o no a los márgenes de la regulación concreta de cada supuesto a la luz de nuestro derecho positivo. De hecho, es justo reconocer que, aun no siendo concorde el pronunciamiento de casación con los recaídos en las anteriores instancias, las dos sentencias de instancia no basaron sus respectivas desestimaciones totales de la demanda en la imposibilidad de otorgar este tipo de pactos sino en la inobservancia de los límites legales. Esos apartados del fallo, y su fundamentación, también merecen un comentario. En ellos, la Sala se pronuncia sobre cada una de las dos cuestiones sometidas a su decisión a través del recurso.

Comenzando por la afirmación contenida en las dos resoluciones que antes recayeron, de que el pacto otorgado, por completo, conculca el artículo 1.256 del Código Civil porque deja al arbitrio de uno de los contratantes su cumplimiento, resuelve que de ningún modo es así. Para ello, tras aclarar que el hecho de que el contrato generara únicamente obligaciones para el marido no es indicio de ninguna anomalía contractual, cita algunas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las que se explica que ese precepto no tiene carácter absoluto, no pudiendo excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos⁴⁹, y afirma que la aplicación del precepto en este caso es:

“claramente contraria a las disposiciones reguladoras del contrato porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato”, pues “la obligación del esposo surgía fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación que pueden ser revisadas por esta Sala en aquéllos casos en que esto se produzca (STS de 14 de febrero de 2.010)”.

Desde el punto de vista técnico jurídico, la precisión del argumento es innegable: el precepto proscribía que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato, pero no que a la situación originadora del

⁴⁹ Ss. de 9 de enero de 1.995; 27 de febrero de 1.997 y 4 de diciembre de 1.998.

surgimiento de la obligación se llegue a partir de la decisión de un contratante, del otro o de ambos.

En consecuencia, la obligación de abono de la suma mensual pactada carece de obstáculos. La sentencia la reconoce declarando *“la validez de la pensión acordada por los cónyuges a cargo del marido”*. Y aclara que este derecho de la esposa a obtener una renta mensual:

“es independiente de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria, pues estos pactos tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios”.

Con lo que, en definitiva y al proyectarse sobre el supuesto que se juzgó, se admite la posibilidad de establecer esta clase de prestaciones -válidas en convenios, simultáneos o posteriores, complementarios al convenio regulador de la separación o el divorcio- en pactos otorgados con anterioridad a la crisis conyugal.

En dos renglones, la sentencia contradice el argumento contenido en la de apelación que se refiere a la renuncia tácita derivada de la no aportación del pacto al proceso matrimonial, pues al no tratarse de un convenio regulador stricto sensu no debía aportarse. Evidencia no sólo procesal sino también sustantiva que, con toda seguridad, llevó a la Sala a no detenerse en la exposición de otros argumentos conducentes a igual conclusión.

El último asunto sometido al conocimiento de la Sala es el relativo a la donación o promesa de donación. Se resuelve su nulidad *“por tratarse de donación de una cosa futura indeterminada”*, explicando que choca con dos obstáculos: en primer lugar vulnerar, como vulnera, el artículo 635 del Código Civil, que establece que:

“la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquéllos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”.

Y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; y en segundo lugar que desde la sentencia de 6 de junio de 1.908 la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la no validez de la promesa de donación,

citando varias sentencias que proclaman que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles y califican la promesa de donación como una donación incompleta carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren los requisitos legales, incluyendo la aceptación del donatario⁵⁰.

Obstáculos que, como se aprecia, no surgen de la admisibilidad como tal del pacto prematrimonial en previsión de ruptura, sino de las exigencias legales afectantes en concreto al negocio jurídico a otorgar que constituye el objeto del mismo. Nada impide, por lo tanto, pactar para el supuesto de futura ruptura matrimonial una promesa de otorgamiento de otra clase de negocio jurídico traslativo de derechos patrimoniales ceñido a las exigencias que le sean propias, o establecer para el mismo caso una obligación unilateral de igual naturaleza no proscrita por el ordenamiento.

Para completar el estudio de la sentencia, sólo resta añadir que al estimar parcialmente la casación y asumir por ello la instancia, rechaza las excepciones propuestas por el demandado salvo, en aplicación del artículo 1.966.3º del Código Civil, la de prescripción, considerándola concurrente con respecto a las sumas devengadas desde la sentencia de separación y con anterioridad al tiempo de cinco años contados desde la demanda iniciadora del procedimiento ordinario.

6.2. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 2.015

Aunque no merezca ser recibida como auténticamente innovadora ni como instauradora del reconocimiento de la admisión del pacto prematrimonial en nuestro Derecho, la sentencia dictada por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo el día 24 de junio de 2.015⁵¹ puede marcar un hito a partir del que esa admisión resulte definitivamente indiscutible. Tanto su texto, que se adereza con la cita de las regulaciones de derecho foral y autonómico que se han mostrado audaces no sólo al reconocer en abstracto la legalidad del negocio conyugal

⁵⁰ Ss. de 27 de junio 1.914; 25 de abril de 1.924; 22 de enero de 1.930; 21 de noviembre de 1.935; 21 de junio de 1.945; 22 de junio de 1.982; 23 de diciembre de 1.995; 6 de febrero de 1.996; 19 de junio de 1.999, 25 de noviembre de 2.004 y 24 y 25 de enero de 2.008.

⁵¹ CENDOJ: ROJ: STS 2828/2015.

prematrimonial sino al delimitar su contenido con ensanchados contornos, y con clara inspiración -que si no inspiración sería muy acusada coincidencia- en el Derecho de los Estados Unidos de América, disipa cualquier duda sobre ese extremo y, otras cuestiones más concretas aparte, opone fundadamente un definitivo freno a aquéllas otras tendencias menos abiertas o más conservadoras, como se prefiera, que encuentran normalmente sus orígenes en criterios u opiniones difícilmente compatibles con el ritmo de los acontecimientos y de la forma de vivir de nuestra sociedad actual.

Esta sentencia no recae en un procedimiento ordinario, sino de separación matrimonial.

Los litigantes, una médico y un abogado, ambos divorciados de anteriores uniones, contrajeron matrimonio el día 8 de agosto de 2.003. Los dos ejercían sus profesiones respectivas, contaban con experiencia profesional y se hallaban en situaciones económicas desahogadas. Cuatro días antes de casarse otorgaron dos documentos notariales: una escritura de capitulaciones matrimoniales estableciendo para su proyectado matrimonio el régimen de separación de bienes y otro instrumento público, cuya calificación no consta en la sentencia, en el que acordaron que en el supuesto hipotético de que su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, el esposo abonaría a la esposa por todos los conceptos y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos euros, actualizable anualmente por aplicación del IPC.

Siete meses más tarde y contraído el matrimonio proyectado, el esposo compareció ante el mismo notario y otorgó un documento notarial (la sentencia tampoco menciona su calificación) en el que, con referencia al anteriormente otorgado, puntualizaba que la aplicación de la actualización anual del IPC empezaría a contarse a partir de la boda, es decir, el 8 de agosto de 2.003.

Entre octubre de 2.008 y junio de 2.009 el matrimonio atravesó una crisis durante la cual quedó interrumpida la convivencia, realizando a lo largo de ella el esposo a la esposa transferencias periódicas mensuales de 1.425 euros, suma resultante de redondear al alza la que correspondería por aplicación a la de 1.200 euros del IPC desde el 8 de agosto de 2.003, ascendente a 1.412,21 euros.

Reconciliados los cónyuges, se reanudó la convivencia hasta que en febrero de 2.010 se produjo la definitiva ruptura, interponiendo la esposa el 18 de junio

del mismo año la demanda de separación matrimonial que inició el proceso, en la que solicitó, además del pronunciamiento de separación, el cumplimiento del pacto otorgado⁵².

El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Sanlúcar de Barrameda dictó sentencia el día 16 de noviembre de 2.012 por la que, entre otros pronunciamientos añadidos al de la separación matrimonial, declaró la nulidad de pleno derecho y la consiguiente ineficacia del acuerdo, desestimando la petición de la esposa de que el esposo le abonara la suma mensual pactada, debidamente actualizada. El Juzgador consideró violado el principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en el artículo 1.328 del Código Civil y en los apartados 1 y 2 del artículo 32 de nuestra Constitución, afirmando que el pacto limitaba el derecho a la separación matrimonial y colocaba a uno de los cónyuges (el marido) en desigualdad con respecto al otro, por lo que se imponía la nulidad de las cláusulas impuesta por el precepto citado. Además, argumentando que la demandante carecía de necesidad y no había sufrido desequilibrio económico a consecuencia de la separación, concluyó afirmando que la renta pactada no era asimilable a una pensión alimenticia o compensatoria.

Apelada la sentencia por la esposa, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia el día 26 de julio de 2.013 por la que estimó parcialmente el recurso y revocó la de instancia, decretando que el esposo debía abonar a la esposa, según el acuerdo otorgado por ambos, la cantidad reclamada, revisable de conformidad con el IPC, y ello con carácter vitalicio y desde la fecha de presentación de la demanda.

En esta segunda resolución se explica, en primer lugar, que el pacto debe reputarse válido porque no sólo no existieron vicios del consentimiento, sino que ni siquiera fueron alegados por las partes, añadiéndose que el hecho de que se pactase el pago de un renta mensual sólo por el esposo no supuso anomalía contractual ni afectó al derecho de igualdad de los cónyuges, pues tal pacto fue sólo reflejo del derecho de libre disposición patrimonial de éstos y no provocó situación de superioridad, supremacía o autoridad para uno y correlativa sumisión o dependencia para el otro.

Enfatiza la resolución que en el acuerdo:

⁵² También se solicitó el abono de determinada cuota de un préstamo hipotecario en concepto de contribución a las cargas familiares.

“la renta vitalicia a cargo del esposo y en favor de la mujer se establece para los supuestos de crisis y separación conyugal, con independencia o abstracción del agente o contingencia provocadora, de la iniciativa individual o conjunta de la interrupción de la convivencia y eventual formalización judicial de la solicitud en vía contenciosa o de mutuo acuerdo”.

Lo que equivale a afirmar que no habiéndose supeditado el derecho al cobro de la renta mensual vitalicia a la concurrencia de una determinada causa o motivo de la separación, ni, aún menos, a quien hubiera sido su protagonista, ni a que el cese de la convivencia obedeciera a una decisión conjunta de ambos cónyuges o individual de uno determinado de ellos, ni tampoco a que el procedimiento judicial fuera promovido por uno de ellos en vía contenciosa o por ambos de mutuo acuerdo, sino, simplemente, al hecho de la separación matrimonial objetivamente producida, *“no es posible en nuestro caso apreciar quiebra alguna del principio de igualdad”.*

Conclusión que la resolución también basa en la circunstancia de que:

“los otorgantes son personas maduras, con fallidas experiencias anteriores, cumplidamente formadas en enseñanzas universitarias y dilatado ejercicio en el campo de la medicina y el derecho, especialmente significativo, en lo que ahora analizamos, en el esposo que asume la obligación económica, de profesión abogado, tal y como se explicitaba en consideraciones anteriores, usando ambos de su libertad en una sociedad moderna y abierta como la actual, de modo que ningún reparo puede ser opuesto en tal sentido”.

Por lo demás, la Audiencia Provincial reforzó su decisión con fundamento en la teoría de los actos propios a la vista del comportamiento del esposo, quien, ya contraído el matrimonio, acudió solo al notario para complementar el pacto precisando el dies a quo de la actualización, y además abonó durante la primera crisis conyugal el importe mensual de la renta convenida, incluso redondeado al alza.

Contra la sentencia de segunda instancia el esposo interpuso:

“recurso de casación por interés casacional, entendiéndose que la resolución infringió los arts. 6.2, 1.255, 1.256, 1.328 y 90, párrafo tercero, del Código Civil y ante la constancia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales

sobre el problema planteado sin que exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicha cuestión”

Citando las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2.011 que hemos comentado, y las de 4 de noviembre de 2.011, 20 de abril de 2012 y 25 de marzo de 2.014.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial en todos sus términos, añadiendo en la fundamentación de la de casación una serie de argumentos que arrancan del:

“profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando, valorable en la interpretación de las normas por mandato expreso del artículo 3.1 del Código Civil y en el que la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pactos entre cónyuges que proclaman el artículo 1.323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (artículo 1.255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los artículos 231-19 del Código Civil Catalán y en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana”.

De este actual estado de cosas, la sentencia deduce que:

“no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites de los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores si los hubiere”

Proclamando la aplicabilidad a ellos, por analogía, del artículo 90.2 del Código Civil, precepto que en los procesos matrimoniales proyecta sobre los hijos el mandato protector de la familia y de la infancia que el artículo 39 de la Constitución eleva a rango constitucional.

De este modo, el fundamento de derecho quinto de la sentencia, tras recoger una breve y superficial referencia a la forma de los acuerdos prematrimoniales - desaprovechando tal vez, aunque no fuera ese el objeto de la controversia, la ocasión de incidir en los requisitos extrínsecos de validez de estos pactos-, condensa en dos párrafos lo que en la doctrina científica muchas voces estaban ya sosteniendo, al afirmar que en el mundo en que vivimos este tipo de pactos es

una realidad contra la que ni se puede ni existe ninguna razón para ir, siempre que en ellos se respeten esos principios fundamentales impuestos por la ley, por la moral y por el orden público que en definitiva constituyen el sustrato de los límites que nuestra Constitución y nuestras leyes ordinarias imponen a los negocios jurídicos en general y a esta clase de negocios en particular. Negocios a los que, al constatar la inexistencia de prohibiciones legales para otorgarlos, la sentencia se refiere en general como “los denominados pactos prematrimoniales” pese a que enjuicia un caso muy específico, quizás el más imaginable, de pacto prematrimonial de contenido exclusivamente económico y sólo para el caso de ruptura.

Al abordar en el fundamento de derecho sexto de la sentencia el estudio de los preceptos legales esgrimidos por el recurrente en apoyo de su pretensión casacional, el Tribunal comienza por negar que se trate de un supuesto de renuncia de derechos o de ley aplicable proscrito por el artículo 6.2 del Código Civil, que el esposo cita como infringido. Y para ello razona que:

“lo acordado por las partes no tiene su fundamento ni 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”.

Argumento que más coloquialmente podría enunciarse así: si la ley aplicable sólo establece para el caso de separación matrimonial y con respecto a los cónyuges, que no dejarán de serlo por el hecho de separarse, dos consecuencias económicas distintas, que son la pensión alimenticia, basada en la necesidad del cónyuge alimentista, y la compensación del artículo 97 del Código Civil, fundada en el desequilibrio que dicho precepto contempla, y ni una ni otra situaciones se han producido porque ambas partes gozaban de una saneada economía (la sentencia no precisa si, pese a que dicha situación existiera tanto en el momento de la concertación del pacto como en el de la ruptura, debe atenderse a uno de ellos en concreto o a ambos), no es posible sostener que la ley aplicable o los derechos que la misma establece hayan sido violados por el pacto.

Tras calificar el negocio jurídico concertado como un pacto atípico que como tal tiene perfecto encuadre en el art. 1.323 del Código Civil, precepto que faculta a los cónyuges para transmitirse bienes y derechos por cualquier título y celebrar entre sí toda clase de contratos, no aprecia tampoco el Tribunal que su

concertación conllevara violación de la ley, la moral o el orden público, como límites impuestos a la autonomía de la voluntad por el artículo 1.255 del Código Civil:

“pues estos pactos tienen ya cabida en los ordenamientos autonómicos y en otros Estados de la Unión Europea y refrendo normativo en los artículos 1.323 y 1.325 del Código Civil”.

Por lo que se descarta que pueda considerarse que estos pactos, de forma genérica y por el mero hecho de ser otorgados, deban ser proscritos por el ordenamiento por determinar cualquier clase de anomalía en el matrimonio tal y como éste se concibe en nuestra realidad jurídica y social actual.

El cumplimiento del pacto tampoco queda al arbitrio de uno de los contratantes, lo que sin duda prohibiría el artículo 1.256 del Código Civil, siguiente precepto que el recurrente cita como infringido. Explica el Tribunal que como acuerdo fue negociado, tal y como se deduce de su posterior modificación y concreción en cuanto a la fecha de cómputo del devengo de la renta vitalicia, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia; Y a renglón seguido, proclama:

-Que no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los cónyuges se encontraba en situación económica comprometida.

Descartar de forma expresa que el pacto suponga promoción de la crisis equivale a plantear la posibilidad de su ineficacia en el supuesto de que hubiera sucedido lo contrario. El argumento de la inadecuación al orden público de determinados pactos prematrimoniales por fomentar la ruptura del matrimonio, repetidamente invocado en los primeros pronunciamientos recaídos en esta materia en los Estados Unidos de América, fue radicalmente corregido a partir de las sentencias *Del Vecchio v. Del Vecchio* e *In remarriage of Dawley*, quedando instaurado a partir de ellas el criterio de que en ninguna sociedad puede el orden público condenar a un cónyuge a toda una vida de miseria como única alternativa al oprobio del divorcio, de modo que, aun siendo cierto que sería contrario al orden público el pacto que en efecto fomentara la ruptura, el que simplemente regula las consecuencias de ésta para el caso de que se llegue a producir, obviamente partiendo de la premisa de que el matrimonio no es necesariamente

permanente o indisoluble, ni excluye la vocación propia o esencial de permanencia de la relación matrimonial ni es contrario al orden público.

En esta cuestión, la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo relaciona el posible fomento de la crisis con la situación económica comprometida de un cónyuge, sin duda por entender que esta circunstancia, unida a la posterior ruptura, podría generar la presunción de que el matrimonio se buscó con finalidades económicas espurias y que el pacto fue el vehículo utilizado para ello, conclusión a la que sobre todo podría llegarse si el promotor de la separación o del divorcio, o el causante de la ruptura, fuera el beneficiario del pacto. Pero aunque en algunas ocasiones es posible que así sea, simplemente a partir de tal situación no es razonable alcanzar con automaticidad esa conclusión, siquiera puramente presuntiva -ni tampoco es eso lo que la sentencia expresa ni lo que quiere expresar-, debiendo atenderse a las circunstancias del caso concreto para decidir si en efecto el pacto contraría el orden público al propiciar esa vocación de permanencia que es inherente al matrimonio.

- Que 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 esposos una saneada economía, lo que impide limitar los efectos de los pactos que libremente acordaron.

- Que de los pactos tampoco resulta que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante.

Estos dos apartados de la sentencia traen al pensamiento los dos primeros requisitos del "Test Scherer" del Derecho norteamericano, referidos al imprescindible conocimiento por cada uno de los otorgantes, en el momento de suscribir el pacto, de la situación patrimonial real del otro, lo que posibilita que el consentimiento prestado por ambos lo haya sido en condiciones de auténtica igualdad, y a la necesaria inexistencia de desproporción, de esa unconscionability referida de forma expresa, aunque genérica, en la Uniform Premarital Agreement Act, desarrollada con mayor precisión en las legislaciones particulares de los estados y que viene a coincidir con la injusticia sustancial de los Principles of the Law of Family Dissolution⁵³.

⁵³ Como en anteriores pasajes expliqué, en estas regulaciones se evolucionó desde la enunciación genérica de la UPAA, referida a la desproporción apreciada exclusivamente

- Que tampoco puede afirmarse que el pacto haya sumido al cónyuge no beneficiario en una situación de precariedad que genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas, ni la insuficiencia de medios que podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público.

Fue en el caso *Osborne v. Osborne*, resuelto en 1.981, cuando la Corte de Apelación de Illinois incluyó, entre los ejemplos de situaciones que podrían dar lugar a la nulidad del pacto como contrario al orden público, aquella en la que, como consecuencia de su aplicación, se convirtiera en beneficiario de una pensión o ayuda a cargo del estado el renunciante que sin esa renuncia no lo sería. Incorporada poco después, para ese mismo caso, dicha prevención de ineficacia a la Uniform Premarital Agreement Act, su fundamento sigue actualmente radicando en que el juego de la autonomía de la voluntad no puede convertir al Estado en obligado a satisfacer unas sumas que en otro caso correrían a cargo del peculio del cónyuge que fue negocialmente exonerado. Palmaria contravención del orden público que nuestro Tribunal Supremo también considera digna de ser analizada y cuya concurrencia desestima, simplemente, por no concurrir el supuesto de hecho que, en otro caso, podría haber determinado su estimación.

-Que, incluso interpretada con mayor flexibilidad que en otras épocas, no procede aplicar la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* para moderar o suprimir la obligación de pago de la renta vitalicia, pues ni se produce un aumento extraordinario y sobrevenido de la onerosidad de las prestaciones, ni tampoco la imprevisibilidad en el momento del pacto de la situación actual de los cónyuges, que mantienen una situación financiera desahogada, igual que la que existía en el momento de concertar el pacto.

en el momento de la concertación del pacto, hasta la posible contemplación de esa situación también en el momento de su ejecución, si fuera entonces cuando se produjera una desproporción que permitiría que un acuerdo inicialmente válido pudiera ser revisado por el tribunal. Las soluciones de las diferentes regulaciones y pronunciamientos judiciales en esta cuestión de la apreciación de la desproporción en el momento de la concertación, en el del cumplimiento o en ambos son diversas, predominando, no obstante, las que entienden que sólo la concurrente en el momento de la concertación invalida el negocio. La invalidez debida a un desequilibrio en el momento del cumplimiento se ha relacionado recientemente con el cambio de circunstancias.

Se trata del último requisito del “Test Scherer”, que exige para la eficacia del pacto que, en el momento de ser aplicado, las circunstancias que existían en el momento de su concertación no hayan cambiado de tal manera que su ejecución resulte injusta o desproporcionada. Es la misma influencia del requisito de la proporción en el momento del cumplimiento, si se quiere contemplado desde una panorámica distinta. No obstante, sólo en los pronunciamientos judiciales más recientes, y no en todos los estados de Norteamérica, se ha llegado a incorporar, tomando la sentencia Scherer como punto de apoyo, el cambio de circunstancias como causa de ineficacia de un acuerdo válido en el momento de su concertación, exigiéndose en todo caso muy rígidos requisitos para apreciar su concurrencia, aludiéndose a un cambio dramático y debido a circunstancias imprevisibles e inusuales que en definitiva motivarían la aplicación de esa solución en cualquier otro tipo de contrato y sin necesidad de acudir para su justificación a principios tuitivos de derecho público, tales como los de la protección a la familia o a los menores.

La sentencia de nuestro Tribunal Supremo, al afirmar en sus pasajes finales que debe analizarse, se plantea la aplicabilidad al supuesto que enjuicia de la cláusula rebus sic stantibus. Y sigue, para desestimarla, unos criterios paralelos a los seguidos en muchos de los pronunciamientos norteamericanos más recientes que acabamos de citar -argumentos que, en referencia un acuerdo propiamente matrimonial, también se contienen en la sentencia recaída en Inglaterra en el caso *Mc. Leod v. Mc Leod*- e inspirados en la misma concepción restrictiva: el cambio debe ser extraordinario y sobrevenido además de imprevisible, y determinar una especial onerosidad. De igual modo, la resolución invoca la cláusula como un mecanismo corrector de la injusticia del caso concreto en la aplicación de los contratos, a tener en cuenta según los criterios generales y sin diferenciar entre ellos tipos negociales determinados.

La última frase de su fundamento de derecho sexto contiene un aserto a partir de cuya simpleza puede entenderse bien la gran significación de la sentencia: en definitiva, el precepto aplicable al caso es *“el artículo 1.258 del Código Civil, que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos”*. Afirmación mediante la que el Tribunal está catalogando el acuerdo prematrimonial sobre consecuencias económicas de la ruptura como un contrato más, un simple contrato más que, como es elemental, debe ser cumplido. No hay

otras consideraciones, otros tintes restrictivos ni un régimen jurídico peculiar: se trata de un negocio con unos perfiles determinados en cuanto a las partes, a su contenido y a sus límites, pero en definitiva de un contrato que, con esas precisiones, es vinculante, válido y eficaz.

VII- LA FORMA DEL PACTO

VII- LA FORMA DEL PACTO

7.1. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA ESCRITURA PÚBLICA

Los pactos prematrimoniales constituyen negocios jurídicos de Derecho de familia que a día de hoy no encuentran en el Derecho civil común una regulación legal específica. Se trata de negocios atípicos que, por esa misma razón, no están tampoco llamados por la ley a revestirse, para alcanzar validez, de específicos requisitos de forma que excedan de los que en cada situación concreta, y atendido su contenido, pueda exigir el Código Civil para dotarles de eficacia probatoria, en unas ocasiones, o para su mismo nacimiento al mundo del Derecho, en otras.

No es extraño, aun así, que la doctrina civilística se haya detenido con cierta frecuencia en el análisis de si estos negocios deben adoptar las solemnidades propias de las capitulaciones matrimoniales, si es suficiente para su perfeccionamiento el otorgamiento de escritura pública notarial no necesariamente calificada como tal, o si basta con su formalización privada y por escrito. Su presumible complejidad y la de las cuestiones que están llamados a regular puede hacer comprensible que el análisis de la validez del acuerdo prematrimonial verbal se haya soslayado casi siempre, aventurando tal vez que serán muy pocos los contratos prenupciales que se acuerden verbalmente y sin dar un paso más hacia su constancia escrita. Ciertamente. Pero aun siendo así, creo que puede realizarse otro pronóstico: el de que si efectivamente la concertación de este tipo de negocios sigue proliferando y sus avatares se plantean cada vez más, como es seguro, en los tribunales de justicia, no faltarán casos en los que se pretenda conseguir el cumplimiento de un acuerdo prematrimonial verbal.

Como ya hemos recordado, el derecho continental, a diferencia del anglosajón, reconoce en las capitulaciones matrimoniales una institución jurídica típica de Derecho de familia llamada a incidir sobre los aspectos patrimoniales del matrimonio y, más concretamente, sobre su régimen económico. Es lógico, por lo

tanto, que no sólo quienes se deciden a otorgar un pacto prenupcial, sino también la doctrina científica, hayan buscado su encaje formal en el instrumento que a lo largo de los años ha servido de escenario al juego de la autonomía de la voluntad de los esposos o futuros esposos.

El artículo 1.325 del Código Civil establece 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”.

A la luz de este precepto, surge inicialmente el planteamiento de dos cuestiones distintas: la primera, si las capitulaciones matrimoniales son un instrumento formal válido de un acuerdo prematrimonial; y la segunda, y de ser así, si son el único instrumento formal posible, e imprescindible para que éste tipo de negocio llegue a perfeccionarse, o si, por el contrario, el pacto puede llegar a obligar adoptando una forma distinta.

Ciertamente, las capitulaciones matrimoniales parecen ser el vehículo formal más apropiado, incluso el más idóneo, de un acuerdo prematrimonial. Pero ocurre que ese acuerdo no se habrá perfeccionado necesariamente al otorgarse las mismas y no antes, ni por razón de ellas, sino por la concurrencia de los requisitos exigidos por el Código Civil para la existencia y perfeccionamiento de los contratos en sus artículos 1.254, 1.255, 1.258 y 1.261. De manera que, aun emitido el consentimiento válido en la formalización capitular, es ese consentimiento, y no la forma, lo que perfecciona el negocio.

Siguiendo mayoritariamente esta línea de entendimiento, no existen serias dudas en la doctrina al considerar que este negocio atípico no está sujeto a especiales requisitos formales. Sería un contrasentido exigir a priori determinadas solemnidades a un negocio no regulado legalmente como tal. En esta dirección, y entre otros, REBOLLEDO VARELA, PINTO ANDRADE, GONZÁLEZ DEL POZO y MARTÍNEZ ESCRIBANO afirman que el pacto prematrimonial está amparado por el principio de libertad de forma, no siéndole aplicables, en principio, otras exigencias de eficacia que los que resultan de los artículos 1.278 a 1.280 del Código Civil⁵⁴, pues lo realmente importante es que concurren los

⁵⁴ REBOLLEDO VARELA, A.L., “Pactos en previsión de la ruptura matrimonial”. Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias, vol. I, Aranzadi, 2.008, p. 742. PINTO

requisitos de consentimiento, objeto y causa requeridos por el artículo 1.261 y que no se traspasen los límites de la ley, la moral y el orden público impuestos por el 1.255 para que el contrato exista, quede perfeccionado y obligue en los términos de los artículos 1.254 y 1.258.

Ahora bien, la indiscutible conveniencia de que el pacto prematrimonial se formalice públicamente, para reforzar sus garantías y disfrutar de las ventajas que la escritura pública supone sobre el documento privado, obliga a plantearse la cuestión de si cabe incluir el pacto prematrimonial en el contenido propio de las capitulaciones matrimoniales.

DÍEZ PICAZO Y GULLON BALLESTEROS, al comentar la descripción del objeto de las capitulaciones matrimoniales contenida en el artículo 1.325 del Código Civil, distinguen un contenido estricto, previsto en la primera frase del precepto, en la que se expresa que *en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio*, de otro más amplio que estaría sustentado por la segunda frase, tras la conjunción “o”: *cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*; y entienden que cualquier estipulación no relacionada con el régimen económico del matrimonio no será en rigor una estipulación capitular.

Al referirse a esta cuestión, PINTO ANDRADE recuerda a los “autores que podríamos denominar clásicos”, afirmando que en sus manuales no encontraremos los pactos en previsión de ruptura como uno de los acuerdos posibles dentro de las capitulaciones matrimoniales⁵⁵, y que existen autores que han entendido que las capitulaciones matrimoniales siempre deben mirar al matrimonio que convive, al estar diseñadas para contener la regulación del régimen económico del matrimonio, cuya vigencia los cónyuges presuponen, lo

ANDRADE, C. “Pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura”. Bosch. Barcelona, 2.010, p. 58. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Pactos prematrimoniales”. Tecnos. Madrid, 2.011, p. 208. GARCÍA RUBIO, M.P. “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia”. *Jornades de Dret Català a Tossa de Mar*, segunda ponencia. Tossa de Mar, 2.014, p.2.

⁵⁵ PINTO ANDRADE, C. “Pactos matrimoniales...”. Op. cit., pag. 57.

que excluiría los pactos en previsión de la ruptura y cualquier otro que introdujera una regulación más allá del matrimonio⁵⁶.

Pero actualmente esta cuestión parece superada, no sólo admitiéndose que cabe establecer estos pactos en capitulaciones sino considerándolas el vehículo o instrumento idóneo para ello, su sede natural. Se alcanza esta conclusión escrutando todos los contenidos que es posible incluir en el citado artículo 1.325:

- El pacto de establecimiento de un determinado régimen económico matrimonial para la unión conyugal proyectada o ya existente, así como el de su modificación o sustitución, son, por esencia, acuerdos prematrimoniales o matrimoniales. No cabe duda de que es precisamente en capitulaciones matrimoniales donde dichos pactos deben otorgarse, como requisito de forma ad solemnitatem.

Añádase a ello que en el segundo párrafo del artículo 1.341.2, el Código Civil exige la forma capitular en el supuesto de donación entre futuros esposos de cualquier clase de bienes futuros para caso de muerte, y en el artículo 826 incluye igual exigencia para la promesa de mejorar o no mejorar.

- Cabe establecer también en capitulaciones matrimoniales cualesquiera otras disposiciones relativas al régimen económico matrimonial, en sentido amplio, tales como acuerdos sobre administración de bienes comunes o liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, en cuanto a estas disposiciones y a todas aquéllas otras distintas de las que abarca la primera frase del precepto, la jurisprudencia ha admitido también la validez de la formalización privada, tanto en el documento otorgado con esa precisa finalidad como en el convenio regulador de los efectos de la separación o el divorcio que posteriormente no se incorpora a un proceso judicial o no llega a ratificarse en el seno de éste.

- Y cabe establecer también disposiciones que no afectan el régimen económico matrimonial, tanto las que se refieren a asuntos patrimoniales o económicos ajenos a ese régimen, tales como la compensación por ruptura o las prestaciones alimenticias, como las que inciden sobre otros aspectos propios de los derechos y deberes puramente personales de la relación conyugal. Para

⁵⁶ Cita a CABEZUELO ARENAS, A.L., en “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?” Aranzadi Civil, num. 18, 2.004, p. 2.391.

sostener esta última afirmación, se debe partir de la interpretación del alcance de la segunda frase del artículo 1.325, aplicando los criterios hermenéuticos ofrecidos por el artículo 3 del Código Civil.

La descripción realizada por el legislador es, en primer lugar, gramaticalmente dudosa e imprecisa⁵⁷. Al afirmar que los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir “*el régimen económico de su matrimonio*” o cualesquiera otras disposiciones por razón “*del mismo*”, la expresión “del mismo” podría entenderse referida en general al matrimonio o en particular al régimen económico del matrimonio. No cabe duda de que habría sido preferible otra redacción.

Desde las posturas más conservadoras, fundamentadas principalmente en la función que históricamente han cumplido las capitulaciones matrimoniales como institución ligada al régimen económico conyugal, se ha evolucionado hacia otras menos rígidas que comprenden en su ámbito los pactos de contenido patrimonial⁵⁸, hasta llegar a las más modernas que admiten sin ambages la inclusión en capitulaciones de cualesquiera pactos que se refieran al matrimonio y se adopten entre los cónyuges, incluyendo los de contenido puramente personal⁵⁹.

⁵⁷ En el “Esbozo de una nueva Gramática de la Lengua Española” publicado por la Real Academia Española (Espasa-Calpe, Madrid, 1.982, p. 212) se explica que “conviene llamar la atención sobre el empleo abusivo que la prosa administrativa, periodística, publicitaria, forense y algunas veces la prosa técnica hacen hoy del anafórico *el mismo, la misma*, por considerarlo acaso fórmula explícita y elegante. Pero no pasa de ser vulgar y mediocre, y cualquiera otra solución: pronombre personal, posesivo, etc., es preferible: *Fue registrado el coche y sus ocupantes* (no: *los ocupantes del mismo*); *La fecha es ilegible, pero se lee claramente su firma debajo de ella* (no: *debajo de la misma*); *trazado y apertura de hoyos* (no: *trazado de hoyos y apertura de los mismos*)...”

⁵⁸ En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, M., en “Comentarios a la reforma del “Derecho de familia, Vol. II, p. 1.522.

⁵⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D, en “Los acuerdos...” op. cit. pp. 29 y 30, cita a CABANILLAS SÁNCHEZ Y LACRUZ BERDEJO como partidarios de esta postura y hace una reflexión muy objetiva: “sin la dicción de este precepto, quizás sería admisible cualquiera de las posturas anteriores –las más restrictivas, aclaramos- interpretando el artículo 1.325 según su ubicación sistemática y en concordancia con la tradición y con el resto de las normas que componen el régimen jurídico de las capitulaciones, con continuas alusiones al régimen económico del matrimonio. Sin embargo, no podemos obviar el artículo 1.323 CC, en virtud del cual los cónyuges disponen de una libertad de contratación entre ellos igual a la que pudieran tener frente a cualesquiera sujetos del

Esta última tendencia encuentra su justificación más señalada en la libertad de contratación entre cónyuges reconocida en el artículo 1.323 del Código Civil, que permite a estos transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. Concepción que viene avalada no sólo por una interpretación gramatical del artículo 1.325, que desde luego no permite excluirla, sino también por la que, considerando otro criterio recogido en el artículo 3 del Código Civil, atiende a la realidad social del tiempo en que la norma se aplica, y que en nuestro país ya ha encontrado reflejo en pronunciamientos judiciales. En este sentido, en el año 2.001 la Audiencia Provincial de Granada proclamó la validez de un acuerdo prematrimonial de renuncia recíproca a la pensión compensatoria para caso de ruptura que fue formalizado por los futuros cónyuges en una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que pactaban para su proyectado matrimonio el régimen de separación de bienes. La sentencia explica que, aun siendo claramente atípica atendiendo a lo que se entiende por capitulaciones matrimoniales a tenor del artículo 1.325 del Código Civil, la cláusula es válida dado el carácter disponible de la pensión por desequilibrio⁶⁰.

tráfico, limitada sólo por el artículo 1.255 CC. Si los cónyuges pueden realizar entre ellos cualquier acuerdo siempre y cuando no vulnere la ley, la moral o el orden público ¿Qué impide que estos acuerdos se incluyan en el negocio capitular?"

En la misma línea se pronuncia MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos...", op. cit., p. 211: "Sin embargo, en un planteamiento más actual de la cuestión, quizás debería abandonarse el entendimiento y dar un sentido distinto al artículo 1.325 CC, que no impone literalmente como contenido necesario de las capitulaciones las estipulaciones sobre el régimen económico del matrimonio, sino que menciona éstas y las yuxtapone a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo". Ciertamente que en un modelo matrimonial marcadamente imperativo, en el que la libertad de pactos de los cónyuges queda reducida en la práctica básicamente a su régimen económico conyugal, esta cuestión constituirá el contenido típico de las capitulaciones, y es lógico que el artículo 1.325 CC se interprete en el sentido de identificar aquél como contenido capitular típico o esencial, pero manteniendo el mismo tenor literal del precepto en un contexto en el que la libertad de pactos de los cónyuges se amplía hasta permitir que alcance a ciertos extremos relacionados con la crisis matrimonial, tales pactos también podrían entenderse como contenido típico de las capitulaciones al mismo nivel que las estipulaciones relativas al régimen económico del matrimonio".

⁶⁰ En esta sentencia, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada el 19 de mayo de 2.001, la Sala termina concediendo una pensión compensatoria a la esposa en aplicación de la teoría de la adecuación de la base objetiva del negocio -que reconoce tímidamente admitida en algunas resoluciones del Tribunal Supremo-, dado el

Un acuerdo prematrimonial solemnizado en una escritura pública no calificada como de capitulaciones matrimoniales será igualmente válido siempre que no desborde los límites que objetivamente se imponen a este negocio. En realidad, y con las excepciones que ya cité, el que se utilice una u otra calificación del instrumento público en nada afectará a la validez del negocio, y tampoco las limitaciones que el Código Civil impone en concreto en su artículo 1.328 al pacto capitular desaparecerán de la escena jurídica por el hecho de que el acuerdo se contenga en una escritura pública distinta, incluso en un documento privado. La nulidad que en la regulación de las capitulaciones consagra el precepto citado, al disponer que será nula cualquier estipulación contraria a las leyes, a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que correspondan a ambos cónyuges, es sin duda la misma consecuencia a la que conduce la contravención del principio de igualdad entre los cónyuges derivada de un pacto prematrimonial otorgado de cualquier otra forma, pues ese principio, expresamente consagrado en el artículo 66 del Código Civil, proyecta su influencia sobre todas las manifestaciones de la regulación jurídica de la relación conyugal.

Aun cuando los acuerdos prenupciales puedan adoptar otra forma, y muchas veces la vayan a adoptar por razones diversas, económicas o puramente personales, como la decisión de los otorgantes de que sus pactos, de ser posible, no trasciendan a terceros, el otorgamiento de escritura pública, calificada de un modo u otro, conlleva una serie de indiscutibles ventajas de orden práctico:

-Por la fuerza y la eficacia probatoria de la que goza el documento público, por el mero hecho de serlo. En este sentido, el artículo 1.218 del Código Civil otorga al documento público eficacia probatoria, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, y con respecto a los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros. El documento público notarial goza, singularmente, de la presunción de validez y adecuación a la legalidad de su contenido que consagra el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

cambio que, en el momento de su aplicación, habían experimentado las circunstancias que concurrieron en el de la concertación del pacto. Pero con carácter previo y al referirse a la posibilidad de los pactos con vistas a una futura ruptura, aclara que el Tribunal Supremo no los rechaza.

- Porque al hallarse el notario obligado a transmitir a los otorgantes determinada información y también a dirigirles advertencias tendentes a preservar la validez del consentimiento prestado ante él, se refuerza la garantía de que los otorgantes expresan una voluntad verdaderamente autónoma, libre y consciente. Es muy atinada a este respecto la opinión que mantiene MARTÍNEZ ESCRIBANO⁶¹ cuando, al referirse a esta cuestión y sin negar la importancia de la intervención notarial, precisa no obstante que sería conveniente, especialmente en supuestos de existencia de patrimonios e intereses económicos de importancia, que antes de acudir al notario cada parte hubiera consultado a un abogado como garantía de protección de sus particulares intereses, concluyendo que, sin ánimo de dudar de la imparcialidad del notario, lo cierto es que sólo el abogado adopta una postura de defensa a ultranza de los intereses de su cliente, que deberá conciliarse con la defensa en sentido contrario ejercida por el abogado de la otra parte, llegando a un punto intermedio favorable a los cónyuges. Aunque la autora citada hable de mera conveniencia, es indudable que en su opinión trasluce la influencia del requisito de asesoramiento legal previo, o de haber tenido ocasión de recibirlo, instaurado en el Derecho norteamericano.

- Porque la escritura pública es un título inscribible en el Registro de la Propiedad⁶², y además permite el fácil acceso al original o la obtención de copias en cualquier momento a los legítimamente interesados en ello.

7.2. EL DOCUMENTO PRIVADO

En todos aquéllos supuestos a los que no resultan de aplicación las exigencias de formalización en escritura pública de capitulaciones matrimoniales

⁶¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos...", Op. cit., p. 210.

⁶² En cuanto al Registro Civil, las Dirección General de los Registros y del Notariado, partiendo de la prevención contenida en el artículo 1.333 del Código Civil, aclaró en resolución de 19 de junio de 2.003 que sólo es inscribible la escritura de capitulaciones matrimoniales que se refiere al contenido típico de éstas (concretamente, el previsto en la primera frase del artículo 1.325: instauración, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial) y no otros pactos que, aun incluidos en ellas, se refieran a previsiones para el caso de futura ruptura.

o de otra clase como requisito ad validitatem, el acuerdo prematrimonial es susceptible de formalizarse en documento privado, con el mismo valor entre los suscriptores y sus causahabientes, una vez reconocido legalmente, que la escritura pública, tal y como dispone el artículo 1.225 del Código Civil. Documento cuya fecha, además, será eficaz frente a terceros desde la producción de cualquiera de los acontecimientos descritos en el artículo 1.227 (sustancialmente, la entrega en oficinas o a funcionarios públicos o el fallecimiento de cualquiera de los firmantes), y que en los supuestos de los artículos 1.279 y 1.280 podrá ser elevado a escritura pública compeliendo a ello al otorgante que se niegue a hacerlo.

7.3. EL PACTO VERBAL

Con las mismas limitaciones en cuanto a su contenido, el acuerdo prematrimonial puede ser adoptado verbalmente. En recta aplicación de la teoría del contrato y de las previsiones normativas de nuestro Código Civil, cuyo artículo 1.278, en relación con el último inciso del 1.279, consagra el principio de libertad de forma en los contratos cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, no existen razones serias para negar esa posibilidad si el contrato satisface las exigencias del artículo 1.261 y por lo tanto se perfecciona, obligando desde entonces no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y la ley, prevenciones de carácter general que sólo se excluyen en aquellas ocasiones en las que el ordenamiento exige al negocio una determinada forma como requisito ad validitatem.

Al profundizar en los estudios doctrinales que analizan los requisitos de forma exigibles al pacto prematrimonial, se aprecia que los autores, aun preconizando la libertad de forma con los contornos que ya hemos trazado, no reflexionan acerca de la posible validez de un acuerdo prematrimonial verbal. Más que a lo escasamente sugestivo que en ocasiones puede llegar a resultar el estudio en profundidad y en general del tema de la forma del negocio jurídico⁶³,

⁶³ Hace años, LASARTE ÁLVAREZ ya reflexionaba sobre el escaso atractivo que el tema de la forma suscita a los autores, afirmando que “algunos de ellos omiten toda referencia al tema y los demás, sin excepción alguna, tras consideraciones introductorias

es posible que ello se deba a que no vislumbren un panorama de futuro muy poblado, ni siquiera escasamente poblado, de pactos prematrimoniales verbales, pues la trascendencia del matrimonio y su decisiva influencia en la vida personal, y normalmente también en la patrimonial, de los cónyuges o futuros cónyuges, hace lógico suponer que cualquier acuerdo que despliegue sus efectos durante la relación conyugal o a consecuencia de la ruptura de ésta se adoptará con cautela y revestirá, al menos, forma escrita. O quizás porque sea razonable opinar que, una vez producida la ruptura, quien sólo cuenta con la palabra no escrita del otro se muestre razonablemente temeroso y reacio a iniciar una ardua batalla judicial en la que la prueba no sólo del compromiso, adoptado tal vez muchos años atrás, sino también de los concretos matices y condiciones que en el pasado lo delimitaron para que fuera eficaz, resulte prácticamente imposible. O, incluso, porque la dinámica de los hechos pueda hacer dudar del mantenimiento o la subsistencia de la obligatoriedad de ese acuerdo dado el transcurso del tiempo, la superveniencia de hijos, el cambio de las situaciones económicas o patrimoniales, la posterior adquisición por los cónyuges de un patrimonio común, la iniciación de actividades comerciales o industriales compartidas por ellos, o tantas otras cuestiones que bien pudieran determinar a aquél contra el que se reclama la validez del acuerdo a argumentar que, más que de esto, se trató de un simple desideratum, de unos tratos preliminares que no cristalizaron o, incluso, de una previsión inicial que con el transcurso del tiempo y la evolución de la vida del matrimonio quedó eliminada y olvidada, no habiéndose formalizado su extinción porque tampoco su constitución se formalizó.

Razones que, en efecto, permiten pronosticar que serán pocas las ocasiones en las que se pretenda hacer valer en los tribunales de justicia la validez y la eficacia de un acuerdo prematrimonial verbal exigiendo su cumplimiento, dadas las enormes dificultades probatorias con las que la parte demandante se encontraría. Aunque pueda ser cierto, ello no obsta en absoluto ni a la posibilidad de que el pacto prematrimonial verbal haya quedado perfeccionado por el consentimiento así expresado, ni tampoco a la de que, soportada y superada por

de diferente índole y matiz, acordes con la obra correspondiente, han de referirse por separado a la forma de los contratos, los testamentos, los llamados negocios de Derecho de familia, etc...". LASARTE ÁLVAREZ, C. "Principios de Derecho civil I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2.002, p. 453.

la parte reclamante la pesada carga probatoria que le corresponde, pueda llegar a imponerse judicialmente su cumplimiento⁶⁴.

Un examen detenido de los litigios en los que se plantea la validez de contratos verbales permitiría alcanzar conclusiones hasta antes inesperadas. Nadie podría descartar a priori, por ejemplo, la posibilidad de que el dominio de una valiosa finca o de un lujoso vehículo se hubieran transmitido a través de un consentimiento expresado verbalmente y unido a la tradición, aun siendo evidentes las grandes dificultades probatorias aparejadas al primero de ambos requisitos traslativos. Dificultades que no tienen que ver con la perfección del negocio, sino con su prueba.

Además, tampoco debería asimilarse mentalmente siempre el pacto prematrimonial a un negocio de amplio objeto, de gran complejidad y otorgado con pretensiones de exhaustividad. Un acuerdo prematrimonial bien podría ceñirse, por ejemplo, a la simple previsión de que en el caso de ruptura un determinado bien de escaso valor y perteneciente a ambos cónyuges será adjudicado a uno de ellos, o a la de que un cónyuge deberá adquirir un bien semejante de terceros y transmitirlo al otro, y no cabe duda de que, en principio, la prueba en el foro de esta clase de acuerdos no acarrearía tan graves dificultades.

7.4. REFERENCIA A LA FORMA DEL PACTO EN LA SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2.015

No es posible concluir este apartado sin una referencia al fundamento de derecho quinto de la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo

⁶⁴ Ciertamente, en el Derecho comparado el acuerdo prematrimonial es un pacto sujeto a rígidos requisitos formales, hasta el punto de que en el norteamericano la obligatoriedad de la forma escrita está extendida en casi todos los estados, lo que en gran medida es debido a la exigencia de los demás requisitos que harían muy dificultosa la concertación verbal. Sin embargo, el acuerdo prematrimonial verbal también se admite en alguno de ellos; por ejemplo, en Florida, estado que no ha suscrito la UPAA, se admite el acuerdo verbal tanto en el caso de que se haya cumplido voluntariamente por ambas partes como cuando se realiza verbalmente antes de contraer matrimonio pero se documenta después, siendo válida la revocación tácita del acuerdo derivada de actos concluyentes.

de 24 de junio de 2.015 que ya he comentado. En él, el Tribunal Supremo comienza por afirmar que:

“El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1.327 y 1.333 Código Civil).

En cualquier caso, las capitulaciones no sólo afectarán al régimen económico matrimonial, sino también, con criterio flexible a cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1.325 CC).”

Resulta comprensible que, no siendo el objeto principal de la controversia entre las partes litigantes la cuestión de los requisitos generales de la forma del acuerdo prematrimonial, la referencia a ella sea así de lacónica. Así de lacónica pero altamente expresiva y clarificadora, porque la Sala deja claro que la expresión “cualquiera otras disposiciones por razón del mismo” no hace referencia al régimen económico matrimonial, o no sólo a él, sino en general al matrimonio; gramaticalmente, la dicción de la resolución no admite dobles interpretaciones.

Y el fundamento prosigue con esta reflexión:

“El profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 31. C. Civil) en 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 los cónyuges que proclama el artículo 1.323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1.255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los artículos 231-19 del Código Civil Catalán y en el artículo 25 de la Ley 10/2.007, 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...”

Sin ser agoreros, sin realizar pronósticos ni poder adivinar cuál será el futuro de nuestro sistema normativo en la materia, sí nos atrevemos a deducir de esas consideraciones que es como mínimo razonable sostener que en nuestro actual régimen normativo de Derecho civil común el pacto prematrimonial, al menos el otorgado en previsión de ruptura, ni debe entenderse sometido a rígidos requisitos de forma ni, por lo tanto, revestir necesariamente la de las capitulaciones matrimoniales. Y tal vez podría avanzarse más, pero no parece apropiado dadas las características del supuesto sometido a enjuiciamiento, en el que no existieron documentos privados ni acuerdos verbales.

7.5. LA FORMA DEL PACTO EN LOS DERECHOS FORALES Y AUTONÓMICOS

Las regulaciones de los pactos prematrimoniales en Derecho foral y autonómico que ya hemos comentado incluyen, como también anticipamos al hacerlo, referencias a las solemnidades extrínsecas a observar en su otorgamiento.

Los artículos 231.19.1 y 231.20.1 del vigente libro segundo del Código Civil de Cataluña disponen que estos pactos pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. Parece exigirse así la formalización pública como requisito de forma *ad validitatem*, si bien la terminología del precepto tampoco permitiría de entrada excluir una interpretación que abonara la posibilidad de otorgamiento privado si concurrieran los requisitos de validez del contrato en general, e incluso los específicos exigidos para este tipo de negocio, pues de la mera posibilidad de inclusión en capítulos o en escritura pública calificada de otro modo no se desprende necesariamente la imposibilidad de una formalización distinta. El alcance de la expresión “pueden”, como gramaticalmente descriptiva tanto de la única forma como de una de las posibles formas que es posible adoptar, no cierra del todo paso a la posibilidad de que en los conflictos que se generen por la aplicación de estos pactos se pretenda sostener la validez *inter partes* de un acuerdo privado concertado por escrito, e incluso verbalmente.

Es razonable considerar, ello no obstante, que el legislador catalán, al admitir de forma expresa y con mucha amplitud este tipo de pactos, ha querido al tiempo ser cauteloso exigiendo -sin duda influenciado, o al menos inspirado, por

el Derecho norteamericano-, las garantías previas y coetáneas a la manifestación del consentimiento contractual precisas para asegurar, al menos en la medida de lo posible, que las respectivas autonomías de las voluntades de los otorgantes se hayan conformado y exteriorizado de forma plenamente libre y consciente. A la vista de la regulación contenida en los siguientes apartados del precepto puede afirmarse sin género de duda que así es, por lo que una interpretación del artículo 231.20.1 basada en su contexto permite entender que el requisito de la escritura pública como forma ad validitatem es otra de esas varias garantías perseguidas por el legislador⁶⁵. A esta conclusión conduce también la redacción del preámbulo de la ley 25/2.010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, en el que se realiza una referencia a los pactos en previsión de ruptura matrimonial explicando que:

“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”.

⁶⁵ Como ya tuve ocasión de explicar, esos apartados contemplan un plazo mínimo de treinta días que debe mediar entre la concertación del pacto y la celebración del matrimonio, espacio de tiempo que sin duda propicia la reflexión más serena sobre el contenido y el alcance de lo que se pactó y permite, en el caso extremo, desistir de la celebración del matrimonio si lo acordado no se suprime o modifica; también la exigencia de que los acuerdos de renuncia de derechos sean recíprocos y claros; y la obligación del notario, añadida a las generales impuestas por la legislación notarial, de informar por separado a cada uno de los otorgantes, antes de autorizar la escritura pública, sobre los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen económico conyugal legal supletorio y el deber de advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información financiera y económica precisa previa a la concertación; de igual modo, se hace recaer en quien reclama el cumplimiento del pacto la carga de la prueba de que su cónyuge dispuso de esa información, referida no sólo a su situación presente sino a la futura previsible; y, finalmente, para el caso de grave perjuicio para uno de los cónyuges, se prevé la posibilidad de ineficacia sobrevenida del pacto a consecuencia del imprevisible cambio, en el momento de la aplicación de éste, de las circunstancias existentes en el momento de su concertación.

El artículo 231-22 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, intitulado “Forma e inscripción”, dispone, en referencia exclusiva a los capítulos matrimoniales, que estos y sus modificaciones deben otorgarse en escritura pública, y que no son oponibles a terceras personas mientras no se hagan constar en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil y, si procede, en otros registros públicos.

El artículo 27 de la extinta Ley 10/2.007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, rubricado “requisitos formales de la carta de nupcias y oponibilidad a terceros”, disponía en su apartado 1 que “*para su validez, la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones se deben otorgar en escritura pública*”, y en el 2 que el régimen de oponibilidad de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales frente a terceros se regiría por lo dispuesto en la legislación del Estado. La dicción del primer apartado, incluyendo la referencia expresa a la validez, exigía que las capitulaciones se otorgaran en escritura pública como requisito ad solemnitatem, por lo que un acuerdo prematrimonial, que podía pactarse en la llamada carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales, debía, si en efecto se pactara en ella, otorgarse en escritura pública, qué duda cabe. ¿Pero habría cabido, ello no obstante, otorgar un acuerdo de igual o similar contenido revestido de otras formalidades, o sin ellas, aunque reuniendo todos los requisitos de validez que como contrato le fueran exigibles? De esa regulación parecía desprenderse –como se desprende de la catalana- la respuesta negativa: aunque en principio la solución contraria no fuera a priori descartable ni la litigiosidad por esa concreta cuestión tampoco, y mucho menos en el entorno de una ruptura matrimonial reciente, no parece que fuera esa la intención del legislador. En esta ocasión, el lacónico preámbulo de la ley no ofrecía ninguna explicación ni criterio que pudiera orientar sobre esta cuestión.

El Decreto Legislativo 1/2.011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas con el título de Código Foral de Aragón, establece en su artículo 195.2 que los capítulos matrimoniales requieren para su validez –también para su modificación- el otorgamiento en escritura pública. La cuestión es la misma.

Que igualmente se suscita en la Ley 1/1.973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, cuyas leyes 79 y 80 imponen, como requisito de validez, la necesidad de que los capítulos o contratos

matrimoniales se otorguen en escritura pública, sin contener otras referencias más explícitas.

VIII- ELCONTENIDO DEL PACTO

VIII - EL CONTENIDO DEL PACTO

8.1. PACTOS SOBRE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES INHERENTES AL MATRIMONIO

8.1.1. Las obligaciones surgidas del matrimonio en la regulación del Código Civil, su alcance y su contenido

Sumergirse en el estudio de la posibilidad de que los cónyuges o futuros cónyuges lleguen a establecer a través del pacto pautas de un determinado comportamiento conyugal que no sobrepasen las previsiones legales, y que de este modo sean ellos quienes modalicen, limiten o incluso lleguen a suprimir las obligaciones que en nuestro Derecho surgen de la unión matrimonial, exige plantearse previamente el verdadero alcance de lo que, por aplicación de las normas positivas, debe considerarse un comportamiento conyugal normal; comportamiento que no puede concretarse en otra cosa que en la observancia de las obligaciones que el Código Civil anuda a la condición de cónyuge. Tal vez, finalizado ese estudio pueda alcanzarse la conclusión de que esas obligaciones son, desde una óptica puramente jurídica, algo más que las simples exigencias éticas o morales que muchos autores, algunos de ellos distinguiendo terminológica y conceptualmente los términos “obligación” y “deber”⁶⁶, han manifestado que son, y que ni su significado ni sus repercusiones jurídicas pueden ser desdeñados.

Como unión estable de dos personas ordenada a la constitución de una comunidad de vida y dotada de muy determinadas características propias, el matrimonio es una realidad natural permanente y perdurable, asentada en las diversas civilizaciones de la humanidad a través de los tiempos. El derecho

⁶⁶ RAE: “Deber”: Estar obligado a algo por ley divina, natural o positiva”; “Obligación”: Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.

natural de la persona a establecer esa comunidad, sin más requisito que su libre y consciente voluntad de establecerla, ha precedido a las regulaciones normativas que, para garantizar la seguridad jurídica de los propios cónyuges, de los terceros y de la sociedad, añaden al consentimiento matrimonial la necesidad de que sea expresado bajo la observancia de determinados requisitos de forma.

Consagrada la libertad de hombre y mujer para contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, las sucesivas reformas del articulado del Código Civil han ampliado progresivamente los márgenes de las causas de separación y divorcio hasta hacerlas desaparecer con los cambios introducidos por las leyes 13/2.005, de 1 de julio, por la que se reformó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio y, sobre todo, 15/2.005, de 15 de julio, de reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; reforma esta última que vino a permitir, con muy exiguos requisitos temporales -que llegan incluso a desvanecerse cuando existe un riesgo para la vida o integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del cónyuge o de los hijos, comunes o no- que la decisión de poner fin al matrimonio sea adoptada por cualquiera de ambos contrayentes de forma libérrima, sean cuales sean su motivación interna o su comportamiento en el seno de la convivencia y sin aparejar directamente a ellos, aun en los casos de más acentuado incumplimiento de las obligaciones propias del matrimonio, ninguna clase de consecuencia sancionadora o resarcitoria. Se ha llegado también, con la promulgación de la misma normativa, a admitir la posibilidad de que el matrimonio se contraiga entre personas del mismo sexo, e incluso a incorporar, con la reciente ley 15/2.015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, una cierta relajación en los requisitos formales de la celebración cuya vigencia se prevé a partir del 30 de junio de 2.017. Pero merece ser destacada la evidencia de que los artículos 66 y, sobre todo, 67 y 68 del Código Civil han resistido los más duros embates de esas sucesivas reformas y permanecido vigentes en todas su extensión, con la única salvedad de la mención a “los cónyuges”, que sustituye a la de “el marido y la mujer”, como sujetos de las obligaciones en ellos consagradas, a las que incluso se ha añadido la de compartir las responsabilidades domésticas.

Pues bien, creo que ello no es fruto de la casualidad ni de consideraciones más o menos tendenciosas o interesadas u oportunistas de política legislativa.

Sucede que el matrimonio, más que exigir el cumplimiento de las obligaciones que los preceptos citados consagran, “es” ese conjunto de obligaciones, y no otra cosa: las siete obligaciones allí relacionadas constituyen el nervio o la esencia del contenido mismo del matrimonio civil, y a su cumplimiento y su observancia se endereza sin ninguna duda el consentimiento de los cónyuges; un consentimiento que, de no ser prestado con ese alcance y con esa concretísima referencia, no sería propiamente el consentimiento matrimonial que el artículo 45 del Código Civil, al expresar tajantemente que *“no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”*, exige para que el vínculo conyugal comience a existir. Lo que viene refrendado en el apartado 1º del artículo 73 del mismo Código, de acuerdo con el cual *“es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”*.

Partiendo de la evidencia de que ambos preceptos encuentran justa correspondencia en el texto del canon 1.057 del vigente Código de Derecho Canónico de 1.983, a cuyo tenor *“el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir”*, considero que, por razones de simple técnica jurídica, para abordar el análisis del matrimonio civil y de las exigencias impuestas por nuestro Derecho positivo para la validez del consentimiento matrimonial puede ser de gran utilidad acudir a la comparación entre los rasgos de la institución conyugal a las luces de las legislaciones canónica y civil, pues ello nos permitirá sin duda alguna obtener muy clarificadoras conclusiones y reafirmar la evidencia de que, como realidad humana, la unión matrimonial goza de unos caracteres propios y anteriores a cualquier regulación jurídica. Método comparativo que también podría encontrar su justificación en la realidad de que el matrimonio canónico continúa hondamente implantado en nuestra realidad social pese al número cada vez mayor de matrimonios civiles, y en que tampoco puede ponerse en duda la singularidad o, si se prefiere, el privilegio que a través de nuestros textos legales se reconoce al matrimonio canónico, pues no en vano la Constitución contiene en su artículo 16.3, entre la genérica a las demás confesiones, una referencia explícita a la Iglesia Católica como sujeto de necesaria cooperación con el Estado, y el artículo 60 del Código Civil, aun refiriéndose a cualquiera de las formas religiosas previstas por las confesiones religiosas inscritas a las que se refiere el artículo 59 anterior, comienza con la referencia

expresa del matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico al disponer la producción de efectos civiles anudada a su celebración; singularidad que también, al regularse de forma precisa y separada la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, tiene reflejo en el artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En ambas regulaciones, la canónica y la civil, el consentimiento matrimonial exige la asunción voluntaria y consciente en el mismo momento de su declaración de la voluntad de constituir una comunidad de vida con características muy determinadas, sin que ese consentimiento, como acto de la voluntad, pueda ser suplido por ningún tercero; cuestión muy distinta es la posibilidad de que la manifestación externa del consentimiento personalísimo, y no el consentimiento mismo, sea expresada por un tercero⁶⁷.

En referencia concreta al contenido de esa comunidad de vida cuya representación mental y cuya necesaria asunción como escenario futuro de las obligaciones propias de la unión matrimonial se exige para que el consentimiento sea válido y dé paso a la realidad matrimonial, el canon 1.055 del Código de Derecho Canónico establece que mediante la alianza matrimonial se constituye un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural "*al bien de los cónyuges*" y a la generación y educación de la prole, añadiendo el canon 1.054 que las propiedades esenciales de dicha alianza son la "*unidad*" y la indisolubilidad, mientras que los artículos 67 y 68 del Código Civil refieren las siete obligaciones recíprocas que, todas ellas, deben ser asumidas en ese momento inicial, concretadas en el respeto, la ayuda mutua, la actuación en interés de la familia, la convivencia, la fidelidad, el socorro mutuo y la conjunta intervención en las

⁶⁷ Cns. 1.104 y 1.105 CIC y art. 55 CC. DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, en "*Sistema de Derecho Civil, IV*", Tecnos, Madrid, 1982, p. 93, al comentar el artículo 55 del Código Civil explican que "el representado ha formado su voluntad de contraer matrimonio con persona determinada y encomienda a otro que intervenga en su nombre en la ceremonia matrimonial. Por esta razón es dudoso decidir si se trata de un verdadero apoderado o de un simple nuncio o portador de la voluntad de otro". Incliniéndose por la postura de que se trata de un apoderado con poder especialísimo, pues posee un margen de decisión, aunque muy reducido, que le permitirá, por ejemplo, no celebrar la boda si alguna circunstancia sobrevenida se lo aconsejara.

actividades domésticas y en el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges.

Se comprueba de este modo la existencia de obligaciones civiles que -aun admitiendo la incompatibilidad con la unión matrimonial canónica de la homosexualidad, la disolubilidad del vínculo o la no ordenación de éste a la procreación, que por el contrario son perfectamente compatibles con la civil-, desde la óptica del comportamiento humano bien podrían encajar en los conceptos canónicos de unidad, bien de los cónyuges y consorcio de vida. Naturalmente, esos conceptos se refieren a obligaciones de comportamiento que pueden no entenderse de igual modo por quien es católico que por quien no lo es, pero es innegable que desde la óptica de la relación humana están inspirados por la voluntad de entrega recíproca, convivencia, socorro y ayuda mutua que tan gráficamente se describe en la legislación canónica como propia del consorcio que integra la comunidad matrimonial.

La sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada el día 25 de enero de 2.005⁶⁸ analizó un supuesto en el cual la esposa solicitó la declaración de nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del otro contrayente, sosteniendo que la circunstancia de que éste, al contraer matrimonio, no quisiera en realidad instaurar una comunidad de vida propiamente matrimonial, desencadenaba la inexistencia del matrimonio por carecer del requisito del consentimiento matrimonial.

Es interesante destacar cómo esta sentencia comienza por referirse al matrimonio como categoría jurídica que hace atender al acto negocial, al momento constitutivo del mismo, en definitiva a la formación del consentimiento y a la celebración. En la concepción canónica del matrimonio se distingue el matrimonio “*in fieri*”, que es el matrimonio “*en su constituirse*”, la expresión del consentimiento válido revestido de las formalidades que el Código de Derecho Canónico exige, del matrimonio “*in facto esse*”, entendido como comunidad de vida o consorcio de toda la vida o “*estado de vida*”, escenario en el que los cónyuges están llamados a cumplir los fines y las propiedades esenciales del matrimonio⁶⁹; cuando al prestar su consentimiento alguno de esos fines y

⁶⁸ CENDOJ: ROJ: SAP GR 93/2.005.

⁶⁹ PEÑA GARCÍA, C. “El matrimonio. Derecho y praxis de la Iglesia”. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2.004, pp. 26 y 27.

propiedades del matrimonio se excluye por ambos cónyuges o por uno de ellos, el matrimonio es nulo por causa de simulación parcial -si se excluye alguno o algunos en concreto- o total -cuando se excluyen todos, en definitiva el matrimonio mismo-. Pues bien, esa consecuencia, determinante de la inexistencia del matrimonio en su mismo origen y no de su anulación posterior, se refleja de igual modo en la sentencia comentada al analizar el matrimonio civil objeto del litigio. Aun explicando que la visión contractual del matrimonio destaca en el ordenamiento civil sobre la puramente institucional, y que ello permitiría aplicar al mismo las categorías de la ineficacia contractual del negocio jurídico, la sentencia concluye que en efecto la reserva mental del contrayente que ocultó su verdadera intención de no contraer matrimonio y de este modo no prestó en realidad su consentimiento al mismo es determinante de la nulidad del matrimonio, y añade algunas consideraciones altamente sugestivas. Y así, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1.997 y 30 de julio de 1.999, afirma que no se ha de partir del atributo de fidelidad que pueda determinar el error en la cualidad personal a que se refiere el artículo 73.4 del Código Civil, y no sólo porque ha variado el acervo de ideas o actitudes bajo un nuevo modelo ético-social, sino porque, y es lo importante en el caso de la litis, el móvil que impulsó a la esposa a prestar su consentimiento matrimonial fue aquello que para ella se había convertido en un hecho objetivo, fundamental, esto es: la creencia, inducida por el señor demandado, de que la comunidad de vida era deseada por éste. Aquí se halla la causa que impulsó a la señora nombrada a la celebración del matrimonio, y que configura un error vicio del consentimiento.

La sentencia, de este modo, identifica como determinante de la nulidad del matrimonio el error sufrido por la esposa al ignorar que su esposo estaba excluyendo la comunidad de vida, y no esta misma exclusión -que, por sí sola y con error o sin él, determinaría en todo caso la inexistencia del matrimonio-, pero no cabe duda de que otorga a esa comunidad, diseñada a la medida de las obligaciones relacionadas en los artículos 67 y 68 del Código civil, la enorme significación que tiene en el acto constitutivo del matrimonio.

Dando el paso argumental que en la anterior faltaba, una sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 75 de Madrid el día 19 de julio de

2.011⁷⁰ se explica de forma aún más terminante al enjuiciar un supuesto de matrimonio de conveniencia. Tras aludir al error en las cualidades personales del otro contrayente y al requisito del consentimiento matrimonial como exigencia de la existencia del matrimonio mismo que se establece en el artículo 45 del Código Civil, la resolución fundamenta en la exclusión de la comunidad de vida o consortium omnis vitae la declaración de inexistencia del matrimonio en la que concluye, siendo destacable que, dictada tras las reformas de 2.005, que expresamente cita, nutre su fundamentación con referencia expresa a las obligaciones de respeto, ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, colaboración familiar, fidelidad y socorro mutuo.

La sentencia contiene una remisión a la dictada por el Tribunal Supremo el día 8 de marzo de 2.001⁷¹ en la que se expresa que ha de reputarse inválido aquel matrimonio cuyo consentimiento se presta:

“sin asumir el contenido que le es esencial, con referencia además a lo consignado en los artículos 67 y 68 del Código Civil” y añade que “el consentimiento de las partes es indispensable para dar origen al vínculo matrimonial. Para que el consentimiento sea válido se requiere que los contrayentes tengan capacidad para consentir, que su voluntad no esté viciada por anomalías cognoscitivas o volitivas que la ley haya significado como causa de nulidad y que la prestación del consentimiento deba recaer sobre el conjunto de derechos y deberes de los cónyuges que se describen en el artículo 67 y 68 del Código Civil”, concluyendo que “siendo la causa de nulidad la ausencia de consentimiento matrimonial, debe entenderse que no es la mera manifestación de voluntad, externa y formal, de contraer matrimonio, sino que debe tener un contenido matrimonial, recayendo sobre el conjunto derechos y deberes establecido en los artículos 67 y 68 del Código civil, como son los deberes de respeto, ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, colaboración familiar,

⁷⁰ CENDOJ: ROJ: SJPI 46/2.011. En este mismo sentido se pronuncian las sentencias que analizan los diversos supuestos de matrimonio de conveniencia. Por ejemplo, la dictada por la Audiencia Provincial de Málaga el día 30 de mayo de 2.007 (CENDOJ: ROJ: SAP MÁLAGA 1784/2.007), en la que se explica que el marido en ningún momento asumió los derechos y obligaciones propios de la institución matrimonial a que se refieren los artículos 67 y 68 del Código Civil, excluyéndose una unión duradera de la que es vocación habitual toda unión conyugal.

⁷¹ CENDOJ: ROJ: STS 1842/2.001.

fidelidad y socorro mutuo. El artículo 45 exige no un consentimiento cualquiera, sino precisamente un consentimiento matrimonial, esto es un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, esto es, el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un consortium omnis vitae. Por tanto, el consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, fundar una familia”.

¿Puede entonces sostenerse que, no obstante exigirse en el momento de la celebración ese consentimiento, con su contenido específicamente matrimonial, en el instante siguiente las obligaciones cuya libre y consciente asunción se ha producido realmente, determinando el nacimiento del vínculo a la vida jurídica, quedan volatilizadas y convertidas en puros compromisos éticos o morales de comportamiento, sin más? ¿Cómo distinguir entre la prestación de un consentimiento válido y otro que no lo es, diferenciando el prestado por un sujeto con voluntad de cumplir lo que la ley obliga a cumplir sin anudar ninguna clase de consecuencia al incumplimiento, del prestado por otro sujeto que carece de esa inicial voluntad, si tanto uno como otro individuos se hallarán en idéntica situación en cuanto a su comportamiento futuro y a las repercusiones legales del mismo? ¿Es el consentimiento matrimonial un consentimiento por el que el sujeto asume unas obligaciones cuyo cumplimiento sabe que no se le podrá imponer de forma coercitiva?

Para responder a esas preguntas, quizás deba atenderse, más que a la esencia de la obligación misma y a su, efectivo o no, contenido normativo de la conducta de los cónyuges, a la posibilidad o imposibilidad real de su cumplimiento “in natura”. Porque ciertos deberes, como el de fidelidad o el de observar una conducta respetuosa, son ciertamente imposibles de exigir de forma coactiva, pero otros, como los de socorro y ayuda mutuos, en algunos casos podrán ser cumplidos forzosamente por el cónyuge reticente si el perjudicado utiliza los adecuados resortes judiciales. Mientras la infidelidad de un cónyuge no podrá ser corregida con una hipotética condena a observar en el futuro una conducta fiel, que no garantizaría que fuera ese el comportamiento futuro del cónyuge incumplidor, la defraudación de la obligación de socorro, al menos en su aspecto económico, puede ser hecha efectiva desde el mismo momento de la

interposición de una reclamación judicial de alimentos que determine la contribución futura periódica y establezca las garantías de su cumplimiento.

En cualquier caso, tal y como podremos comprobar al estudiar los acuerdos prematrimoniales sobre indemnización por incumplimiento de los deberes conyugales, en el ordenamiento civil actual ya se ha comenzado a hacer surgir del incumplimiento de esas obligaciones consecuencias resarcitorias, propugnándose la aplicabilidad al matrimonio del régimen propio del resarcimiento derivado de la genérica obligación de no causar daño e incluso del incumplimiento de los contratos, existiendo resoluciones judiciales que obligan a indemnizar el daño moral, y también el material, derivados de la ocultación o de la infidelidad. Y si así se comprueba que el ordenamiento aspira a que esas obligaciones -o esos deberes- consagradas en los artículos 67 y 68 del Código Civil sean tales, y su aceptación imprescindible para hacer surgir el matrimonio, no parece una conclusión ilógica la de que, aun cuando se describan por el legislador con enorme generalidad y sin enlazar a su incumplimiento consecuencias específicas de resarcimiento, puedan los cónyuges o futuros cónyuges suplir todo ello a través de la autonomía de la voluntad, determinando lo que en su concreto matrimonio son y las consecuencias resarcitorias que en su concreto matrimonio acarrearán el incumplimiento de lo que son. Desde esta panorámica, la autonomía de la voluntad vendrá no sólo a no contradecir, sino a completar la imprecisión, o la generalidad, de la norma, con los únicos límites de la ley, la moral y el orden público impuestos por el artículo 1.255 del Código civil y los del derecho de todos los españoles a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, consagrado en el artículo 10 de la Constitución. El pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges determinan, describen, definen, precisan, delimitan en definitiva cómo habrán de comportarse recíprocamente para cumplir sus obligaciones conyugales y/o cómo deberá ser resarcido el perjuicio derivado de su incumplimiento, no sólo no parece necesariamente contrario a la ley sino que es la consecuencia lógica de la imprecisión o la excesiva generalidad de ésta⁷².

⁷² GASPAR LERA, S. en "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad" (ADC, tomo LXIV, 2.011, III) ha puesto de relieve que "no cabe hablar de nulidad del matrimonio o de acuerdo no puesto" en los supuestos de "acuerdos que se limitan a concretar o modular alguno de

No parece, sin embargo, que pueda decirse lo mismo con respecto a los pactos, tal vez más traumáticos desde el punto de vista jurídico, por los que se suprimen esas obligaciones, o se añaden otras no previstas en la ley. En todo caso, la descripción de lo que parece que cada una de esas obligaciones encierra, atendiendo a su propia denominación y a lo que su significado debe comprender en nuestra realidad social actual, es un paso previo imprescindible para acometer el posterior análisis concreto de todos esos pactos.

Realizando una aclaración previa: no será frecuente -aunque sí posible- que quienes van a contraer matrimonio o quienes ya están casados pretendan determinar las pautas de su comportamiento conyugal mediante referencias precisas y concretas en el pacto a las obligaciones tipificadas en la norma: un acuerdo, por ejemplo, por el que se defina o se describa con amplitud qué se entiende por deber de convivencia o de socorro o de actuación en interés de la familia. Por el contrario, lo normal será que el pacto describa el comportamiento a observar o los límites a la actuación o a la conducta de los cónyuges con referencias a situaciones de hecho concretas. No es esperable que quienes van a contraer matrimonio o quienes ya lo han contraído pretendan realizar una labor creadora del derecho particular mediante la inclusión de una definición descriptiva del concepto referido sin más en la norma; lo normal será que, por ejemplo, se especifique cuánto tiempo podrá suspender la convivencia un cónyuge por su sola voluntad y sin que ello le reporte una consecuencia resarcitoria que, de rebasarse ese tiempo, se hará surgir del pacto, o si la realización de determinados actos que socialmente pudieran entenderse como transgresores del deber de respeto no lo serán en ese matrimonio en concreto, o si la atención de las personas dependientes deberá llevarse a cabo mediante una relación más o menos personal o más o menos directa o mediante la asistencia puramente económica que permita que sean terceras personas físicas o jurídicas quienes la asuman.

8.1.2. Los arts. 67 y 68 del Código Civil. Los derechos-deberes de respeto, ayuda y socorro mutuos, fidelidad, convivencia, actuación en interés de la familia y de

esos derechos o deberes, si esa modulación no afecta su contenido esencial -es decir, sigue siendo reconocible como tal deber-“.

compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de personas dependientes a su cargo*8.1.2.1. El deber de respetarse mutuamente*

Este deber, que con razón se ha dicho alcanza a toda norma de conducta entre los cónyuges, cuyo trato recíproco y frente a terceros debe ser presidido por la necesidad de que cada uno de ellos observe hacia el otro, tanto física como moralmente, un comportamiento que no atente contra su dignidad y atemperado a lo que en cada momento y situación social entrañe el concepto de respeto, tiene un contenido que sobrepasa la mera conducta activa, pues se proyecta también en una obligación de abstención, concretada en la prohibición de injerencia en el ámbito de libertad puramente personal que a cada persona corresponde por el mero hecho de serlo y que ni siquiera el matrimonio, aun constituyendo una comunidad de existencia y de vida plenas, puede traspasar; obligación que es reflejo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española, por lo que queda a la libre decisión personal de cada uno de los cónyuges conceder o no la posibilidad de que las facetas o aspectos más íntimos o particulares de su vida, en la medida en que no afecten a la normalidad del matrimonio o de la familia, sean o no compartidos con el otro.

8.1.2.2. El deber de ayuda y socorro mutuos

Ambos deberes, aunque referidos en preceptos distintos del Código Civil, se han fusionado por la doctrina como descriptivos, con significación unívoca, de la colaboración y auxilio recíprocos que son imprescindibles para afrontar las necesidades de ambos esposos o las individuales de cada uno de ellos en la comunidad de vida que decidieron instaurar. Colaboración y auxilio tanto en el plano de las necesidades espirituales o morales como en el corporal o físico, y también en el económico. Certeramente ha explicado O'CALAGHAM MUÑOZ que esta obligación de ayuda y socorro mutuo abarca todas esas facetas de la vida, tanto personal como profesional, en todo momento, y no sólo en situaciones especialmente angustiosas, inesperadas o excepcionales⁷³.

⁷³ O'CALAGHAM MUÑOZ, J. "Código Civil comentado y con jurisprudencia". La Ley, Madrid, 2.008, p. 133: "no en casos extremos o de grave necesidad o de simple

Es pacífica, por evidente, la consideración de que esta obligación comprende el deber de alimentos entre cónyuges previsto en el artículo 143 del Código Civil, cuyo cumplimiento en forma específica puede ser exigido de forma coercitiva con la extensión que describe el artículo 142 del mismo cuerpo legal.

8.1.2.3. El deber de fidelidad

La obligación de fidelidad es tremendamente difícil de describir con un criterio de generalidad, pues en gran medida depende de las concepciones y convencimientos personales de cada uno de los cónyuges y de los que se hallen instaurados en la concreta sociedad en la que vivan. CASTÁN TOBEÑAS, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS la describen con un significado específicamente sexual, si bien es cierto que mientras el primero identifica la infidelidad con la cópula carnal y encuadra las conductas que no llegan a ella en el incumplimiento del deber de respeto, los segundos admiten, con LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, que la obligación de fidelidad pueda tener un contenido más amplio, que en efecto la aproxime a ese deber de respeto pero sin hacerla perder su identidad, concretándose en la necesidad de observar una conducta socialmente inequívoca y de abstenerse de cualquier tipo de relaciones que creen situaciones comprometedoras o lesivas para la dignidad del otro cónyuge; así, el derecho fundamental a la dignidad personal reconocido en el artículo 10 de la Constitución Española y referido al otro cónyuge se convierte en la base de la idea de fidelidad. En este sentido, ALBALADEJO afirma que este deber no se reduce a excluir sólo las relaciones físicas que culminen en unión carnal con alguien que no sea el otro cónyuge, sino que alcanza también a prohibir cualesquiera otros actos que la conciencia social reputa como infidelidad conyugal.

De igual modo, se entiende que la infidelidad debe considerarse producida aun en supuestos de hecho aislados y no permanentes, siempre que la conciencia social los estime como de persona que no guarda para su cónyuge la exclusividad de sus posibilidades de entrega corporal completa o incluso incompleta.

necesidad, sino en todo momento, en situaciones anormales de necesidad y en situaciones normales a lo largo del status matrimonial”.

8.1.2.4. El deber de vivir juntos

El deber de convivencia tiene un carácter eminentemente instrumental porque facilita el cumplimiento de los demás deberes conyugales, llamados a hacerse efectivos en el seno de la comunidad vital que el matrimonio instaura, entendida tradicionalmente como unidad de techo, lecho y mesa (*thorum et mensa et cohabitatio*). Ello no obstante, este deber no puede entenderse de modo absoluto ni tampoco impedir que los cónyuges pacten periodos de separación temporal. Y obviamente tampoco se incumple en supuestos de separación física o alejamiento por razón de trabajo, enfermedad o cualesquiera otras razones que no conllevan exclusión de la voluntad de mantener la comunidad de vida matrimonial.

8.1.2.5. El deber de actuar en interés de la familia

En todas aquellas actuaciones que tengan repercusión en la familia, tanto si están protagonizadas individualmente por uno de ellos como si lo están conjuntamente por los dos, los cónyuges deben tener como norte el mayor beneficio de su grupo familiar, sacrificando si es preciso el interés individual. Como repiten los comentaristas, no se trata de que todo lo que hagan los cónyuges deba estar enderezado al interés familiar, pues existen ámbitos de libertad e intimidad personal en los que podrán desplegar su actuación sin ese objetivo; se trata, más bien, de buscar y hacer prevalecer el interés de la familia cuando la concreta actuación pueda satisfacerlo, anteponiéndolo a cualesquiera otros propósitos, y también de dejar de realizar todas aquéllas actuaciones que lo pudieran menoscabar.

El interés de la familia es el de la familia concreta, integrada por el matrimonio y los hijos, sin que el precepto se refiera a actuaciones referidas a la familia entendida como entidad sociológica.

8.1.2.6. El deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo

Añadido por la reforma del artículo 68 del Código Civil introducida por la Ley 15/2.005, de 8 de julio, el deber de compartir las responsabilidades domésticas se anuda al de cuidado de determinadas personas dependientes que se hallen a cargo de cualquiera de los cónyuges o de ambos.

Compartir las responsabilidades domésticas es concepto de mayor amplitud que el de compartir las tareas domésticas, pues mientras este último término puede hacer referencia a la realización material de los trabajos del hogar, el de responsabilidad viene ligado a la asunción de una determinada obligación, que si no es personalísima puede ser satisfecha por el deudor a través de la actividad de un tercero, y de las consecuencias de su incumplimiento. Un cónyuge puede asumir sus responsabilidades domésticas y darles perfecto cumplimiento sin que para ello deba necesariamente realizar él los trabajos (tareas) o actividades materiales en el hogar, y ello no acarreará ninguna clase de violación del principio de igualdad entre los esposos ni atentará contra la dignidad del otro, aunque éste reciba por completo esa atribución. El término “responsabilidades” puede haberse utilizado por el legislador precisamente para distinguir estas situaciones, pues si hubiera establecido la obligación de compartir las “tareas”, de ello resultaría una obligación de hacer recayente sobre el cónyuge, que sin embargo con la terminología vigente puede asumir su responsabilidad delegando esa actividad puramente personal en el otro cónyuge o en un tercero.

De este modo, la realización de las tareas domésticas puede ser distribuida entre los cónyuges para su realización conjunta, encomendada a uno de ellos o encargada a un tercero. Un matrimonio cuyos miembros trabajen fuera del hogar, normalmente adoptará un sistema distinto del que siga otro en el que sólo uno de ellos lo haga. Y si ninguno de ambos lo hace, la distribución de las tareas será la que ambos decidan; y en defecto de pacto, si uno de ellos no colabora o lo hace de forma insuficiente o insatisfactoria, aunque el cumplimiento forzoso *in natura* resulte imposible por razones evidentes, no sucedería lo mismo con el cumplimiento por equivalente, dejando al margen consideraciones puramente personales que pudieran determinar al cónyuge cumplidor a mantenerse activo en las tareas y pasivo en la exigencia.

La realización de las actividades puramente materiales precisas para la atención y el cuidado de las personas dependientes a cargo de uno o de ambos cónyuges no sólo puede ser delegada en terceras personas físicas o jurídicas, sino que frecuentemente lo será. Y ante el incumplimiento del cónyuge obligado, podrá el otro acudir a los tribunales para reclamar el cumplimiento por equivalente de esa obligación, considerándola no personalísima, mediante la condena a abonar el importe necesario para atender el pago de los servicios

precisos para satisfacerla. Dicho sea dejando al margen las mismas consideraciones a las que me referí en el párrafo anterior.

8.1.3. Pactos definidores o delimitadores de esos derechos-deberes. Supuestos concretos

La posibilidad de anudar por vía de pacto determinadas consecuencias, normal pero no necesariamente resarcitorias, al incumplimiento de las obligaciones propias del matrimonio no puede descartarse en línea de principio. La proyección del ordenamiento jurídico sobre cada supuesto de hecho concreto determinará si la autonomía de la voluntad ha traspasado o no sus límites al defraudar principios tales como el del debido respeto a la dignidad personal o el de igualdad entre cónyuges, o contraría por cualquier otro motivo el orden público. Y tampoco debe excluirse de forma absoluta que esas consecuencias no vengan necesariamente aparejadas a la ruptura de la relación conyugal, pues del mismo modo que el acuerdo podría hacer surgir de la ruptura derivada del incumplimiento de uno de los cónyuges un derecho a favor del otro, también podría establecerse ese derecho sin vincularlo a la ruptura y permitiendo la prosecución de la normal vida conyugal.

Ninguno de esos supuestos constituye el objeto de este apartado, que es previo. Aquí se trata de aproximarse, por sí sola, a la validez o invalidez del acuerdo por el que se establece la necesidad de observar o de abstenerse de un determinado comportamiento como concreción o como aplicación práctica en la vida marital de esos deberes previstos para ella mientras dure. Lógicamente, la determinación de la legalidad del contenido concreto de cada derecho-deber, según se haya delimitado, será paso previo imprescindible no sólo para que en el marco de la convivencia normal el comportamiento deseado pueda -si es que se puede- ser exigido, sino también para que el incumplimiento de lo pactado revista de validez jurídica y de exigibilidad la consecuencia resarcitoria que pudiera haberse hecho seguir de él. Se aborda ahora la primera cuestión, referida al estudio de la posibilidad de definir o limitar a través de la autonomía de la voluntad el contenido material posible de esos deberes que, como hemos comprobado, tan secamente refiere el articulado del Código Civil.

Definir, como decimos, no es otra cosa que limitar⁷⁴; si se prefiere, delimitar el objeto de la definición para trazar con nitidez la frontera entre lo que comprende y lo que no. Ciertamente, los diccionarios nos proporcionan descripciones del alcance gramatical de cada una de las expresiones utilizadas en los artículos 67 y 68 del Código Civil, pero éstas sólo superficialmente apuntan el contenido de los derechos-deberes recayentes en los cónyuges: el respeto, la ayuda, la colaboración, la fidelidad, la convivencia, encuentran en ellos unos significados que tal vez en el lenguaje común determinen lo que son, pero que no resultan suficientes para ser manejados por los operadores jurídicos aprehendiendo los comportamientos debidos en el seno del matrimonio en función de ellos. Si en sí mismos esos derechos-deberes son difícilmente delimitables, la dificultad se reduplica cuando se trata de analizar si una determinada conducta, un específico comportamiento conyugal activo u omisivo, traspasa o no los límites de lo jurídicamente debido, tan difíciles de trazar con criterios objetivos en situaciones concretas en las que factores emocionales, de oportunidad o derivados de la pura afectividad, pueden provocar que conductas que en determinados momentos o coyunturas supondrían auténticos incumplimientos, en otros no sólo no los supongan sino que, en las antípodas, lleguen a integrar formas de cumplimiento, por ejemplo, del deber de ayuda recíproca.

Lo que, cuando los pactos de esta naturaleza proliferen, hace vislumbrar un panorama de incertidumbre jurídica en cuanto a su validez y a su verdadero alcance que abrirá paso a la necesidad de pronunciamientos judiciales que, en cada caso concreto y descendiendo a los hechos, afronten el análisis no sólo de lo que debe o no entenderse cumplido o debido, sino de lo que cada cónyuge razonablemente podría esperar y exigir del otro con amparo en los lacónicos preceptos del Código Civil.

Actualmente, la mejor manera –o, al menos, una manera apropiada– de afrontar el estudio de la posibilidad de regular por vía de pacto, otorgado antes

⁷⁴ RAE: Definir: Fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa.

de contraer matrimonio o durante él, esos derechos-deberes, es acercarse a la realidad de aquéllas personas y de aquéllos círculos sociales en los que el pacto prematrimonial constituye una realidad habitual. En el Derecho comparado, los concluidos por personas que gozan de notoriedad pública por sus fortunas o por sus profesiones nos ofrecen un punto de referencia de lo que en nuestro Derecho puede preverse que llegará, o de lo que está llegando. Tendremos que comentar, por ello, algunos casos reales, e intentaremos encuadrar a qué derechos-deberes afectan los acuerdos alcanzados, porque si lo conseguimos, o nos acercamos a la solución al menos, estaremos en mejores condiciones de averiguar en qué medida el ordenamiento los tolera o los proscribire.

Con acierto sostiene MARTÍNEZ ESCRIBANO que aun resultando conveniente intentar marcar algunas pautas generales de carácter orientador que evitaren futuras discrepancias, posiblemente la generalidad de nuestra ley en esta materia no es casual, porque parece oportuna una constante adaptación de los deberes en atención a las circunstancias concurrentes, y nunca –añade– alterando el contenido hasta el punto de trastocar la esencia de los mismos, convirtiendo el matrimonio en una institución con contenido distinto al legal⁷⁵.

Ciertamente, la interpretación de la norma atendiendo a los criterios, marcados por el artículo 3 del Código Civil, de la realidad social del tiempo de su aplicación y de su sentido y finalidad cobra en esta materia especial trascendencia. Para lo bueno, porque ello permitirá escrutar su contenido haciéndola flexible y adaptable a cada caso concreto que se someta a los tribunales, en los que reside siempre la decisión final, y también para lo malo, por la inseguridad jurídica que por esa misma razón podría llegar a producirse.

8.1.3.1. Del deber de fidelidad

Tal vez sea el deber de fidelidad el que, en el ámbito de los puramente personales, más se esté brindando al pacto entre quienes proyectan contraer matrimonio. Acuerdos que giran en torno a él y a lo que por él debe entenderse en el matrimonio concreto, que son frecuentemente adoptados como compromisos personales recíprocos de comportamiento, delimitadores de lo que en efecto cada cónyuge podrá hacer y esperar del otro, comienzan ya a ser objeto de auténticos

⁷⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos...", op. cit., p. 97.

negocios jurídicos solemnizados por sus otorgantes con el fin de conferirles trascendencia jurídica.

Una valiente incursión práctica en esta materia, de tan difusos contornos y que tan notorias repercusiones puede, pese a todo, generar en la conciencia social actual, es la aportación realizada por el notario FRANCISCO ROSALES DE SALAMANCA en la publicación que en su blog realizó el 29 de septiembre de 2014: un interesante artículo intitulado *“Puede regularse la fidelidad matrimonial en capitulaciones matrimoniales”* que merece la pena estudiar con detenimiento.

Relata el notario que su trabajo partió del encargo de una pareja, cuyos datos de identidad naturalmente omite, de convicciones tradicionales y que consideraba la fidelidad como “un deber legal y moral”, pareja que le situó en una encrucijada, que él califica textualmente de “aterradora”, al plantearle su común voluntad de otorgar en capitulaciones matrimoniales un pacto del siguiente tenor literal:

“Los cónyuges se comprometen a guardarse absoluta fidelidad, y a no mantener ningún tipo de comunicación, evitando cualquier tipo de acto, contacto, encuentro o cercanía con terceras personas que hayan afectado o que pudieran afectar en el futuro a la estabilidad y el equilibrio matrimonial”.

En efecto, aterrador. Y a nuestro juicio no sólo por la generalidad de una redacción mediante la que se ampliaba el margen de la infidelidad prácticamente a cualquier clase de conducta, incluso omisiva (por ejemplo, la cercanía, sin más, podría sobrevenir sin intervención de la voluntad o del comportamiento del cónyuge pretendidamente cercano a la tercera persona) y de contenido ajeno a lo sexual, pero que afectare o eventualmente pudiera en el futuro afectar no sólo a la “estabilidad”-concepto más amplio, que puede asociarse a la durabilidad del matrimonio-, sino incluso al “equilibrio” –concepto que puede serlo menos, porque el desequilibrio matrimonial podría coexistir con una unión duradera- del matrimonio, sino porque, tratándose de un derecho-deber recíproco, es razonable pensar que dos personas –cuyas voluntades, al confluir en el consentimiento, perfeccionarían el negocio- que individualmente llegaban a querer plasmar por escrito semejante exigencia de contención en el comportamiento de la otra, encontrarían la justificación de esa exigencia en su firmes y autónomas convicciones respectivas de observar, cada una de ellas, un comportamiento

semejante. Nos preguntamos la razón por la cual, con tan sólidas convicciones, creían necesario el pacto, y desde una óptica puramente humana no encontramos ninguna más sugerente que la existencia de comportamientos anteriores, protagonizados por alguno de los otorgantes o por los dos, no tan ajustados a ese modelo imposible que pretendían asumir. Al parecer del notario, lo que sucedía es que estos señores tenían muy presente el caso del famoso presidente de Estados Unidos que consideraba que el no haber consumado el acto sexual de forma tradicional obstaba a la existencia de una relación sexual; yo mantengo mi opinión, sobre todo tras haber comprobado, en los comentarios posteriores publicados en el blog, que se trataba de una pareja ya casada.

Pero sea como fuere, la pretensión hizo reflexionar al repetido notario sobre la posibilidad de *“modalizar los efectos personales del matrimonio en capitulaciones matrimoniales”* y, avanzando más, sobre *“qué es en realidad la fidelidad matrimonial”, “qué consecuencias pueden pactarse ante el incumplimiento de dicho deber”* y *“si jurídicamente cabe pactar todo lo contrario de lo que voy a escribir”* -sic-.

Con sagacidad apunta en su comentario que era obvio que sus clientes consideraban que:

“la infidelidad no tiene por qué producirse por una relación sexual (sea la que sea) pues es simplemente una violación de la intimidad de la persona y de la pareja, y que dicha intimidad es algo mucho más amplio que el sexo”.

Pero, siendo sin ninguna duda ese el convencimiento de ambas personas, desde luego no es el mío, porque una violación de la intimidad que no repercutiera en la esfera del sexo ni de la atracción ni de la aproximación sexuales afectaría de forma mucho más directa al deber de respeto recíproco que al de fidelidad, pues por muy amplio que este último concepto llegara a considerarse, en su aspecto jurídico-matrimonial no puede sobrepasar los perfiles, ya muy amplios, a los que antes nos referimos al traer a colación las opiniones al respecto de LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA y ALBALADELO GARCÍA. Ocasión habrá para volver a referirnos a ello.

Convencido de que el Código Civil, debido a que la moral de la sociedad es muy cambiante, obliga a los cónyuges a ser fieles pero, con acierto, no define la fidelidad matrimonial porque es algo que debe ser fijado por la jurisprudencia y, aun más que por ella, por cada pareja, que cuando crea o mientras desarrolla el

proyecto de vida común que supone el matrimonio debe determinar qué se entiende por fidelidad en cada caso concreto, el notario incluyó en la escritura la siguiente redacción:

“Ante la falta de definición legal del concepto de fidelidad, por el presente instrumento los comparecientes quieren fijar las bases de su fidelidad matrimonial, todo ello al amparo del derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado constitucionalmente y siempre respetando los derechos instrumentales reconocidos en la Constitución Española.

Para los comparecientes la fidelidad matrimonial supone el entender que el matrimonio es una institución que trasciende a las personas de los contrayentes: institución que merece una especial protección, como base de su núcleo familiar y en el que hay un interés superior al interés individual de los esposos, pues en dicha institución juega también el interés de sus hijos.

Es por ello que consideran que la base de su matrimonio es un proyecto de vida común, en el que no pueden interferir bajo ningún concepto personas extrañas a los miembros de la pareja y sus descendientes.

Definición de infidelidad matrimonial.

Por infidelidad matrimonial se entiende cualquier relación con otra persona, del mismo o distinto sexo (tenga dicha relación o no contenido sexual) que implique compartir con alguien que no sea integrante del matrimonio vínculos afectivos que superen la mera amistad.

Excepciones al concepto de infidelidad matrimonial.

“Queda excluido del concepto de infidelidad conyugal, las relaciones que con terceras personas tengan los cónyuges en el normal y responsable ejercicio de sus actividades profesionales, las cuales podrán desarrollar con entera libertad, siempre que lo hagan de conformidad con las reglas comúnmente aceptadas en la sociedad.

También queda excluido del concepto de infidelidad conyugal, las relaciones que cualquiera de los cónyuges tenga con un profesional y se desarrollen en los términos ordinarios del ejercicio normal y conforme a las reglas deontológicas comúnmente establecidas, de la profesión de dicha persona (a modo de ejemplo, médicos, juristas o religiosos).

Casos concretos de infidelidad matrimonial.

Como ejemplos de lo que los comparecientes consideran infidelidad conyugal se ponen los siguientes:

- 1. Cualquier tipo de contacto físico sexual con un tercero, independientemente del tipo de relación sexual de que se trate, no teniendo esta consideración los besos y abrazos de saludo y despedida habituales en la sociedad.*
- 2. Cualquier comunicación a terceras personas de datos íntimos personalísimos del otro cónyuge, salvo los meramente anecdóticos o los que sean públicos y notorios en atención al ámbito en el que se produzca dicha comunicación. Especialmente se considera comunicación de datos íntimos cualquier comparación de las cualidades físicas o virtudes del otro cónyuge con un tercero, que sea favorable al tercero y no beneficiosa para el otro cónyuge.*
- 3. El mantener a través de internet, y especialmente de sus redes sociales o juegos on line, sea con la identidad propia o con una identidad virtual ficticia, contactos con terceras personas que no sean meramente lúdicos y en especial los que no sean conocidos y consentidos por el otro cónyuge. En este sentido en este acto ambos cónyuges manifiestan que son conscientes y autorizan que el otro use las siguientes aplicaciones de internet*

(aquí se especificaron qué redes sociales se autorizaban recíprocamente a usar, entre las que estaban las más habituales, pero excluyendo expresamente las redes de relaciones como Badoo y Meetic).

También manifiestan los comparecientes que conocen los nombres de usuario y contraseñas que en dichas redes usa el otro consorte y se comprometen a comunicarle cualquier cambio que por motivos de seguridad puedan realizar, así como se autorizan recíprocamente para que pueda entrar el uno en la cuenta del otro, así como para que pueda examinarla y extraer de ella cualquier dato que no esté amparado por el secreto profesional o las obligaciones que la Ley de Protección de Datos impongan a uno de los cónyuges como obligaciones propias de su profesión u oficio.

Otras excepciones al deber de fidelidad matrimonial.

No se considerará infidelidad matrimonial, cualquier acto realizado por un cónyuge con una tercera persona en presencia y con la aprobación del otro cónyuge, así como los realizados sin dicha presencia, pero con su conocimiento y consentimiento.

Prueba.

El conocimiento y consentimiento de un cónyuge a actos realizados por el otro podrá demostrarse por cualquier medio admitido en derecho, considerando a estos efectos:

- 1. Que el hecho de comunicar al otro cónyuge las claves de acceso a teléfonos móviles, tablets y ordenadores, así como las identidades virtuales propias implicará un conocimiento y consentimiento tácito al uso de redes sociales (excepción hecha de las expresadas) siempre que no haya archivos ocultos y se mantenga el consentimiento recíproco de revisión ya expresado.*
- 2. Que el hecho de tener informado al otro cónyuge del lugar y persona en el que se encuentra uno de ellos, sin que el otro manifieste oposición, y siempre que la información sea veraz en lo relativo al lugar, la persona y cualidad que esté desarrollando...*

Sanciones.

En caso de cualquier tipo de incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial, además de la posible disolución matrimonial, se pacta el siguiente régimen de sanciones e indemnizaciones a favor del cónyuge fiel:

Respecto de la vivienda habitual.

Se fija como indemnización por daños morales que el uso y disfrute de la vivienda habitual de la familia corresponda al cónyuge que hubiera sido fiel.

Pero también se barajó la siguiente opción:

“Se fija como indemnización por los daños morales que la propiedad de la vivienda habitual corresponderá al cónyuge que hubiera sido fiel, de modo que el cónyuge que incumpla el deber de fidelidad se compromete en este acto a transmitirle cuantos derechos tuviera sobre dicha vivienda, siendo que esta transmisión tiene carácter oneroso”.

Todo ello sin perjuicio de las facultades moderadoras que competen a la autoridad judicial para agravar o moderar esta indemnización atendidas las circunstancias concretas del caso.

Como indemnización económica adicional por los daños morales.

El cónyuge que hubiera sido infiel abonará una pensión vitalicia al otro, que será (aquí se acordó una cifra).

Esta cifra será actualizada conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC) anualmente.

Esta pensión vitalicia es independiente de las pensiones compensatorias a favor de uno de los cónyuges o de manutención que el Juez estime a favor de sus hijos.

Como decisión que libremente adoptan en beneficio de sus hijos, dada la formación y educación que a los mismos pretenden dar ambos cónyuges.

Consideran los comparecientes que es fundamental para la educación de sus hijos los conceptos de cumplimiento de las obligaciones contraídas, mantenimiento de la unidad de la familia, amor, respeto y fidelidad matrimonial.

Como consecuencia de ello entienden que el incumplimiento del deber de fidelidad que el Código Civil impone a los cónyuges, es a su vez incumplimiento del deber de fidelidad familiar que voluntariamente contraen, no sólo a raíz de sus convicciones personales, sino en beneficio de sus hijos.

Por ello y desde ahora ambos comparecientes estipulan una renuncia a la custodia compartida de sus hijos en caso de infidelidad matrimonial, y acuerdan que la guarda y custodia corresponda al cónyuge que hubiera sido fiel en caso de ruptura del matrimonio por infidelidad conyugal.

Dicha renuncia se hace, con expresión de los motivos que la provocan, al objeto de facilitar la decisión de la autoridad judicial, y para que ésta sepa lo que es la voluntad de los cónyuges libremente emitida cuando no hay conflicto alguno entre ellos, teniendo en cuenta el interés de dichos hijos y lo que consideran más adecuado para su formación y educación, sometiéndose en todo caso a la decisión judicial que sea adoptada en beneficio de sus hijos."

Son diversas y muy sugestivas las cuestiones que el texto transcrito plantea. La existencia de alguna frase incompleta nos hace pensar que lo publicado es un borrador, posiblemente el último confeccionado, pues el notario explica que no fue firmado porque las partes no quisieron hacerlo, pero que no tiene duda alguna de que la escritura se habría inscrito en el Registro Civil, ni tampoco de que si fuera analizada judicialmente sufriría muchas matizaciones. Y de todas esas cuestiones que este acuerdo matrimonial suscita, tal vez las que a primera vista más llamen la atención sean las referidas a las consecuencias pactadas para el caso de incumplimiento del deber de fidelidad que desembocaría en el

divorcio, consecuencias que en el acuerdo, con mayor o menor concreción, afectan a todas las previsiones que el Código Civil incluye para ese caso en los artículos 90, 91 y 97 y sus concordantes, añadiendo alguna más, como el régimen de guarda y custodia de los hijos menores, la viabilidad de la pensión compensatoria para el ex-cónyuge y de las pensiones alimenticias para los hijos, la desafectación de ambas con respecto a la posible indemnización por daños morales, la inclusión de una cláusula penal con consecuencias resarcitorias no sólo económicas, sino también afectantes a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar regulada en esos preceptos... Pero lo que ahora analizamos es si es posible describir mediante un acuerdo prematrimonial o matrimonial el deber de fidelidad no sólo para plasmar lo que sus otorgantes consideran que debe suponer en su matrimonio, sino para precisar cuál es, también lógicamente a su común juicio y sólo para ellos, el contenido objetivo de la obligación legal consagrada en el artículo 68 del Código Civil. O lo que es lo mismo, no para diseñar a su medida las normas de comportamiento que quieren asumir como consecuencia de su matrimonio, sino para describir lo que, en ese matrimonio, debe ser su comportamiento para quedar integrado en el contenido objetivo de la norma: no una fidelidad “a la carta” sino una fidelidad que quepa en lo que el precepto legal, de forma tan raquítica, establece como deber jurídico.

Y aunque en términos generales la respuesta a esa pregunta sólo puede ser afirmativa, en este caso concreto el texto propuesto por el notario, en efecto menos aterrador que el sugerido por los propios interesados, a nosotros, no obstante, nos sigue dando un poco de miedo. En él, la regulación convencional del deber fidelidad, seguramente a impulso de una desmedida desconfianza de un cónyuge en el otro, se convierte en un auténtico “marcaje al hombre” –o a la mujer, entiéndasenos- poco compatible con los mismos fundamentos de la unión matrimonial, aun desproviniendo a ésta de su significado más tradicional.

El concepto de fidelidad se amplía hasta desbordar el ámbito personal de ese deber, al menos en esto bien delimitado en el artículo 68 del Código Civil como afectante en exclusiva a los cónyuges, quienes a tenor del precepto, deben “guardarse fidelidad”, expresión gramatical recíproca que no puede significar algo distinto de guardársela ambos, entre ellos, entre sí, sin incluir a nadie más, pues si el legislador hubiera pretendido establecer un deber afectante a otras personas habría empleado la expresión “guardar” y no “guardarse”. Dos pasajes

del acuerdo explicitan que para los otorgantes, sin embargo, la fidelidad traspasa ese ámbito interpersonal entre los cónyuges, trascendiéndolo y afectando las esferas personales de sus hijos. Para ellos, el cónyuge no sólo debe ser fiel al otro cónyuge, sino también a los hijos y a la familia:

“ ...el matrimonio es una institución que trasciende a las personas de los contrayentes: institución que merece una especial protección, como base de su núcleo familiar y en el que hay un interés superior al interés individual de los esposos, pues en dicha institución juega también el interés de sus hijos... el incumplimiento del deber de fidelidad que el Código Civil impone a los cónyuges, es a su vez incumplimiento del deber de fidelidad familiar que voluntariamente contraen, no sólo a raíz de sus convicciones personales, sino en beneficio de sus hijos.”

La infidelidad matrimonial se define por exclusión: es todo aquel vínculo afectivo con otra persona, hombre o mujer, derivado de una relación que supere la mera amistad, tenga o no contenido sexual, quedando excluidas las relaciones mantenidas en el normal y responsable ejercicio por los cónyuges de sus actividades profesionales respectivas o en el ámbito de los servicios de la misma naturaleza recibidos por ellos de otros profesionales. La delimitación nos parece correcta y, en lo que se refiere a los servicios profesionales, evidente, aunque las dificultades prácticas que en todos los supuestos de relación de contenido no específicamente sexual se derivarían de trazar la frontera en la que termina la amistad, que se califica de “mera” pero que puede ser íntima sin dejar de ser sólo amistad, podrían con seguridad situar en el futuro a los otorgantes ante trances similares a los que con la conclusión del pacto pretendieron evitar.

El acuerdo cita como ejemplos de infidelidad tanto la comunicación, meramente verbal, a terceras personas de datos íntimos personalísimos del otro cónyuge y especialmente la comparación de las cualidades físicas o virtudes “que sea favorable al tercero” y no beneficiosa para el otro cónyuge, como el mantenimiento a través de internet, y especialmente de sus redes sociales o juegos on-line, de contactos con terceras personas que no sean meramente lúdicos y en especial los que no sean conocidos y consentidos por el otro cónyuge, precisando las redes sociales que podrán utilizar y facilitándose el uno al otro el acceso a las mismas a través del conocimiento de sus respectivas contraseñas y nombres de usuario.

Poder comparar las cualidades del propio cónyuge con las de un tercero si esa comparación resulta favorable al primero pero no poder hacerlo en caso contrario, podría llegar a suponer que se permitiera a un cónyuge sostener que su esposo o esposa es más inteligente que ese tercero, pero no que lo es menos, o que seguro que, físicamente, es mejor amante que él, pero no que seguro que lo es menos. Comparaciones que al iniciarse la controversia es muy posible que ninguno de los contendientes pueda aventurar en qué conclusión acabarán, lo que permitiría, suministrada al tercero por un cónyuge exactamente la misma información acerca de su consorte, que en unos casos el resultado desembocara en infidelidad y en otros no. Es llevar al paroxismo la normalidad, no ya de la fidelidad, sino del deber de respeto debido entre cónyuges. Como a nuestro criterio lo es también el hallarse obligado por un acuerdo con efectos jurídicos vinculantes a facilitar en el futuro al otro todas las claves de acceso a las cuentas de internet, o el no poder utilizar más redes sociales que las acordadas entre ambos.

Finalmente, la prevención de que no se considera infidelidad matrimonial cualquier acto realizado por un cónyuge con una tercera persona en presencia y con la aprobación del otro cónyuge, así como los realizados sin dicha presencia, pero con su conocimiento y consentimiento, evidencia la directa vinculación que existe entre la infidelidad y el engaño en el ánimo de los otorgantes, quienes dejan al margen del incumplimiento las conductas que, incluso las más reprobables según las convicciones sociales imperantes, sean conocidas y toleradas por ambos esposos. Lo que, aunque no parezca muy coherente con el espíritu de “fidelidad trascendente” que alumbró el proyecto de convenio (¿cómo podría ser “fiel para con los hijos” el progenitor que mantuviera públicamente un relación de contenido sexual con un tercero, por mucho que su cónyuge la consintiera?), sí que lo es objetivamente, dado el carácter recíproco y exclusivo entre ellos del deber de fidelidad al que nos hemos referido. Cuestión muy distinta, pero no menos importante ni respetable ni considerable ni exigible, es el deber previsto en el artículo 154 CC de ejercicio de la patria potestad, como responsabilidad parental, siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos y su integridad física y mental, velando por ellos, educándolos y procurándoles una formación integral.

El corolario de todo lo dicho es que con independencia de que los pactos establecidos sean recíprocos y asumidos con igualdad por uno y otro cónyuge (al menos con igualdad extrínseca, pues la igualdad intrínseca, o la ausencia de desigualdad real, no podemos valorarla dado que ignoramos las concretas circunstancias en las que cada uno de los cónyuges, individual y separadamente, se hallaba cuando iban a concluir el acuerdo), y como era de esperar y el propio notario anticipaba, la validez de estas cláusulas encontraría en los tribunales de justicia serios obstáculos fundados no sólo en los conceptos de moral y orden público previstos en el artículo 1.255 del Código Civil como límites a la autonomía de la voluntad, sino en los constitucionales derechos de cada uno de los cónyuges a su intimidad personal, a su dignidad y al libre desarrollo de sus personalidades respectivas.

No faltan en la realidad social actual ejemplos de matrimonios que confieren al deber de fidelidad un significado, si no del todo ajeno al de la vinculación única, exclusiva y excluyente de los cónyuges en el ámbito de la sexualidad, sí muy distinto, incluso contrario, al que inspiró la escritura no nata que acabamos de analizar. Son destacables en este sentido el pacto de poligamia, el de matrimonio complejo -por el que los cónyuges se permiten recíprocamente mantener relaciones sexuales con terceros siempre que estos estén incluidos en un determinado grupo de personas- e incluso el de intercambio de parejas o "swinging", caracterizado por la permisividad de relaciones sexuales con terceros compartidas por los cónyuges. En estos casos, el concepto de fidelidad se flexibiliza hasta comprender en él, por sabidas o toleradas, conductas sexuales incompatibles con el significado que en el matrimonio que nuestro Código civil regula siempre ha tenido dicho deber.

En relación con los pactos de éstas o de similares características, es preciso distinguir entre los otorgados antes de la celebración del matrimonio y los otorgados después. El pacto otorgado antes de celebrarse el matrimonio podría desencadenar la nulidad de éste debido a la prestación de un consentimiento excluyente del matrimonio mismo, del establecimiento del vínculo conyugal tal y como está configurado en nuestra legislación positiva, y enderezado a la instauración de una comunidad de vida distinta, incluso contraria, a la que nuestro Derecho hace surgir. Tampoco pueden excluirse por principio otros motivos de nulidad derivados de la moral y del orden público a la luz de la

realidad social actual, pero lo que resulta evidente es que en estos casos las voluntades de los contrayentes se enderezan a algo distinto de lo que externamente deben manifestar y manifiestan cuando solemnemente las exteriorizan al prestar el consentimiento matrimonial.

La validez de los pactos de esta naturaleza otorgados entre quienes ya son cónyuges, pactos que no inciden en la del matrimonio, no sólo puede chocar con los límites de la moral y el orden público impuestos por el artículo 1.255 del Código Civil, sino con el de la ley que el mismo precepto contempla, en la medida en que tales pactos se dirigen a la transformación de la comunidad matrimonial para la que el consentimiento matrimonial fue prestado, para mudarla y transformarla en otra realidad distinta e incompatible con la que en su día se estableció al amparo de la norma.

La cuestión no es baladí. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto que parece más propicio para que la nulidad o la ineficacia del pacto pueda ser sometida a la decisión de los tribunales: el de quien, aun habiéndolo otorgado, reclama esa declaración como presupuesto necesario para exigir de su consorte un determinado resarcimiento por el incumplimiento del deber de fidelidad. Imaginemos un acuerdo en el que se establece una indemnización a favor de un cónyuge y a cargo del otro para el caso de infidelidad, y al tiempo se concierta un pacto de matrimonio complejo determinando las personas con las que cada uno de ellos podrá mantener relaciones sexuales sin transgredir ese deber. Si el cónyuge que no ha mantenido relaciones con terceros reclama la indemnización del que, amparándose en el pacto de matrimonio complejo, sí lo ha hecho, la declaración de nulidad de éste pacto podría abrir paso al planteamiento de la procedencia de la consecuencia resarcitoria.

Sin que quepa excluir tampoco que quien asumió un determinado pacto descriptivo de determinados comportamientos como no transgresores del deber de fidelidad, pueda en un momento posterior considerar la posibilidad de solicitar la declaración de su radical nulidad para excluir en el futuro comportamientos semejantes. Supuestos que, al margen de la ya sabida imposibilidad de imponer forzosamente conductas en esta materia, nos parecerían más de laboratorio que propios de la vida real si no fuera por las realidades vitales que, en el ámbito del Derecho comparado, singularmente del

norteamericano, hemos conocido al estudiar los inimaginables casos sometidos con frecuencia a la decisión de los tribunales en aquél país.

Casos que derivan de pactos tales como el concertado entre Jennifer López y Ben Affleck⁷⁶, en virtud del cual éste quedaba obligado, para asegurar en lo posible su fidelidad matrimonial, a mantener relaciones sexuales con su esposa un mínimo de cuatro veces a la semana, con la penalización para caso de incumplimiento de un multa que podía llegar a alcanzar los cinco millones de dólares. O el alcanzado entre Madonna y Guy Richie, por el que éste asumía de modo expreso el deber de centrarse en la expresividad sexual de su esposa siempre que ella quisiera, dedicándole todo el tiempo preciso a las relaciones sexuales, si bien las infidelidades sexuales eran permisibles siempre que se mantuvieran con preservativo. Por su parte, Charlie Sheen y Denise Richards acordaron para el caso de adulterio la obligación de pago de una multa de cuatro millones de dólares, y Jessica Biel y Justin Timberlake la de quinientos mil euros para el mismo caso. Por la vía no de imponer el pago sino de excluir el cobro, Sandra Bullock y Jesse James establecieron en su acuerdo prematrimonial que para el supuesto de separación debida a la infidelidad del esposo, éste no recibiría dinero en ningún caso. Y Angelina Jolie y Brad Pitt, llegando más lejos y proyectando el efecto de la infidelidad a materias indisponibles también en USA, acordaron que en caso de separación por infidelidad de Brad, Angelina se quedaría con la custodia de sus seis hijos (cuando redacto estas líneas, están en trance de divorcio).

Acuerdos éstos conocidos por ser conocidos sus protagonistas, pero que ni son los únicos ni, mucho menos, exclusivos de los roles sociales propios de tan afamados consortes, hasta el punto de proliferar allí y estar llamados, con muy alta probabilidad, a proliferar aquí, y que en definitiva evidencian que los pactos delimitadores del contenido del deber de fidelidad en cada caso concreto y de las consecuencias de su vulneración no resultan tan intrascendentes como superficialmente pudiera pensarse.

⁷⁶ He obtenido la información sobre los pactos otorgados entre las personas que cito consultando publicaciones en internet de prensa rosa, tales como "nosotras.com", "elsiglodetorreón.com", "ellunesuniversal.com", "glamour.es", "elsol.com", "vanidades.com", "mujerhoy.com", "lacuarta.com", "celebmas.com2", "gonzool.com", "venuemagazine.com", "hoy.com" y "antena3.com".

8.1.3.2. *Del deber de respeto*

Tampoco es difícil imaginar pactos prematrimoniales o matrimoniales que incidan en el deber de respeto recíproco entre cónyuges para precisar su contenido y las conductas debidas o prohibidas en función de él. Ya he dicho que este deber impone una norma de conducta recíproca entre los cónyuges, cuyo trato entre ellos mismos y frente a terceros debe, tanto física como moralmente, excluir toda clase de atentados contra su dignidad en cada momento y situación social; y también que su contenido sobrepasa la mera conducta activa y se proyecta en una obligación de abstenerse de injerencias en el ámbito de libertad puramente personal que a cada individuo corresponde por el mero hecho de serlo y que ni siquiera el matrimonio, aun constituyendo una comunidad de existencia y de vida plenas, puede traspasar, quedando a la libre y soberana decisión personal de cada uno de los cónyuges conceder o no la posibilidad de que las facetas o aspectos más íntimos o particulares de su vida, en la medida en que no afecten a la normalidad del matrimonio o de la familia, sean o no compartidos con el otro.

En el contrato prematrimonial otorgado entre Madonna y Guy Richie al que he hecho referencia en el apartado anterior, se prohibía expresamente al esposo gritar a la esposa. Un pacto de similares características, diseñado de tal manera que no afectase la necesaria igualdad entre cónyuges ni limitase la dignidad de ninguno de ambos, y por lo tanto atemperado a lo que normalmente debe esperarse de un comportamiento respetuoso en una relación conyugal normal en lo que se refiere a la comunicación y a las expresiones externas, limitando –o, si se prefiere, concretando por vía de pacto– determinadas conductas incumplidoras que el ordenamiento, aun con su generalidad, en efecto pretende limitar, tales como los gritos, los gestos despectivos, los insultos o el menosprecio, no sólo no puede parecerse ilegal sino que contribuiría a confirmar a través del pacto civil lo que en el ámbito puramente penal hace tiempo que se considera un verdadero maltrato de palabra o psíquico. Cuestiones distintas son las referidas al alcance o las consecuencias jurídicas que en cada caso y según lo previsto provoque el incumplimiento, pero la descripción de conductas semejantes para proscribirlas en el pacto, sin llegar a una exacerbación incompatible con la naturalidad de los comportamientos humanos y de las reacciones personales normales de satisfacción o enojo y que impida que los cónyuges vivan y se relacionen como lo

que realmente son, es otro de los posibles contenidos de los pactos que estudiamos.

El deber de respeto sobrepasa esa primera norma de conducta para proyectarse también en otra obligación conyugal de abstención, de no interferir ni entrometerse en la esfera de la privacidad del cónyuge contra la voluntad o sin el consentimiento de éste. Con razón ha dicho VARGAS LLOSA⁷⁷ que:

“si desaparece el derecho a la privacidad, se destruye un valor fundamental para la pervivencia de los otros valores. Sin vida privada se produce un retroceso hacia la barbarie. La civilización se puede definir de muchas maneras, pero las más obvia es el cuidado de las formas”.

No podemos estar más de acuerdo. El respeto, aquí entendido como defensa imprescindible de ese ámbito íntimo que en la relación matrimonial se sigue manteniendo en la privacidad de cada cónyuge, impone abstenerse de actitudes y conductas que rebasen la frontera delimitada por el no menos necesario conocimiento o la comunicación de todo aquello que en la relación conyugal debe compartirse; que es mucho, pero no es todo. Respeto que se materializa en la necesidad de mantener la discreción y la cautela que eviten tanto las injerencias entre los mismos cónyuges, aun producidas sin sobrepasar el círculo de su personalísima relación, como, muy primordialmente, las que hagan llegar al conocimiento de terceros informaciones privadas no transmisibles.

Britney Spears, espoleada por su padre, hizo firmar a su novio Kris Jenner un contrato de confidencialidad obligándole a no desvelar secretos familiares, y resulta comprensible que personajes de notoriedad y cuya vida privada, por interesante para la opinión pública y generadora de una información apetecible para la prensa, es económicamente valiosa, intenten preservar su intimidad y su privacidad mediante pactos prematrimoniales o matrimoniales que impongan a un consorte una importante sanción para el caso de que incurra en intromisiones en la esfera de la intimidad del otro. Además de los resortes o mecanismos que el ordenamiento puede ofrecer para preservar el constitucional derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 10 de nuestra Constitución, el pacto por el que se protege, se define o se concreta ese derecho, incluso penalizando los comportamientos reprobables, en el ámbito puramente conyugal, contribuye

⁷⁷ Entrevista publicada en EL PAÍS, BABELIA, el 4 de marzo de 2016.

eficazmente a llenar de contenido en el escenario de un matrimonio concreto el deber recíproco de respeto.

8.1.3.3. *Del deber de ayuda y socorro mutuos*

Nada obsta a la posibilidad de que los cónyuges establezcan a través del pacto determinados comportamientos concretos como manifestación de los deberes -o del deber- de ayuda y socorro mutuos. Si bien, llamado a cumplirse ese deber tanto en el plano de las necesidades espirituales o morales como en el de las corporales y en el de las económicas, el pacto resultará útil para tipificar determinadas conductas como exigibles, singularmente las que pudieran considerarse de dudosa inclusión en el contenido propio de la obligación legal, pero en ningún caso, ni siquiera existiendo una prevención expresa en tal sentido de ambos cónyuges, podrá trazar un *numerus clausus* de conductas exigibles excluyente de cualesquiera otras que, siendo propias de la ayuda y el respeto debidos por razón del vínculo conyugal, no se hayan previsto como tales de forma expresa en ese pacto. Cualquier pretensión de exhaustividad en la descripción, por prolija que fuera, de las conductas debidas en función de este deber está abocada al fracaso y no quedará nada más que en pretensión.

En realidad, sucede así con el pacto definidor de este deber conyugal, o de las conductas que lo cumplen o lo incumplen, y también con los definidores de todos los demás, en la medida en que las obligaciones matrimoniales previstas en los preceptos del Código Civil lo son por ser reflejo de la misma esencia de la relación conyugal. Y aunque adaptar su contenido a la realidad social del tiempo en que se aplican y a las concretas circunstancias de cada matrimonio se revela como algo posible y hasta imprescindible, considero que no puede llegar a permitirse, como afirma MARTÍNEZ ESCRIBANO⁷⁸, que esos deberes puedan tener en cada pareja el alcance y significado que los propios esposos quieran dar. Y no porque dos personas jurídicamente capaces no puedan establecer entre sí una relación personal, afectiva, económica o patrimonial con los tintes o las características que prefieran, siempre que ello no contravenga la ley ni acarree consecuencias nocivas para terceros o para el orden público, sino porque esa relación, jurídicamente respetable, no será propiamente la relación matrimonial si

⁷⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos..." op. cit. p. 101.

al describirla y al trazar sus contornos no se han observado los límites mínimos genérica pero muy claramente expresados para esta específica unión en nuestro Derecho positivo vigente y de forma muy singular en los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil; preceptos que, no por casualidad, son los previstos en el artículo 58 como de necesaria lectura por el Juez, Alcalde o funcionario a los cónyuges en el momento inmediatamente anterior a ser preguntados sobre si consienten en contraer matrimonio y si efectivamente lo contraen. Así, con ese alcance, contraen matrimonio.

Son los pactos prematrimoniales alcanzados entre famosos fuera de nuestras fronteras los que pueden ofrecernos, otra vez, ejemplos de algunos acuerdos que bien pudieran considerarse como concreción voluntaria del deber de ayuda mutua legalmente previsto si fueran otorgados entre personas sujetas a nuestro ordenamiento civil. Y así, por citar algunos casos concretos, encontramos acuerdos referidos a la colaboración o la ayuda a prestar a un cónyuge por el otro para satisfacer necesidades puramente corporales, como los que establecen un mínimo de relaciones sexuales obligatorio para satisfacer la expresividad o el apetito sexual de un cónyuge (ya vimos que Madonna así lo exigió a Guy Richie y Jennifer López a Ben Affleck). Otros pactos constituyen estímulos para preservar la salud de un cónyuge amenazada por la afición al alcohol o a las drogas, tales como el otorgado entre Nicole Kidman y Keith Urban, en virtud del cual la primera aceptó entregar al segundo 640.000 dólares por cada año que pasara a su lado sin tocar las drogas. Canalizando el deber de ayuda mutua para centrarlo en la exigencia de un comportamiento a uno solo de los cónyuges cuando se vislumbra la ruptura, en el acuerdo prematrimonial otorgado entre Madonna y Guy Richie al que acabamos de referirnos se previó que si en algún momento existiera un distanciamiento conyugal en su matrimonio, sería el esposo, y no ella, el encargado de intentar un nuevo acercamiento entre ambos.

Tal vez el más señalado efecto de la obligación de ayuda y socorro mutuos sea el deber de alimentos entre cónyuges que, con regulación autónoma, se incluye en el título sexto del libro primero del Código Civil, cuyo artículo 143.1º identifica a los cónyuges como primeros obligados a darse entre sí alimentos con la extensión que señala el artículo anterior, disponiendo en igual dirección el 144 que la reclamación de los mismos se deberá dirigir al cónyuge en primer lugar.

Una aclaración que si bien pudiera, dada la claridad de los términos del Código Civil, parecer innecesaria, en el tema que analizamos no puede perderse de vista, es la de que el derecho de alimentos puramente legal sólo corresponde a los cónyuges mientras en efecto lo son. Disuelto el matrimonio y desaparecida esa cualidad, un cónyuge podrá, si concurren los requisitos en cada caso exigidos, reclamar del otro derechos distintos, tales como la compensación económica del artículo 97 o la indemnización prevista en el artículo 1.438 si el régimen vigente entre ambos fue el de separación de bienes, pero no el de percibir una pensión alimenticia derivada de los artículos 143.1º y 144, que sólo nacería de concurrir con los demás requisitos legales la cualidad de cónyuge tanto en el acreedor como en el deudor.

No puede olvidarse, sin embargo, que es posible que el derecho alimenticio, también entre quienes fueron cónyuges pero ya no lo son, surja de las otras fuentes reconocidas en el artículo 153 del repetido Código, concretamente de la autonomía de la voluntad al concertarse un contrato de alimentos o de una disposición testamentaria. Dicho precepto permite que el derecho de alimentos nazca no sólo de la ley o de la disposición de última voluntad, sino también del pacto por el que se perfecciona un contrato con las características del de alimentos previsto en los artículos 1791 y siguientes o con otras distintas pero dotado de todos los requisitos exigidos por nuestro Derecho de contratos para su eficacia y su validez. Hace ya más de dos décadas, COBACHO GÓMEZ destacaba cómo a pesar de los elogios que ha recibido el tratamiento de los alimentos en el Código Civil español, parece como si en él la obligación de alimentos convencionales tuviese una importancia secundaria, como se infiere del análisis del artículo 153, que:

“hace una referencia genérica mientras que para los alimentos legales se lleva a cabo una minuciosa reglamentación. Sin embargo, la importancia de los alimentos convencionales es cada día mayor en nuestros tiempos y, a veces, imprescindible para efectuar transmisiones patrimoniales o establecer las bases para la separación de hecho”⁷⁹.

⁷⁹ COBACHO GÓMEZ, J. A. “La deuda alimenticia”. Ed. Montecorvo, Madrid, 1.990, p. 357.

En efecto, hoy día entendemos muy bien que así es al analizar cuestiones como la que es objeto de nuestro estudio: la significación creciente y la relevancia del pacto de alimentos por el que los futuros cónyuges, o quienes ya lo son, pueden llegar a hacer nacer, por vía convencional, recíprocos derechos y obligaciones alimenticios con independencia –y para superarlas- de las expectativas surgidas de la regulación de los alimentos legales. Admitiendo también, con el autor citado, que:

“el derecho de alimentos legales es subsidiario, pues el que tiene derecho a reclamarlo en virtud de contrato no puede pedirlos, por innecesarios, al que estaría obligado a satisfacerlos por disposición legal”⁸⁰.

Debe, en resumen, distinguirse entre la deuda de alimentos surgida de la ley y la que nace del pacto o de la disposición de última voluntad; y dentro de la primera especie entre la que, por venir a completar la exigencia constitucional dirigida a los padres con respecto a los hijos menores de edad, alcanza ese rango legal, de la que, referida a los demás parientes entre sí, incluyendo la que vincula a los padres con los hijos mayores de edad, es de legalidad ordinaria, pues es sabida la distinción entre los alimentos debidos por los progenitores a sus hijos menores de edad, con el correlativo derecho de éstos a obtenerlos, -que alcanza rango constitucional a tenor de lo dispuesto el artículo 39 de nuestra Constitución, en cuyo apartado 3 se proclama el deber de los padres 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, y se sustantiva en los diversos preceptos del Código Civil que, como los artículos 90, 93, 110 o 154, lo incorporan de forma específica- y el derecho genérico de alimentos entre parientes regulado en el título sexto del libro primero del Código Civil⁸¹.

⁸⁰ BORREL Y SOLER. Derecho Civil Español, IV, 1.955, pp. 131 y 132.

⁸¹ Esta distinción, admitida de forma pacífica por la doctrina civilística y por la jurisprudencia, no ha impedido que la regulación contenida en el título sexto del libro primero del Código civil se considere en determinados aspectos, aunque no en todos, aplicable a los alimentos debidos por los padres a sus hijos menores de edad. En “Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art.148.1 CC”; Revista de Derecho de Familia, 1 de septiembre de 2.013, ÁLVAREZ MERINO, J. plantea la cuestión aportando datos históricos y comentarios sobre los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo, propugnando interpretaciones que

Con tanta concisión como rotundidad, dispone el artículo 1.814 del mismo cuerpo legal que no se puede transigir sobre alimentos futuros, prohibición legal que alcanza a todos los alimentos sin distinción ni de su naturaleza ni del parentesco existente entre el alimentante y el alimentista. Las razones de esta prohibición se encuentran en el fundamento moral de la obligación alimenticia. En expresión utilizada en la sentencia dictada por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla el día 2 de julio de 2.003:

“la ley concede los alimentos en razón a la necesidad que de ellos tiene el que ha de percibirlos, y transigir sobre los mismos equivaldría a renunciar en parte a la vida, según frase de un ilustre civilista de nuestros días”.

Ello no obstante, es también generalizada la opinión de que los alimentos sobre los que el artículo 1.814 prohíbe transigir son los legales, debidos entre parientes por disposición expresa de la ley, y no los debidos en virtud del pacto. Del mismo modo, la jurisprudencia y la doctrina judicial reiteran que la intransigibilidad de los legales sólo alcanza al derecho mismo otorgado por la ley y al del cobro de pensiones aún no vencidas, pudiendo por lo tanto transigirse sobre pensiones alimenticias ya devengadas pero pendientes de pago en el momento de la transacción. En este sentido y citando a GULLÓN BALLESTEROS y MANRESA NAVARRO, ROGEL VIDE ha reflexionado acerca de que desde el momento de su vencimiento o de su devengo los alimentos se incorporan al patrimonio del alimentista y constituyen un crédito legítimo a su favor contra el alimentante en caso de no haberse satisfecho, y por tratarse de bienes o derechos ya incorporados al patrimonio del interesado, puede éste transigir sobre ellos como sobre las demás cosas que le pertenecen. En el mismo sentido, y citando las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976 y 25 de septiembre de 1.985, aclara que el artículo 1.814 no ha impedido a la jurisprudencia declarar la validez de las convenciones por las que se fija el monto de la pensión alimenticia,

romperían con la línea tradicional equiparadora de ambos tipos de alimentos en aspectos tan trascendentes como el de la posible retroactividad del derecho al cobro de la pensión alimenticia desde el mismo momento de su devengo, y no sólo desde el de su reclamación judicial, confiriendo a ésta eficacia retroactiva en el caso de hijos menores de edad, o el del cómputo del plazo prescriptivo de la obligación de pago en el mismo supuesto, cuyo dies a quo considera debería quedar fijado en el día en que el menor alcance la mayoría de edad.

dejando siempre abierta la intervención de la autoridad judicial para su revisión cuando no cumplan la finalidad prevista en la ley que es, en esencia, la de procurar la subsistencia⁸².

Se dibuja así un panorama de posibilidades diversas en el que, en primer lugar, los futuros cónyuges pueden pretender establecer convencionalmente un derecho y una correlativa obligación de alimentos entre ellos que nazcan y perduren durante todo o parte del tiempo de su matrimonio, o que nazcan una vez disuelto éste o, nacidos antes, extiendan su vigencia después durante más o menos tiempo, e incluso de forma vitalicia. Posibilidades que admiten también la de que quienes ya son cónyuges pacten un derecho de alimentos para regir durante algún tiempo en el matrimonio o mientras éste dure, para perdurar después o para nacer cuando no lo sean ya.

Sin olvidar tampoco que no es imprescindible para que el derecho de alimentos pueda ser válidamente pactado el que el alimentista se encuentre en la situación de necesidad prevista en todo caso para los alimentos legales. Al plantearse esta cuestión, COBACHO GÓMEZ sostiene acertadamente que:

“cabe plantearse si la necesidad en que se encuentra el alimentista es también esencial al contenido de la obligación de alimentos convencionales. La respuesta es que cabe pensar en dos tipos de obligaciones de alimentos surgidos convencionalmente, las unas basadas, como las legales, en la necesidad del alimentista y las otras en las que este requisito no es característica propia. Como es sabido, el artículo 1.255 CC dispone 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 o al orden público”⁸³.

Para dar respuesta a las diversas posibilidades planteadas con un sentido unívoco, un primer criterio que puede resultar orientativo es el que aporta la sentencia dictada por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo el día 4 de noviembre de 2.011⁸⁴, de la que fue ponente Doña Encarnación Roca Trías, al disipar la duda que hasta entonces existía acerca de la posibilidad de que la

⁸² ROGEL VIDE, C. “Mediación y transacción en el Derecho Civil”. Revista general de legislación y jurisprudencia, nº 3, 2.009. Ed. Reus, Madrid, pp. 545 a 564.

⁸³ COBACHO GÓMEZ, J. A. “La deuda...”, op. cit. p. 366.

⁸⁴ CENDOJ: ROJ: STS 6998/2.011.

deuda alimenticia entre quienes ya no son cónyuges provenga de un pacto alcanzado cuando aún lo eran y cuya eficacia se mantiene a pesar del divorcio posterior. En el fundamento de derecho segundo de la resolución se explica que el recurso de casación resuelto presenta interés casacional por resolver cuestiones entre las que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en la aplicación de lo dispuesto en los arts. 155 y 1.255 y 90 y 91 del Código Civil sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de los pactos que establecen alimentos entre los firmantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previo, añadiendo que no hay doctrina unánime de las Audiencias y citando diversas sentencias en sentido tanto favorable como desfavorable a esa compatibilidad.

Aun refiriendo, sólo por razón del supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento, dicha afirmación al pacto de alimentos establecido en convenio regulador de la separación matrimonial, la sentencia califica el pacto como contrato de alimentos del artículo 153:

“es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el artículo 1.791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso: el pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal para reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges”.

Lo que significa que el pacto otorgado cuando lo eran y en virtud del cual quienes ya no son cónyuges se deben alimentos es válido y eficaz, y puede ser oneroso o gratuito; en uno u otro caso, su denominación y su régimen jurídico podrán ser distintos, pero es indudable su validez si no hay razón de derecho necesario que se oponga a ella. Ello es así porque de la autonomía de la voluntad puede nacer un pacto de unas u otras características. Como recuerdan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de mayo y 28 de julio de 1.965, 3 de noviembre de 1988, 21 de octubre de 1.992, 18 de enero y 21 de octubre de 2.001, entre todas las demás, ciertamente los artículos 1.791 a 1.797, que integran el capítulo segundo del título duodécimo del libro cuarto del Código Civil, regulan el denominado contrato de alimentos configurándolo como un contrato con las características fundamentales de bilateral, oneroso y vitalicio, pero los márgenes de esta clase de convenciones tendentes a proporcionar

manutención y asistencia se amplían hasta ser descritos como contratos autónomos y atípicos susceptibles de las variedades propias de su naturaleza y finalidad y regidos por las cláusulas, pactos y condiciones que, sin contravenir las prohibiciones del artículo 1.258, se incorporen al mismo, y al que son aplicables supletoriamente las normas y principios generales de las obligaciones y contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos, sean de los de renta vitalicia o los de alimentos por convenio del artículo 153.

Nos acercamos así a esas respuestas de fundamento unívoco que buscamos: el pacto, oneroso o gratuito, será válido en la medida en que no contravenga las prohibiciones del artículo 1.258 -la buena fe, el uso y la ley- y naturalmente y además los límites marcados en el art. 1.255 de la moral y el orden público. Se esclarece de este modo la proyección de la regulación legal sobre los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en materia de alimentos entre cónyuges o ex-cónyuges. El límite de la ley vendrá impuesto por los mínimos legales surgidos de las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que siempre deberán ser respetados. Cualquier pacto concertado entre futuros cónyuges o entre quienes ya lo son que conduzca a la supresión de un derecho de alimentos que, aun no declarado judicialmente, haya ya nacido o pueda nacer por concurrir los requisitos legales de conyugalidad, necesidad de un cónyuge y posibilidad del otro de prestarlos, o a la supresión o minoración del importe que en virtud de esa regulación fuera exigible en el futuro, deberá reputarse nulo por contrariar la norma legal. Los demás serán válidos siempre que no sean contrarios a la buena fe, la moral o el orden público.

Por lo tanto, los futuros cónyuges podrán establecer convencionalmente, en un acuerdo prematrimonial, un derecho y una correlativa obligación de alimentos entre ellos que nazcan y perduren durante todo o parte del tiempo de su matrimonio, o que nazcan una vez disuelto éste, o que, nacidos antes, extiendan su vigencia después durante más o menos tiempo, e incluso de forma vitalicia. Pero si, analizadas las circunstancias concurrentes en el momento de la aplicación del pacto, éste contraría el derecho del alimentista surgido de la regulación legal, ésta prevalece sobre al pacto, cuya nulidad total o parcial, en lo que perjudique ese derecho, es directa consecuencia de la imperatividad de los preceptos legales citados.

Y también quienes ya son cónyuges podrán convenir válidamente esta clase de pactos, para su matrimonio o para después de él, de modo semejante y con iguales limitaciones.

En coherencia con todo lo dicho, el pacto por el cual se suprime o se renuncia al derecho a exigir alimentos legales para cuando nazca es nulo radical.

8.1.3.4. *Del deber de convivencia*

Según el diccionario de la RAE, convivir es: “vivir en compañía de otro u otros”, compañía es “efecto de acompañar” y acompañar es “estar o ir en compañía de otra u otras personas” o “participar en los sentimientos de alguien”; cónyuge es “consorte” y consorte “persona que es partícipe y compañera con otra u otras en la misma suerte. Marido respecto de la mujer y mujer respecto del marido”.

El Código Civil establece el derecho-deber y la presunción iuris tantum de convivencia conyugal en los artículos 68 y 69 empleando la expresión vivir “juntos”, y “junto”, según el diccionario citado, es “Unido, cercano. Que obra juntamente con otra persona, a la vez o al mismo tiempo que ella. Juntamente, cerca, al lado”. Además, en su artículo 70 nuestro Código obliga a los cónyuges a fijar de común acuerdo el domicilio conyugal, reservando esa fijación al Juez en caso de discrepancia; e incluso, al regular las medidas provisionales por demanda de separación, nulidad o divorcio, dispone en el artículo 105 que no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o la solicitud de adopción de esas medidas.

Más allá del alcance que en su aplicación práctica actual deba conferirse a esos preceptos, resulta obvio que en la mens legislatoris existe una clara identificación entre los términos “convivencia” y “compañía”, identificación que parte de la atribución a ambos términos de una significación coincidente con la puramente semántica. Lo que también se hace patente en otros apartados de nuestro Código, tal y como sucede, por ejemplo, cuando en el artículo 155, al describir los derechos-deberes emanados de la patria potestad y que atañen a los progenitores para con sus hijos, se incluye en el apartado primero, con referencia a estos últimos, el de “tenerles en su compañía”, lo que no puede entenderse sino como obligación y derecho de los padres de convivir con sus hijos mientras están bajo su potestad.

Que el matrimonio instaura una comunidad de vida a la que es consustancial la convivencia conyugal desplegada en el mismo domicilio, con la lógica excepción de las situaciones de imposibilidad o necesidad debidas a causas justificadas, hasta ahora no era algo susceptible de ser seriamente discutido. Una unión matrimonial civil que excluyera totalmente la convivencia conyugal sería, en realidad, algo distinto de un matrimonio, y el pacto por el que esa convivencia fuera excluida, por más sinceros y estrechos que fueran los compromisos de solidaridad, afecto o fidelidad recíprocos, nunca llegaría a constituir un verdadero matrimonio. El consentimiento matrimonial prestado con reserva o exclusión del deber de convivencia sería nulo y generaría la nulidad radical del matrimonio.

Esta evidencia, o esta exigencia, que en Derecho matrimonial canónico siempre ha sido proclamada y que de forma muy especial queda englobada como una de las características de la “*comunitas vitae et amoris*”⁸⁵ instaurada por el “consorcio de toda la vida” constituido entre los cónyuges por razón del matrimonio a tenor de lo dispuesto en el cn. 1.055 del Código de Derecho Canónico de 1.983, ha sido también consustancial a la unión conyugal civil. Lo que en gran medida es debido a que, como ya habíamos adelantado al describirlo, este derecho-deber conyugal tiene un contenido marcadamente instrumental, pues es en el ámbito de la compañía donde los demás derechos-deberes conyugales están llamados a hacerse efectivos recíprocamente.

No obstante, y siendo todo ello cierto, si centramos la atención en el ordenamiento civil para abordar aquéllas cuestiones que interesan a nuestro trabajo, será imposible pasar de largo sobre las evidencias que ofrecen las actuales formas de vida en pareja, al proliferar las relaciones en las que la convivencia no se entiende como una unión física o material tan sumamente estrecha y cerrada como tradicionalmente ha sido entendida y como hoy mismo se sigue entendiendo en la mayoría de los casos, singularmente en España. Dicho de otro modo: existen fenómenos, que no constituyen casos raros o excepcionales ni acontecimientos esnobistas o estafalarios, sino verdaderas realidades estables y consolidadas, surgidas de propósitos serios y maduros y de compromisos adoptados por personas responsables y formadas, que evidencian la creciente

⁸⁵ Constitución Apostólica *Gaudium et Spes*, nº. 48.

medida en la que hoy día el deber de convivencia tiende a flexibilizarse en función de factores y finalidades muy diversos, dando paso a formas de compañía entre los miembros de la pareja que se apartan de la convivencia en un domicilio común o en un único domicilio común.

Desde el punto de vista sociológico, el fenómeno comienza a ser ya inacabable. La cada vez mayor formación cultural cuya adquisición facilita tanto al hombre como a la mujer el desarrollo social, la incorporación de esta última al trabajo y al mundo profesional y empresarial o la implantación de formas de comunicación posibilitadoras de una inmediatez que hace escasas décadas era impensable, facilitan que las relaciones interpersonales entre los miembros de una pareja puedan ser vertiginosas y, en determinada medida, estrechas y fluidas pese a que entre sus miembros exista físicamente una separación de muchos kilómetros. A través de las comunicaciones telemáticas, hoy es posible que dos personas mantengan, contemplándose al tiempo a través de una pantalla, una conversación de horas de forma gratuita; la comunicación por correo telemático o telefónica es inmediata también. Y es indudable que esos avances tecnológicos, que sin duda propician, y son también, avances culturales, generan espontáneamente nuevas formas de desarrollo vital y de entendimiento y desenvolvimiento de las relaciones humanas.

Si acometiéramos este estudio desde la óptica del Derecho canónico, el camino sería largo y profundo pero la conclusión fácilmente pronosticable. Las formas de convivencia que admiten cohabitación con personas extrañas al matrimonio o a la familia, o que voluntariamente y sin necesidad se despliegan en domicilios distintos por dos personas casadas canónicamente, son ajenas al contenido mismo del matrimonio como tal, y el acto positivo de voluntad por el que, al prestar el consentimiento, cualquiera de los cónyuges excluye la convivencia entendida en su significación tradicional acarrea la nulidad del matrimonio por excluirse algo esencial al consorcio de toda la vida prescrito por la norma codicial que antes hemos citado. A este respecto, y sólo en referencia a los avances en el mundo digital, puede resultar muy esclarecedora y es, como era esperable, singularmente lúcida, la explicación que en la Encíclica "Laudato si" ha realizado el Papa Francisco acerca de la cautela con la que, si se pretende "*vivir*

sabiamente, pensar en profundidad y amar con generosidad”, deben ser utilizados y entendidos los medios telemáticos. El pasaje merece ser reproducido⁸⁶:

“A esto se agregan las dinámicas de los medios del mundo digital que, cuando se convierten en omnipresentes, no favorecen el desarrollo de una capacidad de vivir sabiamente, de pensar en profundidad, de amar con generosidad. Los grandes sabios del pasado, en este contexto, correrían el riesgo de apagar su sabiduría en medio del ruido disperso de la información. Esto nos exige un esfuerzo para que esos medios se traduzcan en un nuevo desarrollo cultural de la humanidad y no en un deterioro de su riqueza más profunda. La verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las personas, no se consigue con una mera acumulación de datos que termina saturando y obnubilando, en una especie de contaminación mental. Al mismo tiempo, tienden a reemplazarse las relaciones reales con los demás, con todos los desafíos que implican, por un tipo de comunicación mediada por internet. Esto permite seleccionar o eliminar las relaciones según nuestro arbitrio, y así suele generarse un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen más que ver con dispositivos y pantallas que con las personas y la naturaleza. Los medios actuales permiten que nos comuniquemos y que compartamos conocimientos y afectos. Sin embargo, a veces también nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro y con la complejidad de su experiencia personal. Por eso no debería llamar la atención que, junto con la abrumadora oferta de estos productos, se desarrolle una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales, o un dañino aislamiento.”

No se puede decir mejor; tal vez de otro modo, pero no mejor.

Pero centrado este estudio en lo que interesa al Derecho civil y más concretamente en la posibilidad de que en el ámbito de ese ordenamiento la autonomía de la voluntad pueda incidir en la regulación del contenido del deber de convivencia conyugal, vamos a intentar aproximarnos a la realidad actual de esos fenómenos emergentes y a la medida en la que sus protagonistas podrían llegar a intentar utilizar al pacto para incardinar nuevas formas de convivencia en el marco del matrimonio civil.

⁸⁶ CARTA ENCÍCLICA “LAUDATO SI”, “Sobre el Cuidado de la Casa Común”, del Santo Padre Francisco. 24 de mayo de 2015. N.47.

El fenómeno más llamativo, que comenzó a producirse en los países nórdicos y en otros estados europeos en la segunda mitad del siglo XX y que ha proliferado en los últimos años, es el que los anglosajones han denominado "LAT", acrónimo de "*Living Apart Together*" descriptivo de aquellas parejas que "viviendo juntos pero separados" y casadas o no, no viven en el mismo domicilio, habitando cada uno el suyo -que a su vez, en algunos casos, comparten con otras personas-.

Dentro de tan amplio género, las especies se multiplican. Es muy interesante el estudio que sobre este fenómeno fue publicado por el profesor de Sociología de la Universidad de Málaga LUIS AYUSO⁸⁷, en el que se describe la realidad española del año 2.011 con referencia a los antecedentes del fenómeno en el entorno internacional, sus causas, su implantación y el pronóstico sobre su previsible evolución, explicándose los múltiples factores que han determinado su surgimiento y su proliferación y la verdadera incidencia que presenta en nuestra sociedad nacional.

Aunque el fenómeno repetido engloba tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, a las casadas y a las solteras, a las integradas por algún miembro, o por ambos, viudo, separado o divorciado, a aquellas cuyos miembros han excluido la procreación y/o la adopción, a las que, por el contrario, tienen hijos comunes o hijos propios de uno de sus miembros pero no del otro, a las que han establecido esta forma de relación por decisión voluntaria y no por razones impuestas por la actividad laboral u otras circunstancias similares, a las que lo han hecho por estas últimas razones, a las que pretenden preservar su pretendida intimidad particular o evitar las más desagradables o dificultosas o dolorosas consecuencias de la auténtica vida en común, lo que nos interesa es acercarnos a aquellas uniones cuyos miembros son ya o han decidido ser cónyuges pero también establecer en su matrimonio una convivencia caracterizada por semejante atipicidad.

En España, aproximadamente el ocho por ciento de la población de entre 20 y 79 años vive en LAT. En ese porcentaje se integran todas las formas de vida en pareja en las que, existiendo un compromiso serio de constituir una unión estable

⁸⁷ LIVING APART TOGETHER EN ESPAÑA. AYUSO, L. *Revista internacional de Sociología*, vol. 70, nº3, Septiembre-diciembre, 2.012, pp. 587-613.

y permanente con exclusividad afectiva, no existe convivencia bajo el mismo techo. Situación dentro de la cual, siguiendo al profesor LUIS AYUSO, pueden distinguirse tipologías diversas: parejas separadas al comienzo de su relación, que se hallan en situación de pre-unión y que pese a presentar una alta deseabilidad de convivencia no pueden establecerla por no haber concluido su formación, carecer de recursos o, incluso, no conocerse aún suficientemente; parejas separadas por razones laborales, por hallarse sus trabajos en diferentes ciudades, que se conocen como “matrimonios o parejas de fin de semana”; parejas separadas por razón de cuidados a personas mayores y a niños, que son habituales en segundas uniones y se integran por personas que se hallan comprometidas en cuidar a sus padres mayores o a sus hijos pequeños anteriores al inicio de su relación de pareja; parejas de personas mayores, sobre todo viudas, vinculadas emocionalmente a sus hogares y a sus relaciones con hijos y nietos, que desean tener su pareja pero no renunciar ni a su domicilio ni a sus relaciones familiares; parejas que no quieren repetir errores pasados y por ello se muestran reacias a iniciar una nueva convivencia; y, finalmente, parejas separadas pre-ruptura, que por atravesar una crisis han decidido cesar temporalmente su convivencia.

De entre todas estas formas de unión en pareja sin convivencia, todas aquéllas referidas a los cónyuges en las que la separación viene impuesta por razones insalvables, tales como los distintos destinos laborales de sus miembros o la necesidad de éstos de atender a terceras personas, razones que se superponen al deseo sincero de ambos de vivir juntos y que, desaparecidas, les determinarían a instaurar o reinstaurar su convivencia bajo el mismo techo, carecen de relevancia y no suponen ninguna situación extraña o contraria a la normalidad del matrimonio civil. Son las que se producen por decisión voluntaria de los cónyuges, las buscadas y decididas libremente por quienes, pudiendo vivir juntos, deciden no hacerlo por esos motivos a los que antes hacíamos referencia, relacionados con la preservación de su intimidad individual, su particular concepción de la vida en pareja o la pretensión de eliminar los problemas, roces y dificultades que la vida en común produce, las que ahora nos interesan.

En el estudio sociológico citado, se constata que en España las mujeres LAT casadas representan el siete por ciento de las mujeres en LAT. Su perfil es diferente al de las mujeres que conviven con su cónyuge: son más jóvenes, tienen

mayor nivel de estudios y aproximadamente la mitad de ellas nacieron fuera de España. Su rasgo más característico es que tienden a tener menos hijos que las casadas que conviven habitualmente.

Aunque la presencia de estas situaciones es aún pequeña, en todos los países europeos su significación es creciente, constituyendo no sólo formas de unión a prueba sino modelos consolidados de relación alternativa a la convivencia, incluida la matrimonial. Entre sus conclusiones, el estudio sociológico consultado destaca *“la importancia que adquiere el pacto privado entre los miembros de la pareja para definir esta situación, que supone un reto para los sociólogos...”*.

Y para los juristas, añadimos nosotros. Comenzábamos este trabajo preguntándonos si es posible que, en los albores del siglo veintiuno y en una sociedad avanzada como la nuestra, pueda admitirse que quede por regular alguna realidad que pudo haberse regulado ya, o tal vez algún fenómeno surgido últimamente o que es ahora cuando prolifera. Y todo parece indicar que éste será uno de ellos. Que el Derecho de familia deberá abordar el tratamiento jurídico del pacto matrimonial o prematrimonial por el que venga a modalizarse el deber de convivencia conyugal, configurando un modelo de compañía entre cónyuges apartado del más rancio o tradicional pero sin pretensiones de constituir un vínculo distinto del matrimonio ni inspirado en la voluntad de soslayar las obligaciones legales surgidas del mismo, sino más bien en la contraria.

En esta cuestión cobran importancia nuevamente los conceptos. Sabemos ya qué es convivir y qué es compañía. Ahora debemos centrarnos en lo que es cohabitar: según el diccionario de la RAE *“Habitar juntamente con otra u otras personas. Hacer vida marital”*. Y marital es *“perteneciente al marido o a la vida conyugal”*. En consecuencia, si la vida marital pertenece a la vida conyugal y ésta se hace habitando juntamente un cónyuge con el otro, puede dar la impresión de que la convivencia que se despliega en el seno del matrimonio exige, para ser considerada propiamente marital, la proximidad y la compañía cotidianas que se describen con el adverbio *“juntamente”* en el diccionario y con la expresión *“vivir juntos”* en el artículo 68 del Código Civil.

Sin embargo, no parece que actualmente nuestros tribunales de justicia entiendan de este modo la convivencia marital, porque en esta cuestión el criterio interpretativo de las normas a la luz de la realidad social del tiempo de su aplicación, previsto en el artículo 3 CC, ha dado ya lugar a pronunciamientos

judiciales abundantes y uniformes en los que se viene a comprender en el concepto de convivencia marital no sólo las uniones sin convivencia continua o más o menos periódica en un domicilio común, sino, yendo más lejos, también las que se despliegan entre personas vinculadas afectivamente sin ninguna clase de cohabitación y que dispone cada una de su propio domicilio. Resoluciones que han recaído al aplicar un precepto incardinado en la regulación del matrimonio contenida en el título cuarto del libro primero del Código Civil y cuyo auténtico eje viene constituido precisamente por el concepto de convivencia marital: el artículo 101, cuyo primer párrafo contempla como causas de extinción del derecho de pensión compensatoria ya reconocido “contraer el acreedor nuevo matrimonio o *convivir maritalmente con otra persona*”.

El estudio de ese cuerpo de jurisprudencia y de doctrina judicial puede partir, porque en ella se describe y distingue entre lo que por convivencia marital se vino entendiendo hasta hace muy poco tiempo y lo que se entiende ahora, de la sentencia dictada por la Sección Primera Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el día 8 de marzo de 2.010⁸⁸, resolución que, revocando la de primera instancia y en aplicación del artículo 101 citado, estima una pretensión extintiva de la pensión compensatoria previamente establecida en proceso matrimonial.

En su fundamento derecho tercero, se refiere la sentencia a la interpretación que venía atribuyéndose a la expresión “convivencia marital”, recordando que:

*“El artículo 101 “in fine” del Código Civil ha sido interpretado reiteradamente en el sentido de que la convivencia marital, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone necesariamente una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de facto, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone la estabilidad, como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esa institución cuando la propia ley ya lo*

⁸⁸ CENDOJ: ROJ: SAP TF 303/2010.

contempla expresamente como causa de extinción: se trata, en definitiva, de una relación a semejanza de la matrimonial, como con mejor criterio precisó la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1.998, al decir que esa convivencia, respecto de la cual es ciertamente irrelevante que haya concluido en el momento de interponerse la demanda o dictarse la sentencia, ha de tratarse de una unión de carácter estable similar a la matrimonial, no mereciendo tal consideración las relaciones sentimentales más o menos esporádicas o circunstanciales, incluso mediando el nacimiento de un hijo (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Oviedo de 16 de octubre de 1.990 y Madrid de 11 de noviembre de 1.991), ni la cohabitación más o menos pasajera, ni aun la convivencia prolongada con persona del otro sexo si la relación no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses comunes, en cuanto grupo, distinta de la relación sentimental (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de octubre de 1.987). Y, en este mismo sentido, son asimismo de citar las sentencias de las Audiencias Provinciales de Cádiz, Sección 8ª, de 5 de mayo de 2.001, de Valladolid, Sección 3ª, de 5 de junio de 1.999, de Barcelona, Sección 12ª, de 13 de diciembre de 1.999, etc.

La apreciación por los tribunales de la causa de extinción de la pensión compensatoria contemplada en el artículo 101 del Código Civil, referida a la convivencia marital del acreedor con otra persona, presenta evidentes dificultades, por cuanto precisa, en primer lugar, establecer cuál es el contenido de la expresión **vivir maritalmente con otra persona** y, en segundo lugar, analizar cuidadosamente el acervo probatorio obrante en los autos, a fin de concluir en uno u otro sentido, en el bien entendido de que, si bien es cierto que la carga de la prueba de la convivencia corresponde al demandante, acreditada la misma, corresponderá a la parte demandada acreditar que tal convivencia no puede equipararse a una unión *more uxorio*. Rechazada por la denominada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales la equiparación a la vida marital de una simple relación sentimental, ya que queda fuera del ámbito de dicho precepto cualquier pretensión moralizante, se ha venido entendiendo por vida marital la situación de convivencia que tiene un carácter similar al conyugal, es decir, la existencia de una comunidad de vida análoga al matrimonio, una unión *more uxorio* de características similares a la matrimonial en lo concerniente a las notas de habitualidad, estabilidad y permanencia...".

La vida marital, de este modo, se entiende como una situación de convivencia que instaura una comunidad de vida en la que existen intereses comunes y una comunicación personal que trasciende la identidad de cada una de las dos personas que la integran (“*en cuanto grupo*”) y cuyo paradigma es el modelo matrimonial, en la que la cohabitación (“*vivir juntamente*”) permanente y estable viene a generar la posesión de un estado familiar de facto equivalente al que el matrimonio genera. La convivencia, entendida como vida común de ambos cónyuges desplegada de manera permanente y estable bajo el mismo techo, naturalmente salvo aquéllas situaciones de objetiva imposibilidad a las que ya nos hemos referido, constituye un elemento definitorio de la vida marital.

Mas la sentencia prosigue, y en el mismo fundamento añade un pero:

“...Pero, junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la actual realidad social, que ha de ser tomada presente para interpretar y aplicar las leyes (art. 3.1 del C.C.), ha relativizado las diferencias entre matrimonio y noviazgo, pues frente a concepciones ya superadas en las que, no ya la indisolubilidad del vínculo matrimonial, sino la estabilidad de la relación era la nota predominante, hoy hay que tener en cuenta que es el mero deseo de ambos cónyuges de permanecer juntos, de mantener una relación afectiva que conlleve una genérica comunidad de vida e intereses, la que caracteriza al mismo. La estabilidad ya no es un dato tan relevante, o al menos ha de entenderse más limitada en el tiempo, referida sólo a un propósito o proyecto de futuro (se establece la relación afectiva con intención de permanencia en el tiempo), pues basta el deseo de uno de ellos de poner fin a la relación, después de tres meses desde la celebración del matrimonio, para que se decrete el divorcio (arts. 86 y 81 del C.c.).... Ha de tenerse en cuenta que el dato de la convivencia también resulta hoy desdibujado en lo que son relaciones matrimoniales o asimiladas. La facilidad y rapidez de las comunicaciones, así como razones laborales, hacen frecuente que el lugar de trabajo y el de residencia no siempre coincidan: en este sentido, es muy significativa la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, de 13 de mayo de 2.007, que al respecto establece: “La Sala, frente al rigorismo exigido antaño y atendida a la realidad social del momento -art. 3 del CC.-, estima preciso constatar y puntualizar que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, la “convivencia marital” a que hace referencia el mentado precepto del Codi de familia debe entenderse como toda aquélla en que se dé una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de

convivir de forma permanente y menos en la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como "marital", no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquellos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad."

De manera que el dato de la convivencia debe desproveerse del rigorismo exigido antaño, perdiendo trascendencia el que cada uno de los miembros de la pareja habite su propio domicilio o el que compartan vivienda sólo determinados días, pues basta para que la vida común sea considerada vida marital con que mantengan un desiderátum, "un mero deseo" de permanecer juntos en la "genérica" comunidad de vida e intereses que caracteriza al vínculo matrimonial. Y es ese sentimiento común de exclusividad afectiva y de estabilidad emocional con vocación inicial de permanencia o continuidad, aunque luego ésta no se produzca, lo que adquiere la trascendencia perdida por la convivencia entendida en su sentido tradicional.

Dos años más tarde, la Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en la sentencia dictada el día 9 de febrero de 2.012⁸⁹, al resolver favorablemente un recurso de casación enderezado a la supresión de una pensión compensatoria, acerca del significado de la expresión "vivir maritalmente" utilizada por el Código Civil. Esta sentencia, cuya fundamentación fue reiterada por la de la misma Sala de 28 de marzo de 2.012⁹⁰ y de la que también fue ponente la magistrada Doña Encarnación Roca Trías, incluye un cuarto fundamento de derecho intitulado "El significado de vida marital" que se destina a explicar cuál

⁸⁹ CENDOJ: ROJ: STS 624/2012.

⁹⁰ Ambas resoluciones frecuentemente invocadas después por otras posteriores del mismo Tribunal y de las Audiencias Provinciales, tales como las de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de octubre de 2,012 o las de las Secciones 1ª y 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de mayo de 2.006 y 5 de noviembre de 2.015, respectivamente.

es el alcance que actualmente debe conferirse a esa expresión utilizando los cauces interpretativos adecuados.

Tras recordar que desde la entrada en vigor de la Ley de 17 julio de 1.981 se vinieron manteniendo en la doctrina dos posturas acerca de ese alcance, siendo una la de quienes entendieron que el Código Civil utiliza la expresión repetida como equivalente a convivencia matrimonial y la otra la de quienes consideraban que cualquier tipo de convivencia estable de pareja debía ser considerada marital y llevaba a la extinción de la pensión compensatoria, sin incluir las uniones ocasionales o esporádicas, la sentencia se sumerge en una reflexión explicativa de que el sentido de la regla contenida en el artículo 110 CC se entiende mediante la utilización de dos cánones interpretativos, contenidos ambos en el artículo 3 del Código Civil pero distintos entre sí: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo de su aplicación.

De acuerdo con el primero, la norma fue introducida precisamente para evitar que para impedir la pérdida de la pensión compensatoria se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, ya que inicialmente se preveía como única causa de extinción de la pensión compensatoria el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor, y no su convivencia, fuera del tipo que fuera, con otra persona. Dicho de otro modo por nosotros: se añadió esa previsión, precisamente, para evitar el fraude que, con la finalidad de evitar la aplicación de la norma, se produciría en el caso de que dos personas instauraran una comunidad de vida con todas las características de la matrimonial pero sin cumplir el requisito de forma del matrimonio.

Según el segundo, se señala en la sentencia que la expresión “vida marital con otra persona” puede ser calificada desde dos puntos de vista distintos:

“uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable: en general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, more uxorio, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina “vida marital” son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento

entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio”.

Se extrae de ello la conclusión de que la nota diferenciadora entre la vida marital no matrimonial y la vida marital propiamente matrimonial radica en el cumplimiento o incumplimiento del requisito de forma del matrimonio. La vida matrimonial vendría a ser la vida en pareja con las notas de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad que ya hemos repetido, unidas al cumplimiento del requisito de forma del matrimonio, y la vida marital esa misma vida sin ese cumplimiento, ambas generadoras de la posesión del estado de vida familiar con repercusión en la vida pública (*“creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones”*). Siendo así, la convivencia en una y otra no presenta rasgos diferenciados, por lo que las características de esta vida marital, perfilada por ésta y las anteriores resoluciones, sirven para el matrimonio, son las del matrimonio.

¿Cómo decir que no, entonces, a las parejas casadas o que quieran casarse en LAT? El argumento en contrario, de lege data, que invocaría el artículo 68 del Código Civil resultaría en principio contundente, porque el precepto obliga a los cónyuges, con terminología inconfundible, a vivir juntos, y vivir siempre o habitualmente en domicilios distintos no es vivir juntos. Pero al estirar el concepto de convivencia en los términos que hemos analizado, desdibujando su significación gramatical, comprendiendo en la convivencia marital formas de convivencia sin cohabitación y sin compañía en un domicilio compartido, y permitiendo que, aunque en lo demás los cónyuges se comporten como tales, se trate de sujetos de una familia cuyos miembros se cobijan bajo techos que no comparten, ese argumento queda volatilizado.

Y si es así: ¿No sería más coherente, y más sincero, suprimir la obligación de vivir juntos del precepto sustantivo? Porque no es posible vivir juntos sin vivir juntos, y una cosa es que las obligaciones personales matrimoniales, existentes, sean difíciles o imposibles de exigir de forma coercitiva, con el obligado recurso a las subsidiarias o sustitutivas de cumplimiento o, si se quiere en este caso, a la disolución matrimonial como remedio único para el futuro, y otra muy distinta que una de esas obligaciones en realidad no exista, por haberse desnaturalizado

su contenido de tal modo que haya llegado a convertirse exactamente en lo contrario de lo que es.

Una redacción del artículo 68 del Código Civil en la que el deber de convivencia quedara suprimido o en la que se describiera ésta convivencia como la desplegada por dos personas que, compartiendo o no vivienda, mantengan vínculos de recíprocas exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad, resultaría mucho más aproximada que el texto legal vigente a la interpretación jurisdiccional actual de lo que es en realidad la convivencia conyugal.

Si al analizar la validez del pacto prematrimonial o matrimonial por el que se acuerde que los cónyuges mantengan domicilios siempre distintos, incluso sin cohabitar más que en el sentido, ya desterrado del diccionario de la RAE pero que hasta hace poco tiempo se incluía en él, de “realizar el acto sexual”, o en el de coincidir en el mismo escenario para comer, cenar o utilizar un cónyuge el domicilio del otro, que le es ajeno, de forma pasajera o provisional, se mantiene esa orientación, desde luego se concluirá en la validez y la eficacia del pacto y en su adecuación al contenido propio de la unión matrimonial tal y como hoy se entiende ésta por nuestros tribunales. Y así, ya de paso, si no descartados, quedarán al menos muy suavizados en estos casos otros deberes emanados de los preceptos de nuestro Código Civil, tales como el de compartir las responsabilidades domésticas, pues la vida doméstica común no pasará de ser una entelequia, o el de atender a las personas dependientes a cargo de los cónyuges, dado que la separación domiciliaria, si es que no las excluye, como mínimo propicia la diferenciación entre las competencias individuales en ese ámbito de cada cónyuge.

Alcanzado tal estado de cosas fáctico y jurídico, mantener esa situación de separación domiciliaria en el caso de que nazcan hijos comunes resultará difícil, pero no incompatible con el matrimonio. Lo que, si dejamos que la imaginación, o mejor la capacidad de pronóstico, fluya sin cortapisas, abrirá camino a otras cuestiones: ¿Será normal el pacto concertado para regular una distribución entre ambos progenitores de las funciones inherentes a la patria potestad, dado que éstos, al amparo del párrafo primero del artículo 156 del Código Civil y aun correspondiéndoles el ejercicio conjunto, pueden hacer residir en uno sólo de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro dicho ejercicio, siendo en todo caso

válidos los actos unilaterales efectuados conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad?; ¿Qué ocurriría si se diera la gran paradoja de que, acordando mantener residencias separadas, antes de contraer matrimonio los futuros cónyuges establecieran para su futura progenie un régimen de guarda y custodia similar al previsto para los supuestos de nulidad, separación y divorcio? Pactos, estos y otros similares, que no sólo podrían reclamarse ajustados a derecho sino, aún más, necesarios para dar satisfacción y hacer posible en el plano de los hechos el concepto de convivencia que se habría implantado. Y si se barrunta que esa implantación está cantada, sus consecuencias, con todo lo demás, no puede haber duda de que llegarán también.

8.1.3.5. Del deber de actuar en interés de la familia

El contenido de este deber nos aproxima, incluso con mayor intensidad que el de los demás, a la finalidad esencial del matrimonio como germen y escenario de la evolución y el desarrollo de la familia, entendida ésta como realidad natural y jurídica inmediatamente surgida de la unión conyugal, que de este modo también se endereza a la consecución de los mejores y más favorables objetivos para las personas que integran el grupo familiar y para éste mismo considerado como tal. En este sentido, el pacto relativo al mismo puede adquirir relevancia cuando acometa la regulación de concretas facetas de la actividad de los esposos o supuestos de posible conflicto entre el interés particular de uno de ellos y el del grupo familiar.

Por ejemplo, en el ámbito puramente material o económico. Entre un cónyuge cuyo patrimonio sea independiente del patrimonio del otro, hallándose ambos ligados por un régimen económico de separación de bienes, y este último y los hijos, de haberlos, puede surgir un conflicto cuando una determinada inversión prevista por el primero, rentable desde el punto de vista de su productividad financiera pero que exija una atención y una dedicación específicas y amplias a ese cónyuge, pueda ser también asumida con cargo a las economías independientes de ambos pero de forma conjunta, pues no cabe duda de que en este caso la distribución del tiempo y de la atención precisos para atender esa inversión y sus consecuencias planteará menos problemas a la familia, y el beneficio económico podrá repercutir sobre todos sus miembros de forma más equilibrada y proporcional. Supuestos como el citado, planteados cuando se

presentan o antes de que lo hagan y sólo como una mera expectativa o posibilidad futura, pueden ser materia del pacto matrimonial o prematrimonial, y su enfoque encuadrado en el deber de actuación en interés de la familia.

Lo que naturalmente no excluye la posibilidad de otro tipo de pactos que describan maneras de actuar o comportamientos debidos en los más amplios ámbitos de las vidas de los cónyuges y que se ajusten a los cánones que éstos acuerden, siempre dentro de los límites de la ley, la moral, el orden público, la dignidad personal y el derecho al libre desarrollo de sus personalidades respectivas. Otra vez, es pronosticable que, más que encontrarnos en el futuro con pactos que literalmente desarrollen el contenido o las características del deber de actuación en interés de la familia, hallemos otros que sean reflejo del mismo no citándolo de forma explícita. Un acuerdo por el que los cónyuges queden comprometidos, si la estabilidad y la seguridad económicas de los hijos están garantizadas, a no aceptar traslados laborales si ello impone cambios de domicilio que repercutan en la estabilidad de los hijos o del otro cónyuge, u otros similares, pueden constituir reflejo de este deber, al margen de poder serlo también de otros, tales como los derivados de la patria potestad. Cuestión muy distinta de la posibilidad del pacto es la de su concreta efectividad o la de las consecuencias que a su incumplimiento convencionalmente se aparejen.

8.1.3.6. Del deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a cargo de los cónyuges

Este deber ofrece verdadero interés como materia del pacto prematrimonial o matrimonial, por proyectarse fundamentalmente sobre terceras personas. No sólo sobre ellas, pues las responsabilidades domésticas competen a los cónyuges aunque carezcan de ascendientes y descendientes y no existan personas dependientes a su cargo, pero sí preponderantemente sobre ellas.

Con respecto a las responsabilidades domésticas, ya dije que compartirlas es concepto de mayor amplitud que el de compartir las tareas domésticas, y que un cónyuge puede asumir sus responsabilidades domésticas y darles perfecto cumplimiento sin que para ello deba necesariamente realizar él los trabajos (tareas) o actividades materiales en o del hogar, lo que no acarreará ninguna clase de violación del principio de igualdad entre los esposos ni atentará contra su dignidad, aunque uno de ellos reciba por completo esa atribución, naturalmente

de forma voluntaria y libre. El pacto relativo a la distribución de estas tareas, siquiera tácito y asumido con mayor o menor satisfacción por cada cónyuge, existe siempre, por lo que establecerlo formalmente concretando las actividades a realizar y la forma de hacerlo no supone en principio otra cosa que definir mejor la genérica regulación legal.

Sin embargo, si el pacto bascula sobre responsabilidades domésticas distintas de la pura ejecución de las tareas domésticas, afectando, por ejemplo, a decisiones relativas a posibles cambios o elección de residencia, ocupación de determinados habitáculos de la vivienda familiar por unos u otros miembros de la familia, utilización que se entienda tempestiva o intempestiva de determinados electrodomésticos, tales como el televisor, los ordenadores o los videojuegos, la cuestión podría complicarse por venir a interferir en ella otras responsabilidades de las que los cónyuges son destinatarios no por esa precisa condición, sino por razón de la patria potestad que ostentan sobre sus hijos menores de edad. En el ejercicio de las atribuciones propias de ésta, nada impide que se regule a través del pacto una distribución razonable enderezada a establecer un orden de vida doméstica beneficioso para los menores.

En cuanto a las actividades materiales necesarias para cuidar y atender a las personas dependientes a cargo de uno o de ambos cónyuges, la posibilidad de que un cónyuge las delegue en el otro o en un tercero me parece indiscutible y, en la mayoría de las ocasiones, inevitable para que cada uno de ellos, o ambos, pueda cumplir con sus responsabilidades laborales, empresariales o profesionales respectivas. Y, como también dije ya, ante el incumplimiento del cónyuge obligado podrá el otro acudir a los tribunales para reclamar el cumplimiento por equivalente de esa obligación, considerándola no personalísima, mediante la condena a abonar el importe necesario para atender el pago de los servicios precisos para satisfacerla.

Los pactos afectantes al deber que analizamos pueden proliferar como resultado de la decisión de adoptar determinadas formas de vida que vienen imposibilitadas, o muy dificultadas, por la existencia de terceras personas, como lo son los hijos comunes, de cuyo cuidado son tan responsables los cónyuges⁹¹. Es

⁹¹ Aquí no se trata tanto de que los hijos menores de edad sean o puedan ser dependientes a tenor de los artículos 2 y 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de

el caso los de las parejas denominadas DINKY, expresión acuñada en la década de 1.980 que es abreviatura de “Double Income No Kids” (sueldo doble sin hijos). En este tipo de parejas, cuando sus miembros contraen matrimonio deciden evitar o posponer la procreación para dedicar todo su tiempo y toda su atención a sus trabajos respectivos. Desde luego, en el ordenamiento civil, en el que la procreación no es un fin del matrimonio heterosexual ni la adopción del homosexual, este pacto debe ser perfectamente válido.

En fin, las actuales formas de vida configuran fenómenos que ahora nos parecen curiosos pero que tal vez pronto llegarán a ser habituales, y que sin duda se proyectarán sobre estos deberes de atención y cuidado de los ascendientes, descendientes u otras personas dependientes a cargo de los cónyuges. Por citar otro ejemplo, existe hoy día un perfil de mujeres, denominadas PANK (Professional Aunt, No Kids: tía profesional sin hijos) que pueden estar casadas o permanecer solteras y que comparten los siguientes rasgos: son mayores de 18 años, buenas profesionales, tienen capacidad económica, carecen de responsabilidades familiares y, en lugar de tener hijos, prefieren estrechar muy fuertemente sus lazos con sus sobrinos. ¿Es descartable que quien tenga una hermana PANK y esté agobiado o agobiada por su trabajo o sus obligaciones “descargue” en ella, previo acuerdo con su cónyuge, de forma más que ocasional, el cuidado y atención de sus hijos? Claro, una PANK no querrá –ni podrá- asumir totalmente ese cuidado, pues así se convertiría precisamente en lo que no ha querido ser, pero llevada por ese afecto intensísimo que siente hacia sus sobrinos sí que podrá abarcar un ámbito de actuación para con ellos impensable respecto de otro tipo de personas, incluso de familiares con el mismo vínculo de parentesco con el cónyuge progenitor. Es otra materia que se brinda –o se brindará- al pacto.

8.1.4. Pactos que suprimen esos derechos-deberes

dependencia, sino de que son sin duda descendientes que están a su cuidado por imperativo del artículo 156 CC.

Que la autonomía de la voluntad de los futuros cónyuges no puede determinar la supresión de ninguno de los derechos-deberes que integran el contenido esencial del matrimonio sin acarrear la nulidad de éste es una afirmación sostenida de forma muy mayoritaria por la doctrina civilística⁹². Y aunque alguna otra opinión contraria a ella haya venido a fundarse, en los términos que vamos a analizar, en el segundo párrafo del artículo del 45 Código Civil, a cuyo tenor la condición, término o modo del consentimiento se tendrán por no puestos, es precisamente el párrafo primero de ese mismo precepto el que resulta concluyente al disponer que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. El matrimonio exige la prestación de un consentimiento específicamente matrimonial, y ese consentimiento matrimonial sólo es el que se presta para contraer la unión delimitada normativamente por el texto legal, y no otra. De lo que se sigue que la voluntad de excluir totalmente de una concreta unión alguno de esos derechos-deberes produce la nulidad radical del matrimonio así intentado -“no hay”- por falta de consentimiento, o por haberse prestado un consentimiento surgido de la confluencia de dos voluntades concordes dirigidas a simular absolutamente el consentimiento matrimonial, no queriendo realmente abrir paso a una unión propiamente conyugal sino a algo distinto de ella⁹³.

La cuestión aquí más intrincada es la de determinar si la prestación de ese consentimiento simulado, externamente enderezado a la válida celebración del matrimonio, en la forma prescrita por el artículo 57 CC, con lectura de los artículos 66, 67 y 68 CC y declaración por los contrayentes de su mutuo reconocimiento de que efectivamente están contrayendo matrimonio con las

⁹² MORENO VELASCO, V. en “La expresión...”, op. cit. p. 67, cita a GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales” (II), *Boletín de Derecho de familia*, año VIII, núm. 82, septiembre 2.008, considerando que no serían válidos aquellos pactos que creen un tipo de matrimonio distinto del previsto legalmente, suprimiendo obligaciones (monogamia, fidelidad), pactos que reputa nulos por ser contrarios al orden público matrimonial y a normas imperativas.

⁹³ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS, al referirse a la polémica en torno a si es admisible o no la categoría de la simulación en materia matrimonial, explican que si a una finalidad desviada se une una exclusión, por acuerdo de las partes, de todos los fines del matrimonio, no hay duda de que debe hablarse de matrimonio simulado. No considero que exista razón para no extender esa conclusión a los supuestos de exclusión parcial, referida a uno de los derechos y deberes esenciales (de la esencia) del matrimonio.

características de esos tres preceptos, determina la nulidad del matrimonio mismo o simplemente la del pacto concertado por ambos, no afectando al matrimonio contraído, que quedaría así instaurado en su completa significación legal.

Es absolutamente mayoritaria, como he dicho, la opinión que se decanta por la nulidad del matrimonio. En este sentido, GASPAR LERA sostiene que un acuerdo prenupcial de eliminación radical de alguno de los derechos o deberes que constituyen el contenido esencial del matrimonio provocaría la inexistencia de consentimiento matrimonial, y ofrece como ejemplos el pacto de exclusión del deber de fidelidad, autorizándose recíprocamente los cónyuges al mantenimiento de relaciones sexuales con otras personas, o el de exclusión absoluta de la obligación de vivir juntos sin justa causa⁹⁴. Abundando en ello, cita a LACRUZ BERDEJO y recoge sus afirmaciones de que la materia de la convivencia parece del todo indisponible, de que pese al cambio de orientación sobre el entendimiento de la vida íntima persiste el deber mismo de fidelidad y de que cualquier incumbencia doméstica o familiar es responsabilidad de ambos cónyuges⁹⁵. Comprobamos ahora, a la luz de esos ejemplos y de aseveraciones tan concluyentes y recordando lo que respecto de esos derechos-deberes hemos explicado al tratar de los pactos definitorios de su contenido concreto, lo incierta y sinuosa que puede resultar la frontera entre la pura exclusión y la mera delimitación de este último.

Añade con acierto la autora referida que aunque la continuidad del matrimonio y la subsistencia de los deberes conyugales depende de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, en la medida en que basta para que dejen de existir la promoción del divorcio sin necesidad de alegar justa causa, es preciso dejar de ser cónyuges para que desaparezcan, y que debe tenerse por no puesto el pacto de exclusión en caso de haberse otorgado con posterioridad a la celebración del matrimonio, por aplicación del artículo 45 del Código Civil. Por lo tanto, mientras el pacto otorgado antes de la celebración del matrimonio determina la nulidad de éste, la consecuencia del concertado durante su vigencia es la prevista en el precepto citado, produciéndose la nulidad del pacto mismo pero no la del

⁹⁴ GASPAR LERA, S. "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad". ADC, tomo LXIV, III, 2.011, p. 1.049.

⁹⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. "Elementos de Derecho Civil IV", pp. 66 a 69.

matrimonio que se contrajo con la concurrencia de todos los requisitos en el consentimiento matrimonial. La terminología del precepto, literalmente entendida como alusiva a la condición, termino o modo “del consentimiento” impediría en principio sostener esa conclusión, pues en este caso de pacto posterior el consentimiento, prestado en el momento de la celebración, no habría sido afectado por ninguna clase de modalización, que sobreviene más tarde. Entender el artículo en el sentido de que esa modalización, aun siendo posterior pero por referirse a aquéllas cuestiones sobre las que el consentimiento fue prestado, determina también la nulidad del pacto e impide así la transformación del matrimonio para convertirse en algo distinto de lo que hasta entonces es, es una conclusión razonable, como lo es también la asimilación de ese pacto a una condición o a un modo aun cuando esta última institución sea propia de los negocios gratuitos y esa naturaleza sólo pueda pregonarse respecto de los patrimoniales, entre los que el matrimonio, aunque fuera considerado un negocio jurídico, no está comprendido.

En su interesante estudio, la autora se refiere a la opinión en sentido contrario de DE PABLO CONTRERAS, quien sostiene que tras la reforma del Código Civil llevada a cabo por la ley 15/2.005, de 8 de julio, admitiéndose a partir de ella el divorcio unilateral y sin expresión de causa, no existe ningún motivo para considerar los deberes de los artículos 67 y 68 del Código Civil como obligaciones jurídicas por carecer su incumplimiento de sanción alguna y no poder servir, por esa razón, para integrar el carácter matrimonial del consentimiento. Por esa razón, entiende que la condición, termino o modo del consentimiento simplemente se tendrán, en todo caso, antes o después del nacimiento del vínculo, por no puestas, y ya no obstaculizan el nacimiento del matrimonio⁶.

Opinión discordante que reconduce al doble debate acerca de si los derechos-deberes citados constituyen auténticas obligaciones jurídicas y de si para que lleguen a constituir las es imprescindible que puedan ser exigidos por vía forzosa o que su incumplimiento determine efectos resarcitorios o de otra clase. Además de no compartir, por razones que ya he explicado, una aseveración tan

⁶ DE PABLO CONTRERAS, P. “Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de familia”, coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., segunda edición, Madrid, Colex, 2008, pp. 122 y 123.

tajante como la de que esos derechos-deberes son una suerte de deseos ideales o de expectativas virtuales improductivos e inexigibles en todo caso, pues ya se ha visto que no es así, no considero acertada esta última opinión, sino la mayoritaria, por razones de pura legalidad, atendiendo a la regulación del Código Civil que consagra esos derechos-deberes como contenido del matrimonio y objeto del consentimiento que voluntariamente debe prestarse. Aun admitiendo que dos personas del mismo o de distinto sexo puedan acordar iniciar una unión de vida sin todas o algunas de las obligaciones que caracterizan al matrimonio, y que ello no tiene porqué reportar necesariamente consecuencias negativas en el plano puramente jurídico, llegar a considerar matrimonio lo que por pura aplicación del Derecho vigente no lo es por no asumirse en la prestación del consentimiento el contenido matrimonial previsto en la norma no sería otra cosa que homologar y revestir de validez jurídica una expresión interna contraria a la que se exterioriza y a la que la norma exige. Porque ni se puede asumir, en el acto de la celebración, el contenido de los preceptos legales no asumiéndolos, ni una unión surgida de semejante situación podría considerarse matrimonio. Podría ser otra cosa, pero no matrimonio.

MARTÍNEZ ESCRIBANO enfatiza que la nulidad de estos pactos de exclusión es la consecuencia de su contravención del orden público, pero al mismo tiempo se plantea determinadas dudas en atención al concreto derecho-deber que sea objeto de la exclusión, calificando de problemático el pacto supresor de alguno de los derechos-deberes de los artículos 67 y 68 del Código Civil en el marco de un concreto matrimonio. Reflexionando sobre la tensión surgida de tener que decidir entre la libertad de cada pareja para configurar su matrimonio de acuerdo con sus propias convicciones y la posibilidad de que de ese modo se llegara a desnaturalizar la institución conyugal, sostiene que “quizás pudiera ser” válido el pacto de exclusión del deber de fidelidad y el cuidado de las personas dependientes a cargo de los cónyuges, y recuerda que de facto hay parejas que no afrontan su convivencia siguiendo estos parámetros, pero que el deber de respeto y ayuda mutua, el de actuación en interés de la familia y el de socorro mutuo “se sitúan en la base del matrimonio, en su propia esencia y se conectan directamente con principios y valores constitucionales como la dignidad de la persona, por lo que su supresión vulneraría derechos fundamentales y

dejaría sin sentido la unión conyugal, al suprimir su causa, elemento esencial de todo negocio jurídico⁹⁷.

Ciertamente, hay parejas que viven en la infidelidad, o en lo que comúnmente se considera infidelidad, o que recíprocamente se liberan del deber de cuidado de las personas dependientes a su cargo, y que afrontan su vida normalmente siguiendo esos parámetros y efectivamente la prosiguen consolidando una unión estable que entre ellos aceptan, entienden y consideran plenamente satisfactoria. Pero aquí no se trata tanto de decidir si pueden vivir de ese modo o si finalmente, adoptando esas pautas de comportamiento entre ellos, alcanzan mayores cotas de realización personal o de felicidad, sino de si su unión, así configurada a la carta, puede o no considerarse matrimonio. Porque -parecen los supuestos que la autora citada se plantea existe también entre los contrayente un compromiso recíproco, de liberación, ciertamente, pero compromiso al fin y al cabo de tener ambos posiciones iguales, con respeto, al menos, del derecho de igualdad surgido del matrimonio y consagrado en el artículo 66 CC. Reflexión que también me lleva a considerar, una vez más, que no. Que el pacto definitorio de un concreto derecho-deber, aun relajándolo o flexibilizando su contenido, puede ser válido e incluso útil, pero el excluyente no, por ésta y por las demás razones que tanto he repetido. Y si se tratara de un pacto que liberase exclusivamente a un cónyuge de esos deberes pero no al otro, entraría en liza el artículo 66 CC que acabo de citar para reforzar la conclusión alcanzada. Tal vez por esa razón, la autora referida, al no propugnar sin ambages la validez de los acuerdos que cita sino limitarse a opinar, utilizando el subjuntivo, que “quizás pudieran”, ser válidos, evidencia una inseguridad y una falta de certeza que no son sino el reflejo de la sinuosidad y la imprecisión de la incierta frontera que separa el pacto definitorio del pacto excluyente. El análisis de cada caso concreto no sólo ayudará, sino que resultará en muchas ocasiones imprescindible para alcanzar una u otra conclusión.

8.1.5. Pactos que introducen otros no incluidos en los preceptos

La exacta coincidencia entre la expresión formal del consentimiento matrimonial en el acto constitutivo y lo preceptuado en el artículo 58 del Código

⁹⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Pactos...” Op. cit. pp.97 y 102.

Civil resulta a mi juicio imprescindible para la validez del matrimonio. Y aunque esa expresión, por tal razón, no tolere ninguna clase de omisiones ni añadidos, ya hemos comprobado que puede ser admisible que, al someterse a esos derechos-deberes consagrados en la norma, los cónyuges entiendan de uno u otro modo, más o menos amplio o restringido, su contenido concreto, y que, en uno u otro caso, deriven o no de ello consecuencias en orden a la validez del matrimonio. No es admisible, sin embargo, tal y como acabamos de ver, que en ese crucial momento quede suprimido alguno de ellos por el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y tampoco lo es que convencionalmente se añada algún derecho o algún deber legalmente no previsto pretendiendo conferirle el carácter de específicamente matrimonial y equipararlo en todo a los establecidos como tales por el legislador. Dicho ello sin perjuicio de la posible licitud de ese pacto, superpuesto al matrimonio pero no incluido en él, como acuerdo de voluntades celebrado entre dos persona capaces de obligarse recíprocamente y de exigirse de igual modo las consecuencias que deriven del incumplimiento tanto por virtud de la ley como de la convención que no traspase los límites generales aplicables a ese negocio concreto.

Es necesario por ello distinguir entre el pacto, no prematrimonial o matrimonial en sentido estricto, por el que los cónyuges o futuros cónyuges establecen entre ellos, incluso limitando su vigencia para hacerla coincidir con la duración del matrimonio, determinados derechos-deberes de contenido personal o patrimonial no surgidos del matrimonio, negocio jurídico emanado de la libertad de contratación -en su caso, entre cónyuges (art. 1.323 CC CC)- y cuya validez dependerá de que no desborde los límites impuestos a la autonomía de la voluntad, y muy singularmente lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.258 CC, invistiendo de legitimación al cónyuge cumplidor para exigir del otro las consecuencias del incumplimiento, singularmente las resarcitorias, del pacto por el que se pretende conferir a ese derecho-deber el carácter de específicamente matrimonial, pues no considero que la distinción resulte banal, porque mientras el primero carecerá de trascendencia en orden a la validez del matrimonio, el segundo determinará su radical nulidad.

Admito que, con todos los demás reparos que pudieran plantear opiniones -que son todas- más autorizadas que la mía, el primero que surge es el de la difícilísima distinción entre uno y otro casos, pues en ambos se trata de un

acuerdo concertado por quienes son o han acordado llegar a ser cónyuges y, en la mayoría de las ocasiones, sólo concertado porque lo son o porque van a serlo. Ciertamente, será necesario analizar las circunstancias concretas de cada convenio para determinar si nos hallamos ante un supuesto u otro, pero eso no elimina la diferencia entre ambos ni las distintas repercusiones derivadas de cada uno de ellos. Intentaré ofrecer algún ejemplo gráfico.

Si dos personas que contraen matrimonio entre ellas acuerdan que una deberá facilitar a la otra gratuitamente el uso de un automóvil de determinadas características, asumiendo los gastos de su mantenimiento y su sustitución en caso de pérdida o deterioro definitivo, y que ese pacto permanecerá vigente mientras dure el matrimonio y se extinguirá con él, ninguna razón legal parece que exista para impedir que el negocio, aun gratuito, despliegue su eficacia y vincule a los otorgantes, y sean así exigibles los efectos de su incumplimiento permitiendo tanto la satisfacción forzosa como el resarcimiento de los perjuicios derivados de la contravención. La cualidad recíproca de cónyuges determina el periodo de vigencia de la relación jurídica surgida del negocio pero, salvo en eso, el pacto no tiene por qué diferenciarse del que, fuera cual fuera la razón de ello, pudieran otorgar en igual sentido dos personas con una relación ajena al matrimonio. Pero si al contraer matrimonio los cónyuges modalizan su consentimiento matrimonial hasta el extremo de prestarlo sólo porque ese pacto existe, no queriendo asumir los derechos-deberes previstos en la norma sin contraer este compromiso e interrelacionando el contenido de ese totum revolutum configurado por sus conciencias y sus libres voluntades, esa modalización del consentimiento matrimonial se constituye en un añadido auténticamente integrado en éste que no determina –o no determina sólo, o necesariamente, pues habría que valorarlo en cada caso, distinguiendo entre la validez o invalidez del matrimonio y la validez o invalidez del pacto- la nulidad del acuerdo, sino la del matrimonio mismo.

Aunque entre los comentaristas que se plantean la cuestión las opiniones en torno a la validez del pacto que añade a los deberes previstos en la norma otros distintos de ellos se encuentran divididas, se aprecia una tendencia cautelosa en la medida en que tales pactos pudieran determinar la intención de crear algo distinto de lo que el matrimonio es. En este sentido, MORENO VELASCO, citando a GONZÁLEZ DEL POZO, rechaza la validez de aquellos que establezcan

obligaciones tales como la de no residir en un lugar concreto o la de mantener un número determinado de relaciones sexuales, que reputa nulos por ser contrarios al orden público y a normas imperativas⁹⁸. MARTÍNEZ ESCRIBANO⁹⁹ ha sostenido la validez del pacto por el que se introducen nuevos deberes entre los cónyuges cuyo incumplimiento diera lugar a una indemnización, que considera válido en tanto respete los límites generales del artículo 1.255 CC y no atente contra ningún derecho fundamental de alguno de ellos.

Tal vez podría considerarse, en algún caso, que el pacto impeditivo de la residencia de un cónyuge en una determinada localidad más que suponer un deber o una prohibición añadida no prevista por la ley vendría a ser una forma de que los cónyuges aseguraran el cumplimiento de su obligación legal de convivencia, evitando desplazamientos prolongados de uno o de ambos a determinados lugares que la rompieran, la pusieran en peligro o llegaran a amenazar la propia unión matrimonial: ¿se trataría de un pacto establecido para añadir un deber determinado a los puramente matrimoniales o podría también pensarse en un acuerdo sobre la extensión o el contenido concreto del deber legal citado, y cuya nulidad vendría provocada más por ser contrario a la constitucional libertad de residencia que a razones distintas? Una vez más, se pone de manifiesto la necesidad de analizar las circunstancias de cada caso.

Al pacto de mantener un número mínimo de relaciones sexuales ya me referí, al tratar sobre los definidores de los deberes de ayuda y colaboración recíprocas, como contrario a la libertad y a la dignidad personales. Ni siquiera en la legislación matrimonial canónica, para que la relación sexual -en ella entre hombre y mujer- tiene un importantísimo y trascendente significado, pues sólo a través de ella el matrimonio se consuma, considerándose la impotencia antecedente y perpetua un impedimento de Derecho Divino, se exige para la validez del consentimiento el conocimiento exacto del acto sexual, ni algo más – aunque eso sí- que un comportamiento de cierta cooperación sexual; sin más, como digo.¹⁰⁰

⁹⁸ MORENO VELASCO, V. “La expresión...” op. cit., p 67.

⁹⁹ MARTINEZ ESCRIBANO, C. “Pactos...” op. cit, p. 102.

¹⁰⁰ Cn.1.061 CIC: “El matrimonio válido entre bautizados se llama sólo rato, si no ha sido consumado; rato y consumado, si los cónyuges han realizado de modo humano el

Y el pacto al que se refiere MARTÍNEZ ESCRIBANO no es simplemente un pacto de introducción de un deber nuevo no previsto en la norma, sino más precisamente de indemnización para el caso de incumplimiento de un deber añadido por los cónyuges antes de serlo o mientras lo son. Y en efecto, tal y como ya dije, si ese pacto no traspasa los límites impuestos a la autonomía de la voluntad será válido y exigible por haberse concertado entre dos personas con capacidad bastante y contar con todos los requisitos precisos para su validez; pero cuestión distinta será la de determinar, en cada ocasión, si los otorgantes, en el momento de la expresión del consentimiento, consideraron ese deber añadido como integrante de la sustancia, del contenido mismo del matrimonio, no queriendo éste sin él, porque en ese caso tal vez podrá llegar a otorgarse eficacia al pacto y a concederse el resarcimiento previsto, pero el matrimonio como tal, en mi opinión, sería nulo.

8.2. PACTOS EN EVITACIÓN Y EN PREVISIÓN DE LA RUPTURA

8.2.1. Pacto en evitación de la ruptura: de restricción o supresión de la facultad de instar la separación o el divorcio

La tendencia crecientemente progresista seguida en nuestro Derecho de familia desde el último cuarto del siglo pasado, de la que la ampliación de los márgenes de la autonomía de la voluntad en materia matrimonial es fidedigno reflejo, viene jalonada por la promulgación de sucesivas leyes que, comenzando por la eliminación de las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada (Ley 14/1.975, de 2 de mayo) y prosiguiendo con la instauración de la libertad de los cónyuges para celebrar entre sí toda clase de contratos (Ley 11/1.981, de 13 de

acto conyugal apto de por sí para engendrar prole, al que el matrimonio se ordena por su misma índole natural y mediante el cual los cónyuges se hacen una sola carne”.

Cn. 1084 CIC: “La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza”.

Cn.1.096 CIC: “Para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual...”

mayo) y la introducción de la posibilidad de regular mediante el convenio regulador las consecuencias de la ruptura matrimonial (Ley 30/1.981, de 7 de julio), han concluido, por ahora, en la legislación promulgada en julio de 2.005 con la finalidad primordial de que:

“la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2.005, de 8 de julio, tras recoger la frase que textualmente acabo de reproducir, añade que:

“esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución 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 trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada a su cónyuge”.

En el primer pasaje de este trabajo hablaba de paradojas, y tal vez sea una más de ellas la que plantea el siguiente tema que voy a analizar: ¿Es posible que quienes van a contraer o ya han contraído matrimonio puedan a través del pacto establecer un régimen que exija, para que la separación o el divorcio lleguen decretarse, la concurrencia de determinadas causas no previstas en nuestro actual Derecho positivo?; ¿Podrían, así, introducir, para su matrimonio concreto y a través de la convención, una regulación distinta y contraria a la que a través de esas sucesivas reformas, inspiradas en la libertad, se ha configurado legalmente para preservar los constitucionales derechos de los cónyuges a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad?; ¿Podrían, en definitiva, los contrayentes atenazarse con una regulación asimilable a la que la actual legislación quiso eliminar de nuestro mapa normativo, o aún más conservadora incluso?

Alcanzar la conclusión afirmativa exigiría conceder a la autonomía de la voluntad un alcance tan amplio que llegase a permitir a los cónyuges o futuros cónyuges eliminar, o limitar muy notoriamente en su proyección a su concreto matrimonio, la libertad legalmente consagrada de poner fin a su unión matrimonial, y de este modo la ampliación del margen de la libertad convencional conduciría a otorgar a los cónyuges la posibilidad de eliminar de raíz esa libertad finalizadora en su matrimonio en particular.

En el planteamiento puede llegarse más lejos: ¿Sería posible suprimir totalmente el derecho a instar la separación o el divorcio, convirtiendo el concreto matrimonio contraído por los otorgantes del pacto en una unión perpetua?

La doctrina se ha planteado la cuestión y ha alcanzado, con alguna excepción, conclusiones concordantes.

Una vez más con notoria perspicacia, explica MARTÍNEZ ESCRIBANO que ciertos colectivos que consideran el matrimonio y la familia los pilares de la sociedad cuyas continuidad y estabilidad deben ser preservados, pueden considerar insatisfactorios los términos de absoluta libertad definidos tras la reforma de 2.005 y entender que tanto la restricción como la supresión de la posibilidad de instar la separación o el divorcio serían medios idóneos para mantener el estatus de la familia y, además, evitar el daño sufrido por el cónyuge obligado a soportar que el otro inste la separación o el divorcio sin contar para ello con una causa justa¹⁰¹.

Con excepción de ZARRALUQUI, los comentaristas sostienen que el acuerdo matrimonial o prematrimonial por el que los cónyuges o futuros cónyuges introducen determinadas causas de separación o divorcio, y convierten así el régimen legal actual de libertad para instarlos y obtenerlos en un sistema causal, es nulo de pleno derecho, siéndolo también, con mayor razón si cabe, el de supresión total de la facultad de instarlos.

Lo que afirma ZARRALUQUI¹⁰² es que si bien los pactos que suprimen el derecho a instar la separación o el divorcio son nulos como contrarios al orden público, los que sólo limitan el ejercicio de ese derecho sometiéndolo a la concurrencia de determinadas causas son válidos por no contravenir ninguna norma constitucional, ni infringir la moral tradicional -antes al contrario, para él serían conformes a la misma- ni el orden público. Sin embargo, los demás tratadistas que se han planteado la cuestión sostienen que el margen de la autonomía de la voluntad viene en este caso limitado por razones no sólo constitucionales, sino también de legalidad ordinaria. Invocan, de un lado, el artículo 32.2 de la Constitución, que al imponer que la regulación de las causas de

¹⁰¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos...", op. cit., pp. 89 y 90.

¹⁰² ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. "Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal" *Economist & Jurist*, marzo 2.008, pp. 19 y 20.

separación y divorcio se realizará a través de la ley impide que sea el pacto el que la establezca, salvo, claro está, que la misma ley expresamente prevea tal posibilidad; y de otro y en conexión con lo anterior, que nuestro Código Civil no contempla esta última posibilidad en ninguno de sus apartados, limitándose a preceptuar clara y tajantemente, en los muy generosos términos que conocemos, cuándo y cómo puede instarse la separación o el divorcio.

Tanto MARTÍNEZ ESCRIBANO como PINTO ANDRADE¹⁰³, PÉREZ MARTÍN¹⁰⁴, LÓPEZ MARCO¹⁰⁵ y GONZÁLEZ DEL POZO¹⁰⁶ inciden en el carácter de orden público de la regulación codicial vigente y su consiguiente indisponibilidad por las partes. Si el legislador ha querido, al introducir la reforma de 2.005, permitir que la mera voluntad de uno de los contrayentes abra paso a la separación o el divorcio, estableciendo el principio de libre ruptura, ese principio debe ser considerado de ius cogens, y su contravención no sólo nula por esa precisa razón sino también por lesionar los derechos constitucionales a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, que no toleran la obligación impuesta a una persona casada que no quiere permanecer en ese estatus el tener que soportar la imposición de su mantenimiento.

Si la validez de estos pactos llegara a prevalecer, el cónyuge imposibilitado para instar u obtener la separación o el divorcio por haberse eliminado o restringido esa facultad y que no contara a posteriori con el acuerdo de su cónyuge para obtenerlos se enfrentaría a un problema añadido en el caso de que su régimen económico conyugal fuera el de la sociedad de gananciales. Eliminada la posibilidad de acceder a la separación legal o al divorcio y siendo el matrimonio válido, no podría invocar ninguna de las causas de conclusión de pleno derecho de la sociedad previstas en el artículo 1.392 del Código Civil (nulidad del matrimonio, separación, divorcio o acuerdo de los cónyuges) ni tampoco –salvo que tuviera la “suerte” de que concurriera alguna de ellas– las

¹⁰³ PINTO ANDRADE, C. “Pactos...” op. cit. pp. 6.

¹⁰⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J. “Pactos matrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual”. Ed. Lex nova S.A, Valladolid, 2009, p. 70.

¹⁰⁵ LÓPEZ MARCO, P. “Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio”. *Revista de Derecho de Familia*, octubre, 2.007, p. 60.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. “Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)”. *Boletín de Derecho de Familia*, nº 82, septiembre 2.008, p. 3.

relacionadas en los apartados primero, segundo y cuarto del artículo 1.393, referidas a la incapacitación, ausencia, concurso de acreedores, fraudulenta o negligente gestión patrimonial o incumplimiento del deber de información económica por parte del otro cónyuge, casos que permiten el dictado de una resolución judicial declarativa de la disolución a instancia de parte; igualmente, salvo que se produjera esa situación, no podría ampararse en el embargo de bienes gananciales por deudas propias de su consorte previsto en el artículo 1.373.

En consecuencia, ante la voluntad de su cónyuge reticente o contraria a la disolución de la sociedad sólo le restaría acudir al apartado tercero del artículo 1.393 del Código Civil para postular una decisión judicial que a su tenor –*“llevar separado más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar”*– la declarase.

Sería lo más natural, o al menos no sería infrecuente, que quien sólo debido a esa limitación convencional permaneciera jurídicamente unido por el vínculo conyugal, decidiera romper la convivencia, sin que, al menos por estricta aplicación de la ley, ello le reportara consecuencias agravadoras de las obligaciones que ya tenía debido a su condición de casado. Esa ruptura de la convivencia abriría paso a la posibilidad de promover un proceso solicitando el dictado de una resolución judicial declarativa de la disolución de la sociedad con fundamento en el abandono del hogar, que ese precepto contempla con el requisito temporal añadido de su prolongación mínima a lo largo de un año. O ni siquiera con ese concreto fundamento, porque es ya antigua, consolidada y uniforme la doctrina jurisprudencial que establece que no sólo las causas legales, sino también la separación de hecho libremente consentida produce la disolución de la sociedad de gananciales en cuanto destruye y excluye su fundamento, que no es otro que la convivencia mantenida entre los cónyuges¹⁰⁷. Doctrina que parece haberse decantado ya por el criterio de que más que una voluntad concorde de romper la convivencia, que como tal exigiría la decisión común en tal sentido de ambos esposos, lo que se exige es que se trate de una ruptura “seria y prolongada” de la relación conyugal para entender innecesario el requisito de la declaración judicial previa declarativa de la extinción de la sociedad de gananciales. Seriedad y prolongación que considero compatibles con los

¹⁰⁷ Ss. TS 1ª 24 abril y 11 octubre 1.999, 26 abril 2.000, 17 octubre 2.006, 23 y 24 febrero 2.007, 21 febrero 2.008; AP Murcia, 5ª, 22 enero y 22 mayo 2.008; AP Alicante, 4ª, 27 octubre 2.011, entre las demás.

supuestos en los que, aun no transcurrido un año de ruptura de la convivencia, pueda considerarse que ésta es definitiva por no existir posibilidad razonable de una reanudación que la convirtiera en meramente provisional o transitoria.

Sin embargo, al cónyuge que, por razones ajenas a su voluntad, fundamentalmente de carácter patrimonial o económico, se viera obligado a permanecer bajo el mismo techo que su consorte, no rompiendo la convivencia puramente material, que persistiría aun desprovista de los caracteres propios de la convivencia conyugal a los que ya me referí, esa posibilidad le podría resultar complicada en la medida en que pudiera en ese caso no considerarse su situación como de separación “de hecho”.

La sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el día 6 de mayo de 2.015¹⁰⁸ ha venido a matizar el alcance de la doctrina referida a la separación de hecho como causa de disolución de la sociedad de gananciales, otorgando a los móviles puramente económicos de los esposos una trascendencia que puede chocar con el fundamento de la sociedad de gananciales que el mismo tribunal, como hemos visto, residenció en la convivencia de los cónyuges. La resolución recayó en un recurso de casación por interés casacional interpuesto en un proceso de división de herencia y destina su fundamento de derecho tercero al análisis de la interpretación y alcance de la separación de hecho a la luz del artículo 1.393.3º del Código Civil. Inicialmente, parte de la doctrina judicial ya explicada acerca de la separación de hecho seria y prolongada como causa de disolución de la sociedad de gananciales:

“...tras la Ley 14/1.975, de 2 de mayo, que posibilitó pactar la disolución del régimen de gananciales, y particularmente a partir de la reforma de 1.981, que desarrolló el régimen de las causas de disolución en función de las diversas vicisitudes que pueden darse en la relación conyugal, esta Sala procedió a una paulatina interpretación flexible del artículo 1.393.3 del Código Civil que mitigara el rigor de su interpretación literal en aquellos supuestos en donde se había producido una definitiva y prolongada ruptura de la convivencia conyugal. De forma que con la libre separación de hecho se quiebra el fundamento consorcial que anida en el lucro común de los gananciales y que sólo se justifica en función de una lógica comunidad de vida...Por lo que, en suma, acreditada una ruptura seria y prolongada de la

¹⁰⁸ CENDOJ: ROJ: STS 2755/2015.

relación conyugal no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales.”

Pero, a renglón seguido, excluye que esa doctrina deba aplicarse en todo caso -de un modo que denomina “dogmático y absoluto”-, considerando necesario el análisis de las circunstancias de cada uno y el respeto al fundamento último que inspira la norma, entendiendo injustificada su aplicación:

“en aquéllos supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se constata una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas”. Y termina: “en el presente caso esto es lo que ocurre dado que la sentencia recurrida, tras la valoración conjunta de la prueba, concluye que los cónyuges, pese a estar separados de hecho, quisieron mantener sus vínculos económicos conforme al régimen de ganancialidad”.

Si el surgimiento y la pervivencia de la sociedad de gananciales sólo se fundamentan en la existencia de una lógica “comunidad de vida” y ésta se entiende por la Sala implantada cuando, como ya pudimos comprobar, sus componentes gozan de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad, diluyéndose, o suavizándose muy sensiblemente, el dato de la mera convivencia de hecho o material, no cabe duda de que la sentencia que ahora comento viene a introducir un factor de confusión al utilizar expresiones tales como:

“no se constata una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica...” y “los cónyuges, pese a estar separados de hecho, quisieron mantener sus vínculos económicos conforme al régimen de ganancialidad”.

Porque si lo que no consta es la voluntad inequívoca de romper la relación conyugal por razones afectivas, la separación de hecho podría llegar a considerarse no justificativa de la ruptura de la convivencia conyugal en la medida en que los consortes quisieran, aun desde la distancia, mantenerla con los elementos ya indicados, pero ir más lejos para basar exclusivamente en motivaciones puramente económicas el mantenimiento de la sociedad de gananciales entre quienes sin duda están y quieren estar separados de hecho no

parece razonable. La comunidad de vida que integra el fundamento del consorcio ganancial es la comunidad de vida marital, no una comunidad de intereses económicos, patrimoniales o financieros. Y en el razonamiento de la sentencia, dos personas que han roto su convivencia y que no tienen ninguna voluntad de proseguirla en el futuro podrían mantener vigente y viva la sociedad de gananciales porque económicamente les conviniera o porque quisieran hacerlo, sin más. Es todo lo contrario de lo que hasta hoy se nos ha dicho: que la ruptura seria y prolongada impide la prosecución de la sociedad, la disuelve “ipso facto” con independencia de los deseos de quienes ya están, sin ninguna duda, separados de hecho. La comunidad de gananciales es una comunidad matrimonial, y su fundamento reside en la comunidad de vida matrimonial que termina con la ruptura de hecho. Extinguido ese fundamento, que la sustenta, ella se extingue también. Y disuelta la sociedad, quienes están separados de hecho deberán liquidarla y podrán pactar libremente entre ellos cualquier régimen societario o comunitario que les permita poner en común dinero, bienes o industria y repartir las ganancias, o adquirir en común bienes o derechos, o contraer conjuntamente obligaciones, como cualesquiera otras personas con capacidad de obligarse, pero nunca mantener artificialmente la sociedad de gananciales entre ellos como un medio para seguir adquiriendo bienes u operando en el tráfico jurídico como consortes y con absoluta abstracción de la verdadera inexistencia de comunidad de vida marital. Admitir lo contrario sería, a mi criterio, un contrasentido.

Y si se admitiera, la posición del cónyuge limitado por el pacto en la posibilidad de instar la separación o el divorcio y que por esa imposibilidad siguiera residiendo con su consorte bajo el mismo techo vendría a debilitarse aún más, porque aunque su concreta situación pudiera llegar a calificarse como de ruptura o a asimilarse a la separación de hecho, su sociedad de gananciales no se disolvería si se demostrase la voluntad contraria a ello del otro basada simplemente en razones económicas. La sentencia que he comentado refiere una voluntad común de mantener el régimen de gananciales, pero no excluye claramente que la mera voluntad individual del cónyuge que no quiere separarse o divorciarse contraria a la disolución de la sociedad por razones económicas pueda llegar a impedirla, determinado el mantenimiento indefinido e injustificable de una comunidad económico-conyugal totalmente ficticia.

Alcanzo, en definitiva, la conclusión de que obligar a mantener el estado civil de casado a alguien que ya no quiere mantenerlo es incompatible con la realidad social de nuestro tiempo, a la que repugnaría la visión –tan frecuentemente soportada antes de la promulgación de la normativa que ha venido a evitarla- de personas permanentemente unidas entre sí por el matrimonio pese a la contraria voluntad de una de ellas, y de que la interpretación de las normas vigentes a la luz de ese criterio, proclamada por el artículo 3 del Código Civil, viene a sumarse a las razones ya expuestas para considerar proscrito de nuestro sistema normativo este tipo de pacto. Por muy nobles o muy puros –aunque podrían también no haberlo sido tanto- que hubieran sido los motivos que llevaron a los otorgantes a querer preservar la estabilidad y la permanencia en el futuro de su unión conyugal, la libertad y el derecho al libre desarrollo personales vendrían a posteriori a prevalecer sobre ellos. Dice Antonio Gala que el amor, mientras dura, es eterno.

El Derecho comparado puede ser ilustrativo en esta concreta materia. En los Estados Unidos de América se instauró en el año 1.997, concretamente en el estado de Louisiana, el llamado “covenant marriage”¹⁰⁹ (matrimonio blindado) como una alternativa al matrimonio susceptible de ser disuelto por divorcio sin causa justificada (“no fault divorce”). Pero esa institución, recogida e instaurada posteriormente por otros estados como Arkansas, Arizona, Virginia y Georgia, no ha llegado a cristalizar ni en la concertación de pactos de tales características, pues estadísticamente la proporción de matrimonios sujetos a semejante estatuto no llega a superar en ninguno de los estados citados el uno por ciento del total, ni tampoco –lo que resulta lógico a partir del dato anterior- en la disminución del número de divorcios.

El covenant marriage, para cuya concertación se exigen como requisitos previos la asistencia a sesiones de formación prematrimonial en las que se hace

¹⁰⁹ Sobre el covenant marriage, NAVARRO VALLS, R. “El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1.998, pp. 764 a 770; CAÑIVANO SALVADOR, M.A. “El covenant marriage como alternativa a las no-fault divorce laws: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, febrero de 2.002, nº 86, pp. 166 a 182. Citados en “Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, GASPARE LERA, S., ADC, tomo LXIV, 2.011, III, pp. 1.052 y 1.053.

hincapié en la naturaleza, los fines y las obligaciones inherentes al matrimonio y la suscripción de una declaración en la que los cónyuges reconocen que el matrimonio pactado es, con muy particulares excepciones, para toda la vida, asumiendo al tiempo el compromiso de intentar superar todas las dificultades que pongan en peligro la permanencia del matrimonio, ha suscitado infinidad de críticas de las que sólo se han sustraído los sectores más conservadores que entienden el matrimonio como una institución marcadamente religiosa. Las críticas más generalizadas inciden en poner de relieve que este régimen sólo permite eternizar y agudizar los males en la familia, perjudicar a la prole y añadir más frustración a la frustración de un matrimonio objetivamente fracasado.

Aunque las regulaciones estatales individuales de los supuestos que permiten acceder a la disolución del matrimonio tras la concertación del *convenant marriage* son distintas, confluyen en referirlos a los casos de más flagrante e imperdonable incumplimiento de los deberes conyugales y de mayor peligro para la estabilidad física y emocional de los cónyuges y de los hijos, concretándolos en el adulterio y la infidelidad, la comisión de delitos especialmente graves por parte del cónyuge culpable, la adicción al alcohol o las drogas, los abusos sexuales dirigidos al cónyuge o a los menores o la separación de hecho durante un determinado y prolongado periodo de tiempo. Pero no se admite que los cónyuges elijan libremente la causa o las causas de la posible disolución, limitándose las legislaciones a ofrecerles la posibilidad de apartarse del régimen de divorcio libre para someterse a la norma en los precisos términos por ella establecidos.

8.2.2. Pactos de naturaleza personal y patrimonial en previsión de la ruptura

8.2.2.1. De indemnización por instar la separación o el divorcio

El pacto en cuya virtud los cónyuges o futuros cónyuges acuerdan que en el caso de que uno de ellos inste en el futuro, contra la voluntad del otro, la separación o el divorcio deberá indemnizar a éste por esa sola razón, puede ser definido como verdadero pacto en previsión, y no en evitación, de la ruptura, en la medida en que no tiende tanto a impedirla o evitarla, siquiera fuera formalmente, cuanto a establecer determinadas consecuencias económicas a cargo

de un cónyuge y a favor del otro una vez se haya producido. Es cierto que ese pacto desplegará en muchos casos en el obligado al pago un efecto disuasorio de la decisión de separarse o divorciarse si el importe a entregar le resulta particularmente gravoso, pero por su propia naturaleza la vocación del pacto es constitutiva de un efecto desencadenado a consecuencia de la separación o el divorcio, no antes.

Pacto que en ningún caso puede identificarse con el de establecimiento de una compensación del artículo 97 del Código Civil, pues mientras ésta tiende a corregir el desequilibrio económico sufrido por un cónyuge en relación con la posición del otro, causado a consecuencia de la separación o el divorcio y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, el pacto del que ahora trato se plantea como puramente objetivo y derivado del hecho de la petición en vía procesal contenciosa de la separación o el divorcio, sin más.

La clase de indemnización no tiene por qué quedar limitada en este tipo de pacto a la fijación de una suma dineraria de pago único o aplazado, pudiendo consistir también, sólo o además de ello, en la transmisión y entrega de determinados bienes susceptibles de serlo, en la liberación por el cónyuge instante y a favor del otro de obligaciones o deudas vigentes hasta entonces o en la atribución a este último de mayor participación en la liquidación del régimen económico conyugal si éste ha determinado la adquisición conjunta de bienes, derechos o deudas.

Es importante significar que las aportaciones doctrinales que en esta concreta cuestión se han realizado, rubricadas por los autores que habitualmente se vienen ocupando con mayor detenimiento de los acuerdos prematrimoniales en nuestro Derecho, analizan la cuestión partiendo del contenido de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería el 17 de febrero de 2.003¹¹⁰, que resolvió un recurso de apelación interpuesto contra la previamente dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Béjar el 6 de abril de 2.002 en un proceso de separación matrimonial en el que la esposa, una súbdita de la Federación Rusa, solicitaba, además de la declaración de la separación matrimonial y el establecimiento de las medidas definitivas derivadas de ella que consideró oportunas –incluyendo una pensión compensatoria-, el pago a cargo

¹¹⁰ CENDOJ: ROJ: SAP AL 223/2003.

del esposo, español, de la indemnización que antes de casarse habían pactado para el caso de ruptura.

Antes de analizar esa resolución, conviene poner de manifiesto que aunque es anterior a las fundamentales reformas operadas en nuestro Derecho matrimonial en el año 2.005, los argumentos en ella utilizados para considerar nula la cláusula capitular que vamos a analizar podrían, también con el nuevo contenido normativo, y con igual acierto o desacierto, sostenerse tal y como en la sentencia se sostienen, pues atienden a fundamentos jurídicos vigentes aplicables antes y después. De hecho, los autores que la han comentado con posterioridad a su dictado no han concedido a dicha cuestión especial importancia.

El 16 de junio de 1.999, dos días antes de contraer matrimonio, los futuros cónyuges otorgaron una escritura pública de capitulaciones prenupciales que incluyó la siguiente estipulación quinta:

“En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a D^a Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal.”

Una primera apreciación que resulta de la literalidad de la cláusula es que su operatividad no se prevé para el caso de separación o divorcio -aunque también- sino para el de “cese de la convivencia”, que obviamente podría producirse, aunque se exigiera su prolongación temporal o su carácter definitivo, sin que la separación o el divorcio llegaran a decretarse. La Sala, para hacer extensiva la declaración de nulidad de ese concreto pacto pronunciada por el Juzgado de instancia, declaración que confirma, al caso de mera ruptura de la convivencia, atiende a razones paralelas a las que utiliza al pronunciarse sobre los casos de separación y divorcio, recordando que la igualdad de derechos y deberes surgidos para los cónyuges del matrimonio, en su concreta proyección sobre el de convivencia, les faculta también para no proseguir en ésta e impide que su cese quede condicionado a requisitos que podrían hacerlo muy gravoso o imposible.

Y otra, que se observa también cómo la estipulación no impone una obligación económica al cónyuge que contra la voluntad de su consorte decida desencadenar la ruptura, bien interponiendo la demanda de separación o divorcio o bien rompiendo la convivencia, sino sólo al esposo, para el caso de cese de la convivencia y sea cual sea la causa que le lleve a tomar su decisión, e incluso aunque ese cese se debiera la decisión unilateral de la segunda.

La sentencia considera la cláusula como un *“exponente manifiesto del uso de la libertad de pactos para regir la vida económica del matrimonio”*, conforme al art. 1.255 del Código Civil (precepto que, como sabemos, consagra la libertad de pacto en los contratos con los conocidos límites de la ley, la moral y el orden público) en relación con los arts. 1.315 (tal vez, el precepto de los tres invocados en la resolución que menos vendría al caso, en la medida en que se limita a establecer el derecho a otorgar capitulaciones para estipular el régimen económico conyugal) y 1.325 (que al contener la referencia –ya tratada en el tema de la forma- a *“cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”* ampara la inclusión en ellas de este tipo de pactos) del mismo cuerpo legal. Y añade que la doctrina ha configurado el Derecho de familia como integrante del Derecho privado, debiendo quedar al margen de su regulación *“lo público y los intereses de la sociedad”*, pero añadiendo a renglón seguido que *“sin embargo esa concepción del régimen económico del matrimonio tiene sus límites legales”*.

Tras esa muy cierta pero también muy genérica declaración, la resolución pasa a analizar la naturaleza de la cláusula, entendiendo que es doble:

-*“Desde un punto de vista de vigencia del matrimonio”*, es decir, mientras el matrimonio dure -o, se diría más precisamente en vista de la redacción de la cláusula, mientras dure la convivencia- *“parece otorgar una valoración económica a la convivencia conyugal pues se cuantifica la misma el primer año y luego mensualmente”*.

- *“Y por otro lado, desde el punto de vista de crisis matrimonial”*, es decir, a partir del momento en que sobrevenga la ruptura, *“supone una cláusula penal para salvaguardar los intereses económicos de un cónyuge y a la vez disuadir al otro de cesar en la convivencia, sin necesidad de proceso de separación. Por su parte, el cónyuge beneficiado con la estipulación podría optar entre la convivencia o la indemnización, que a medida que transcurra el tiempo sería mayor, de tal modo que la cláusula se convertiría en un aliciente para el beneficiario de la misma y un elemento disuasorio del cese de la convivencia conyugal para el otro, es decir, para el obligado a su abono”*. *“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". De modo que la estipulación operaría como cláusula penal en caso de ruptura y, antes y para evitar ésta, como elemento disuasorio de la decisión de un cónyuge de poner fin al matrimonio, separarse o al menos romper la convivencia.

La validez inicial de este tipo de pacto se ha propugnado, cierto es que no sin discusión, por varios autores. MARTÍNEZ ESCRIBANO¹¹¹, en los cautelosos términos que con razón acostumbra a utilizar en estos temas, sostiene que un pacto de esta índole podría admitirse dentro del marco de la autonomía de la voluntad pero con límites, que considera surgidos del hecho de que la fijación de la indemnización supone establecer un precio a la ruptura que determinaría al cónyuge a valorar y sopesar qué le conviene más, si mantener la convivencia o satisfacer la indemnización, introduciéndose de este modo un elemento de racionalización limitador de la absoluta libertad configurada por la ley. GASPAR LERA¹¹², sin embargo, no comparte esta apreciación pese a reconocer que la misma trae causa de lo expresado en la sentencia que comentamos, y sostiene que el establecimiento de una pena convencional por la ruptura del matrimonio no supone la introducción de un elemento de racionalización en un derecho que se configura legalmente en términos de igualdad, ni comporta tampoco una limitación a su ejercicio.

En sentido contrario y más tajante, PÉREZ HEREZA¹¹³ ha tildado este tipo de acuerdos, cuya validez rechaza, de contrarios a la moral, enfatizando que ya el ordenamiento jurídico establece los derechos que surgen de la crisis matrimonial y que, con fundamento y contenido variables, se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio causado por ella, por lo que si nos hallamos ante un caso en el que, sin el pacto añadido, no concurren los presupuestos para el nacimiento de estos derechos ya surgidos de la norma, la indemnización a cargo de un cónyuge y a favor del otro supone convertir al matrimonio en un mecanismo para

¹¹¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos...", op. cit., p. 92.

¹¹² GASPAR LERA, S. ADC, tomo LXIV, 2.011, III, p. 1.054.

¹¹³ PEREZ HEREZA, J. "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales". Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 14 de marzo de 2.008.

prosperar económicamente. Siguiendo esa línea argumental, si la siguiéramos, añadiríamos: o aunque esos presupuestos concurrieran, incluso con más razón.

Pues bien, la sentencia apunta en esta última dirección al reputar acertada la decisión del Juzgado de instancia que:

“ha considerado que la citada cláusula de la escritura de capitulaciones es nula por ser contraria al orden público matrimonial, considerándola contraria a las buenas costumbres, la moral y la ética social pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal, no considerando admisible que se pague por la convivencia matrimonial”.

Opino que, en realidad, más que por la convivencia se paga por su cese, y si eso se entiende, como antes se dijo, como fijar un precio a la convivencia en la medida en que la indemnización, consistente en dinero o en bienes o en derechos pero siempre reductible a valores económicos, lo tiene, la apreciación de que el Derecho, por tener que acudir en ésta como en otras ocasiones al mecanismo de la indemnización ante la dificultad o la imposibilidad de fijar un valor pecuniario a determinadas obligaciones de naturaleza distinta, o a sus incumplimientos, sirve también para fijar un valor a la convivencia mientras se ha desplegado la normal vida del matrimonio, es excesivamente fría y contraria a la misma razón de ser del vínculo conyugal.

Tras reputar nula la cláusula como contraria al orden publico matrimonial-sobrepasando, por lo tanto, los límites del artículo 1.255 CC- en la resolución se añade que:

“este Tribunal estima también que la referida cláusula es nula por aplicación del art. 1.328 del C. Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el art. 32.1 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial”.

En el caso de la sentencia, de la redacción de la cláusula podría resultar una situación de desigualdad por una razón a la que la resolución no hace referencia: el reconocimiento de la facultad de exigir la indemnización sólo a favor de la

esposa, y no del esposo aunque el supuesto de hecho fuera el mismo pero a la inversa. Ciertamente, para llegar a considerar que de la redacción de la cláusula resulta en efecto un desequilibrio real que conculca el principio de igualdad y causa su nulidad, posiblemente debiera atenderse a las situaciones reales de los cónyuges tanto en el momento de pactarla como en el de su aplicación, valorando las posibilidades verdaderas de uno y otro a la luz de las circunstancias concurrentes para concluir si en realidad, en términos comparativos, se produce realmente la desigualdad o la desproporción, y tal vez sea esa la razón por la que, descartada por la sentencia la validez de la cláusula como contraria al orden público matrimonial, no se entendió necesario al pronunciarla analizar esa otra cuestión, aunque no parece que tenga mucho sentido añadir razones sobre la razón fundamental y no terminar de analizarlas todas. En todo caso, es evidente que el mero hecho de fijar una indemnización al desencadenante de la ruptura puede ser indicio del establecimiento de un obstáculo o una cortapisa a su facultad de instar la separación o el divorcio, o cesar en la convivencia, que, prevista sólo para un cónyuge y no también para el otro, podría atentar contra el principio de igualdad si las situaciones económicas, financieras o patrimoniales de ambos fueran parecidas. De no serlo, la fijación de una indemnización de cuantía razonable sólo para el más pudiente o de sendas indemnizaciones de valores distintos atemperadas a las posibilidades de cada cual, no sería atentatoria contra el principio constitucional consagrado en el artículo 32 de la Constitución, que establece el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, ni provocaría la nulidad prevista en el artículo 1.328 del Código Civil.

La afirmación de que la desigualdad se produciría no sólo en el ámbito de este matrimonio concreto sino "*en general con los demás*" es difícil de entender si se analiza desde la óptica misma de la igualdad, pues la que preserva el artículo 1.328 -no se olvide que encuadrado en el capítulo codicial regulador de las capitulaciones matrimoniales y por lo tanto del acuerdo de voluntades concertado entre los cónyuges- es la referida a los dos cónyuges de un matrimonio concreto, sin proyecciones externas. Tal vez, la inclusión de esa precisión en la sentencia obedezca a la opinión de que la limitación de facto en un caso concreto de la facultad de instar la separación o el divorcio implica también de facto y sólo en ese caso la alteración de los términos legales en los que se delimita la posibilidad

de acceder a la separación o al divorcio, cuyas causas vienen reguladas en la ley con carácter general para todos los ciudadanos por remisión constitucional. Y sí podría entenderse como forma de reforzar el argumento principal del orden público matrimonial, concepto de mayor amplitud y que viene referido a la significación, el contenido y la trascendencia del matrimonio como institución de enorme relevancia social.

Sin ninguna duda, el pacto de indemnización por instar la separación o el divorcio o romper la convivencia viene a poner de manifiesto la vertiente contractual o negocial del matrimonio, al anudar una obligación y un correlativo derecho de resarcimiento al incumplimiento, o más precisamente a la extinción, surgida de la decisión unilateral de un cónyuge contraria a la del otro, de los derechos y obligaciones establecidas en los artículos 67 y 68 del Código Civil. Adicionando la consecuencia resarcitoria a la facultad libérrima ya otorgada por la ley de poner fin a la unión matrimonial, los otorgantes del pacto refuerzan esa naturaleza contractual y también la relevancia y la importancia en su caso concreto de esos derechos y obligaciones como causa justificativa o razón de ser - su extinción- del derecho indemnizatorio. Derechos y obligaciones que en el caso y para los cónyuges se revelarían, una vez más, menos vacíos de contenido de lo que nos dicen.

Y evidenciado y resaltado por virtud de esta clase de pacto ese aspecto del matrimonio como negocio jurídico bilateral, parecería acertado aplicar en el momento de su exigencia las instituciones que disciplinan el derecho de contratos. En este sentido, cabría plantearse el supuesto de que un cónyuge decidiera instar la separación o el divorcio a consecuencia del acreditado incumplimiento por el otro de alguno de sus deberes conyugales, pero se enfrentase al hacerlo con el pacto que le obligaría a indemnizar a éste objetivamente por el hecho de hacerlo y con independencia de matices culpabilísticos ajenos a nuestra normativa actual. Desde luego, si el pacto se previó de forma absolutamente aséptica para el caso de instar la separación o el divorcio, sin consideraciones añadidas, en principio debería cumplirse y el planteamiento procesal de una excepción de incumplimiento contractual para enervar su aplicación podría correr mejor o peor suerte dependiendo de las circunstancias del caso concreto, de la interpretación del negocio a la luz de los criterios contenidos en los artículos 1.280 y siguientes del Código Civil y de la

importancia que entre las partes debiera darse a la conducta del incumplidor como auténtico y más o menos grave incumplimiento. Cuestión distinta es la de que al establecerlo se hubiera precisado que la consecuencia resarcitoria quedaría eliminada o minorada en caso de incumplimiento de determinados deberes conyugales por parte del beneficiario: entonces no existiría razón para rechazar ese efecto neutralizador pactado. Por eso, si los otorgantes coincidieran en eliminar la procedencia de la indemnización o reducir su cuantía en el supuesto de que fuera el cónyuge beneficiario el incumplidor de los deberes conyugales y la decisión de optar por la separación o el divorcio adoptada por el otro trajera causa de ese incumplimiento, sería muy aconsejable no sólo que el pacto así lo estableciera de forma expresa, sino que en él se describieran lo más prolija y pormenorizadamente que fuera posible las conductas o las situaciones que se entenderían como neutralizadoras del derecho a percibir la indemnización o determinantes de la rebaja de ésta, porque de no haberse establecido esa prevención podría suceder en muchos casos que ni la excepción de incumplimiento contractual ni tampoco los más genéricos mecanismos correctores de la proscripción del abuso de derecho, del ejercicio antisocial del mismo y del respeto obligado a la buena fe, previstos en el artículo 7 del Código Civil, resultaran eficaces para dejar sin efecto un pacto otorgado por personas plenamente capaces y conocedoras al otorgarlo de que podría llegar a producirse la situación de hecho después efectivamente producida, y que no desplegaría, en principio, otras consecuencias que las económicas en su día previstas y repercutibles en los patrimonios personales respectivos de los otorgantes.

Aunque rechazando su validez como condicionante de la convivencia conyugal y posiblemente determinante, con el transcurso del tiempo, de la imposibilidad de romperla, la sentencia reitera la calificación de la estipulación como "cláusula penal". Esa calificación no altera la conclusión anterior en lo referente a la alegación, y posible intrascendencia, de la conducta incumplidora del cónyuge beneficiario.

El establecimiento como pacto matrimonial de una cláusula penal de las características de la que tratamos y al amparo de las previsiones contenidas en la sección sexta del capítulo tercero del título primero del libro cuarto del Código Civil no tendría por qué resultar nulo si se superase el obstáculo del necesario respeto al principio de igualdad y también al del orden público matrimonial y

llegara a entenderse, como varios autores entienden, que en la realidad social de nuestro tiempo la inclusión por los cónyuges o futuros cónyuges de este tipo de pacto al cobijo de su autonomía de la voluntad no es contrario “por esencia” a él, de modo que la validez de la convención sólo tropezaría con los límites derivados de la justicia intrínseca de su contenido concreto como negocio jurídico que, aun en caso de validez, quedaría sometido a la facultad moderadora concedida al Juez por el artículo 1.154 del Código Civil.

Es sabido que la cláusula penal, regulada en los artículos 1.152 a 1.155 de dicho Código, viene a garantizar el cumplimiento del contrato mediante la sanción de su incumplimiento con la pena convencional establecida. Al referirse en concreto a ella, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la viabilidad de una excepción de incumplimiento contractual en el supuesto de que quien pretende exigir el cumplimiento de esa cláusula haya, él también, incumplido lo que le incumbe. Esa excepción, de naturaleza puramente contractual, viene a enervar la pretensión del reclamante impidiendo que la cláusula penal opere. En su sentencia de 4 de abril de 2.003, la Sala Primera del Tribunal Supremo explica que:

“yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional: por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarían las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento del deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la que es deudor y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquél que está a su vez obligado –obligación recíproca- y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la exceptio non adimpleti contractus, que se desprende de los artículos 1.124, 1.308 y especialmente del 1.100 último párrafo, del Código Civil...”

Abundando en esa conclusión, la sentencia dictada por la misma Sala el 30 de marzo de 2.012 -que confirma la de segunda instancia en la que se sostiene que

no puede exigirse a una parte el cumplimiento y, por ende, si incumple imponerle la pena convencional, si la otra parte ha incumplido su recíproca obligación bilateral- recuerda que:

“según el párrafo segundo del artículo 1.152 CC, sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del Código. Estas disposiciones son las que determinan cuando el incumplimiento es imputable al deudor y es evidente que una de las variantes del incumplimiento se produce cuando no se mantiene el equilibrio en la relación jurídica querida por las partes en el momento de perfeccionarse el contrato porque ambas dejan de cumplir lo convenido”.

Diseñada, por lo tanto, en términos equiparables a los previstos para el supuesto de inexistencia de cláusula penal, la excepción de incumplimiento en el caso de que dicha cláusula se haya establecido, no existiría razón para no alcanzar iguales consecuencias en un caso y otro.

Debe añadirse que la conceptualización de este pacto como cláusula penal determina la posible utilización por el Juez de la facultad que establece el artículo 1.154 al disponer que modificará equitativamente la pena –cuya función, a tenor del artículo 1.152 del mismo texto legal, es sustituir a la indemnización de daños si otra cosa no se hubiere pactado- cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Desde luego, si por cumplir la obligación principal se entiende mantener vivo el matrimonio tal y como si entre los cónyuges se tratara, aun no siéndolo, de un vínculo indisoluble, la decisión de romper esa unión supondría un incumplimiento total, y no parcial o irregular, del obligado al pago, no cabiendo ninguna clase de moderación. Pero creo que más bien se trataría de que el Juez pudiera en cada ocasión valorar la situación real de las cosas para concluir si el cónyuge llamado apercibir la indemnización ha cumplido con mayor o menor diligencia, y durante mayor o menor espacio de tiempo, sus obligaciones conyugales, manteniendo el vínculo matrimonial. Desde esta perspectiva, el pactar, como sucede en el supuesto de la sentencia que analizamos, una indemnización creciente, que aumente en la medida en que lo haga el tiempo de duración del matrimonio, no parecería lógico si se considerase que en realidad a mayor tiempo también mayor, y no menor, cumplimiento por parte del gravado con la pena convencional, por lo que, al menos desde ese punto

de vista puramente temporal, el pacto habría venido a establecer una indemnización cuyo valor sube a medida que el daño disminuye, circunstancia que permitiría al Juez ejercer la facultad moderadora si de los términos del negocio no resultara que la voluntad de las partes fue prever su aplicación con independencia de cualquier otra consideración y sólo por el hecho de instar la separación o el divorcio; lo que, por otra parte, parece que sería lo más probable si no se contuvieran en el acuerdo matizaciones explícitas, dado que, como ya dije antes, al otorgar el pacto ambas lo diseñaron precisamente para que en su caso ese efecto, aunque pudiera llegar a opinarse que en términos objetivos resultaría contradictorio o ilógico, se produjera automáticamente llegado el día en virtud del juego de sus voluntades conscientes, autónomas y libres. Y no parece necesario tampoco detenerse a explicar lo peligroso que en estas cuestiones puede llegar a ser el tratar de obtener conclusiones pensando solamente en la aritmética, porque también puede considerarse que a mayor duración del matrimonio mayor es el daño que sufre quien, tras mantener una vida matrimonial prolongada, adaptando a ella sus hábitos y su vida personal y profesional, se ve obligado a enfrentarse, cuando muchas de sus posibilidades de proyección y desarrollo personal, profesional y familiar se han limitado o incluso han llegado a desvanecerse, a enfrentarse a una separación o a un divorcio que él no quiere.

Con independencia de la influencia que sobre el importe de la indemnización debiera tener el mayor o menor, o mejor o peor, grado de cumplimiento de sus obligaciones por parte de quien insta la separación o el divorcio, la posibilidad de moderarlo podría también plantearse atendiendo a parámetros puramente económicos y valorando las situaciones de los cónyuges comparando las existentes en el momento de la concertación del pacto y en el de su cumplimiento, atendida la evolución que en ese ámbito puramente material o patrimonial la vida de cada uno de ellos hubiera seguido a lo largo del matrimonio, para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. Y siendo obvio que la aplicación de ese mecanismo corrector y reequilibrador no se entiende si no es a la vista de las particulares circunstancias de cada caso concreto, los supuestos de hecho imaginables permiten atisbar un amplio panorama de incertidumbres.

Podría ocurrir, por ejemplo, que quien pactó años atrás una indemnización que al prestar el consentimiento le resultaba imposible de asumir o muy gravosa en caso de que lo hiciera, durante el matrimonio mejorase de fortuna hasta el

punto de que, llegada la fecha de la ruptura, la suma que en aquel entonces era desproporcionada, desmesurada y desequilibrante le resultara perfectamente asumible; en ese caso: ¿El desequilibrio o la desigualdad iniciales, con indudable repercusión sobre la validez del negocio ya entonces, quedarían purgados por efecto de esa mejora de fortuna unida al silencio de los cónyuges mantenido durante toda la vida del matrimonio?; ¿Podría llegar a conferirse a ese silencio sostenido y común la significación de una acorde voluntad de mantener vivo el pacto a medida que las circunstancias iban alterándose?

Un ejemplo más: si se admitiera la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para atemperar y adaptar de modo proporcional las consecuencias económicas en su día pactadas a la situación posterior, con la finalidad de que la repercusión económica realmente producida resultara equivalente, y no mayor ni menor, a la que inicialmente quisieron los otorgantes, nadie dudaría que ante el empeoramiento de las circunstancias el importe indemnizatorio debería disminuir, pero ¿Y si sucediera lo contrario? ¿Podría entonces el cónyuge beneficiario reclamar el aumento proporcional de la indemnización nominalmente pactada -no como compensación por desequilibrio, sino por el preciso concepto de indemnización por instar la separación o el divorcio-? Piénsese en el caso de que en lugar de una suma determinada numéricamente con una cifra concreta se hubiera establecido un porcentaje sobre el capital o el patrimonio del cónyuge deudor, o sobre cualquier otra base fluctuante; entonces, la indemnización variaría al alza o a la baja en recta aplicación del pacto, como normal efecto de él y sin necesidad de mecanismos correctores.

Concluyendo este apartado, considero, con todas la matizaciones, que la sentencia analizada reputa nulo un pacto que tal vez pueda serlo en el caso concreto que en ella se enjuicia, pero que no debería considerarse que lo es por lesionar por principio derechos fundamentales de los cónyuges o ser contrario al orden público matrimonial. Y que partiendo de esta primera -y no excesivamente asimilable al supuesto de indemnización "por instar"- decisión judicial, lo único que puede pronosticarse es que queda todavía camino por recorrer para que los pactos de esta clase se lleguen a considerar negocios jurídicos válidos, eficaces y, por supuesto, sometidos a los límites generales del derecho negocial, así como que si ese estatus se alcanza se abrirá de forma paralela un amplio panorama de

supuestos distintos unos de otros y necesitados de respuestas singulares en función de las circunstancias concurrentes.

Respuestas que creo no deberán perder de vista en ningún caso -y sin perjuicio del necesario respeto a la igualdad real de derechos de los cónyuges-, ni siquiera al sopesar la procedencia de estimar una excepción de incumplimiento contractual o de aplicar la facultad moderadora de la pena convencional, que en la mayoría de los casos al concertar el pacto los cónyuges pudieron prever de forma expresa y precisa la aplicación de los mecanismos correctores cuando llegara el día, y que si no lo hicieron pudiendo haberlo hecho y durante la vida matrimonial mantuvieron silencio sobre la cuestión, ello podría ser un sólido indicio de la asunción por parte de ambos, al cobijo de las soberanas autonomías de sus voluntades respectivas, de las consecuencia resarcitoria en los términos pactados y no en otros. Debiendo salvarse siempre, eso sí, para ser tenidas en cuenta, la concurrencia de circunstancias gravemente modificativas de las existentes cuando el negocio se concertó y que sobrepasen las incidencias y las inseguridades propias de la evolución de la vida durante un matrimonio que podría ser largo y fueran, además, sobrevenidas, imprevisibles e inevitables.

El pacto que obligue a uno de los cónyuges a abonar una indemnización que le resulte extraordinariamente gravosa o imposible de asumir es asimilable al de prohibición o grave restricción de la facultad de instar la separación o el divorcio y deber recibir igual tratamiento jurídico que éste.

8.2.2.2. *De indemnización por incumplimiento de deberes concretos*

Al referirme a los pactos delimitadores o definidores de los deberes conyugales, apuntaba que la posibilidad de anudar por vía de pacto determinadas consecuencias resarcitorias al incumplimiento de las obligaciones propias del matrimonio no puede descartarse en línea de principio, siendo la proyección del ordenamiento jurídico sobre cada supuesto de hecho concreto lo que determine si la autonomía de la voluntad ha traspasado o no los límites legales al defraudar principios tales como el del debido respeto a la dignidad personal o el de igualdad entre cónyuges, o contrariar por cualquier otro motivo el orden público. Precisaba también que no puede excluirse de forma absoluta que en el pacto otorgado esas consecuencias no vengan necesariamente aparejadas a la ruptura de la relación conyugal, pues del mismo modo que el

acuerdo podría hacer surgir de la ruptura derivada del incumplimiento de uno de los cónyuges un derecho a favor del otro, también podría establecerse ese derecho sin vincularlo a la ruptura y permitiendo la prosecución de la normal vida conyugal.

En efecto, pensando en las posibilidades que en cuanto a su contenido ofrecería esta clase de pacto, parece lo más normal que los cónyuges o futuros cónyuges decidieran pactar que en el caso de que alguno de ellos incumpliera un determinado deber conyugal y el otro instara la separación o el divorcio, debería el primero indemnizar al segundo mediante el pago de una determinada cantidad. Mas también sería posible que decidieran no vincular necesariamente esa consecuencia indemnizatoria a la separación o la disolución del matrimonio y la hicieran surgir del mero incumplimiento aun cuando ninguno de los cónyuges los instara, pues si en la actual regulación jurídica el incumplimiento de deberes conyugales no es una exigencia para alcanzar esos estados, menos aún los determina, ni los ha determinado nunca, como un efecto automático, ni tampoco el cónyuge que lo sufre está obligado a optar por la ruptura o impedido de intentar proseguir la vida conyugal, ofreciéndose así la alternativa de conceder un “perdón” descafeinado mediante el pago de esa indemnización, que los otorgantes del pacto bien podrían haberse impuesto anticipadamente como “castigo” e incluso como elemento disuasorio de conductas incumplidoras anteriores y también posteriores al pago de la indemnización.

El estudio de este convenio de indemnización nacida del incumplimiento de deberes conyugales debe venir precedido del planteamiento y, si es posible, de la respuesta a una pregunta anterior, o a varias: ¿Hace falta un pacto, si es que el mismo llegara a admitirse, para que ese efecto indemnizatorio se produzca? ¿No cabe, sólo en aplicación de nuestra regulación civil del matrimonio, la posibilidad de que el incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil conlleve, como normalmente conlleva todo incumplimiento de un negocio jurídico bilateral, la posibilidad de obtener un resarcimiento?

Enseguida se adivina que la cuestión acerca de si por aplicación de la normativa vigente, sin más -es decir, sin acudir a la autonomía de la voluntad de los otorgantes concretada en un pacto indemnizatorio expreso anterior o, incluso, en los mismos pago y aceptación voluntarios de la indemnización posteriores al incumplimiento-, puede anudarse al incumplimiento de deberes conyugales una

obligación de indemnizar, remite al debate sobre si esos deberes constituyen o no verdaderas obligaciones jurídicamente exigibles -sea o no posible su cumplimiento forzoso in natura- y no meros “deberes” desprovistos de fuerza vinculante y referidos a puras aspiraciones de observancia de conductas moralmente encomiables y socialmente dignas, sin más. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz el día 3 de abril de 2.008, a la que posteriormente voy a referirme con detalle, afronta con audacia esta cuestión y cierra o al menos estrecha mucho el camino a criterios contrarios al que en ella se defiende, y ha resultado decisiva no sólo para comprender rectamente el alcance y la significación de esos derechos sino también para dar respuesta a las preguntas principales que nos estamos planteando.

Resolviendo situaciones de hecho muy semejantes entre sí, varios pronunciamientos judiciales recaídos en nuestro país -incluso antes de las reformas del año 2.005- han analizado la cuestión en el ámbito concreto de la obligación de “guardarse fidelidad” que incumbe a los cónyuges, siguiendo una evolución interpretativa que ha ido de menos a más hasta alcanzar un criterio no sólo distinto sino incluso contrario al mantenido en las decisiones iniciales de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que analizó el tema por primera vez en la sentencia dictada el día 22 de julio de 1.999¹¹⁴, que resolvió un recurso de casación interpuesto contra la previamente dictada por la Audiencia Provincial de Madrid al conocer de la apelación interpuesta contra otra de 1 de septiembre de 1.993 del Juzgado de Primera Instancia número 63 de la capital. Por lo tanto, en el año 1.993 ya se había reclamado judicialmente en nuestro país una indemnización por incumplimiento de deberes conyugales; indemnización que no fue reconocida por ninguno de los tres órganos jurisdiccionales citados.

En el caso enjuiciado en esta primera resolución, el actor, casado con la demandada en el año 1.956, tuvo con ella varios hijos que fueron inscritos como tales en el Registro Civil. Desencadenada la crisis conyugal en 1.968 y declaradas la separación matrimonial civil y canónica y posteriormente la nulidad eclesiástica del matrimonio con declaración judicial de ajuste de la misma al derecho estatal, en 1.990 una prueba biológica determinó que un hijo que había

¹¹⁴ CENDOJ: ROJ: STS 5364/1999.

nacido en 1.966 no había sido engendrado por el demandante, declarándose por sentencia firme y a instancia del primero la inexistencia de filiación entre ambos.

Entendiéndose humillado y lesionado en su honor y dignidad por el que reputó doloso comportamiento de su entonces esposa al ocultarle la verdadera paternidad, y económicamente perjudicado por haber atendido una obligación alimenticia con respecto a quien no era realmente su hijo, liberando en lo correspondiente a dicha señora, el demandante dirigió contra ésta una doble pretensión: la de reintegración del daño patrimonial sufrido mediante la devolución de las sumas que desde la separación matrimonial había abonado en concepto de alimentos, y la de condena al pago de la cantidad de veinticinco millones de pesetas por el daño moral sufrido a consecuencia de la ocultación.

Aunque el motivo segundo del recurso de casación alude expresamente a la infracción del artículo 1.902 del Código Civil en cuanto a la reparación del daño patrimonial y del moral, el pronunciamiento desestimatorio viene a fundamentarse en que fue a comienzos de 1.990 cuando la demandada tuvo conocimiento de que la paternidad de su hijo correspondía a otra persona distinta de su esposo, lo que, según el Tribunal, impide calificar de dolosa la conducta de la primera en torno a la pretendida ocultación, y “esto así” -sic- no cabe acceder a ninguna de las dos reclamaciones porque ambas se basan en atribuir un comportamiento doloso a la demandada, no resultando aplicable en consecuencia el artículo 1.902.

Se concluye, por lo tanto, que el haber aludido a dolo (obsérvese que aun invocando el precepto regulador de la culpa extracontractual y el resarcimiento derivado de la obligación “alterum non laedere”) impide que al actor le sea reconocida alguna de sus dos pretensiones, y no se avanza más. Se excluye así la posibilidad, al menos en el caso concreto, de que el derecho al resarcimiento surgiera de la conducta negligente no dolosa en cuanto al daño moral, y del pago de lo indebido en cuanto al patrimonial, aunque parece admitirse, a sensu contrario, que cabría el resarcimiento derivado de la conducta dolosa (“no era posible hacer aplicación del meritado precepto -art. 1.902-, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido...”), conducta que, también parece deducirse, se concretaría en la ocultación de la no paternidad en el momento de ser conocida por la esposa.

Sólo ocho días después, el 30 de julio de 1.999, la misma Sala, compuesta por dos Magistrados que también dictaron la anterior y uno distinto, pronunció otra sentencia redactada por el mismo ponente¹¹⁵ en la que vino a resolver un supuesto de hecho similar.

En este segundo caso, el esposo promovió un juicio declarativo reclamando -además de otras pretensiones que ahora no interesan- el pago por su esposa de sendas indemnizaciones por los daños patrimoniales (alimentos satisfechos) y morales (engaño y pérdida de los hijos) derivados de la ocultación de la que había sido objeto al no informársele por esta última de que los dos hijos habidos durante su matrimonio eran fruto de una relación extramatrimonial que ella había mantenido con un tercero.

El Juzgado de Primera Instancia número veintisiete de Madrid había dictado sentencia el 5 de octubre de 1.992 estimando parcialmente la demanda y concediendo una indemnización por daños morales cifrada en diez millones de pesetas (por este concepto, el actor había reclamado esa misma cantidad por cada uno de los dos hijos). La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación deducido por la demandada y revocó la sentencia de primera instancia dictando otra por la que desestimó íntegramente la demanda, y frente a esta segunda resolución el demandante interpuso el de casación resuelto por la sentencia que ahora nos ocupa.

El incierto paso adelante que, al menos desde el mero planteamiento de posibilidades teóricas, se había dado en la sentencia del día veintidós anterior, se vio contrarrestado con los dos hacia atrás que vino a dar ésta, en la que la Sala desestimó el recurso y volvió a negar la posibilidad de cualquier clase de resarcimiento.

El único motivo del recurso, fundamentado expresamente en la infracción de los artículos 67 y 68 en relación con el 1.101 del Código Civil, se centró en el daño moral que la sentencia de instancia sí había decidido resarcir y se fundamentó realizando una a mi juicio muy razonable y razonada crítica de los argumentos contenidos en la de la Audiencia Provincial, en la que se sostenía que si el legislador hubiera querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal así lo habría previsto de forma expresa, y no sólo no lo ha

¹¹⁵ CENDOJ: ROJ: STS 5489/1.999. Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

hecho sino que, yendo más lejos, ha querido “descausalizar en lo posible” – recordemos que la sentencia se dictó seis años antes de promulgarse las reformas de 2.005- la separación y el divorcio.

Contundentísima aseveración que, casi de forma refleja, nos invitaría a reflexionar acerca de la necesidad, entonces, de que cualquier perjuicio derivado del incumplimiento de las obligaciones nacidas de la ley, de los contratos y cuasicontratos o de los actos u omisiones ilícitos o negligentes tuviera que ser concreta y expresamente previsto para poder considerarse resarcible, y que nos dirigiría, examinando la regulación específica de las particulares relaciones obligatorias en nuestro Derecho positivo, singularmente de las contractuales, a deducir en muchos casos de la generalidad o la imprecisión de la normativa codicial la imposibilidad de resarcir, soslayando la evidencia de que la principal razón de la existencia de las normas generales contenidas en el capítulo primero del título primero del libro cuarto del Código Civil es precisamente la de integrar esas regulaciones concretas, o las surgidas válidamente de la autonomía de la voluntad, para llenarlas de contenido normativo.

Adujo el recurrente en primer lugar que no era cierto que la infidelidad estuviera a la sazón regulada exclusivamente como causa de separación en el entonces vigente artículo 82.1 del Código Civil, pues también se regulaba -como, añado yo, se regula ahora, tras la reforma de 2.005- en el artículo 68 -vuelvo a añadir: como una obligación: “los cónyuges están obligados”, expresaba y sigue expresando el Código- porque el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo el criterio social y moral de la fidelidad al que se refiere la sentencia recurrida, razón por la cual la conducta infiel de la demandada supuso un incumplimiento de los deberes que como cónyuge venía obligada a cumplir. Añadió que si el legislador sólo hubiera querido regular la infidelidad como causa de separación no la habría incluido en el artículo 68, sino sólo en el 82, y finalizó explicando que el hecho de que el adulterio y el amancebamiento hubieran sido ya despenalizados no significaba que esas conductas no produjeran daños morales, como los que él en efecto había sufrido al vivir en un engaño permanente cuyo resultado final había sido la pérdida de sus dos hijos y el consiguiente sufrimiento psíquico, moral y también material. Concretó que la conducta de la esposa era constitutiva de un incumplimiento -que calificó de contractual por considerar esa la naturaleza del matrimonio- de las obligaciones

conyugales por dolo y mala fe, y concluyó afirmando que ese incumplimiento tenía sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas fuera la de estar incurso el infractor en causa legal de separación.

El Tribunal Supremo fundamentó su decisión en unos pocos renglones, reconociendo primero que el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 es merecedor de un innegable reproche ético-social que, tal vez -dice-, se acentúe aún más en aquéllos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, pero añadiendo a renglón seguido que es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial, sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, no cabiendo 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, porque *“lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar”*. Esas consideraciones, unidas a las contenidas en la sentencia recurrida, que la Sala hace suyas pero no reproduce ni explica, las considera suficientes para concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es resarcible económicamente, por lo que los artículos 67 y 68 en relación con el 1.101 del Código Civil no resultan infringidos.

Para fundamentar una decisión desestimatoria que da la impresión de que estaba cantada, la Sala optó por la alternativa de no entrar en análisis más profundos cuya oportunidad, sin embargo, el recurrente bien justificó, y se limitó a expresar su decisión aludiendo telegráficamente a unas razones en las que pudo detenerse. Al referirse con unas pocas palabras a la naturaleza del matrimonio como contractual, incluyó la expresión *“por más que se estimen como contractuales tales deberes en relación a la propia naturaleza del matrimonio”*, de manera que ni siquiera llegó a reconocer de forma clara que esa naturaleza es tal, apuntando simplemente, con ese *“se estimen”*, impersonal y de significado gramaticalmente dudoso, que era el recurrente quien sostenía que lo es, y a afirmar, ahora sí, que aun en el caso de que lo fuera se llegaría a la misma conclusión finalmente alcanzada. Y al buscar una razón para justificar la aseveración de que el daño moral derivado de la infidelidad no es resarcible, expuso un argumento excesivamente genérico, impreciso y huérfano de sustento legal, identificando la

alteración de la convivencia conyugal, que obviamente puede obedecer a un sinnúmero de razones distintas y presentar grados y efectos muy diversos también, y que forma parte muchas veces de la normal evolución de esa misma convivencia y no tiene por qué obedecer a un incumplimiento de nadie, con el incumplimiento mismo.

Cinco años más tarde, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia tuvo ocasión de pronunciarse, en la sentencia de 2 de noviembre de 2.004¹¹⁶, sobre un caso similar, planteado en un proceso declarativo en el que el actor, que después de la ruptura de su matrimonio había descubierto que de los cuatro hijos habidos durante su matrimonio con la demandada tres no eran hijos biológicos suyos, reclamó de esta última y también del padre biológico, quienes habían mantenido entre sí una relación extramatrimonial prolongada, el resarcimiento con carácter solidario de los daños morales (pérdida de los tres hijos, daños físicos y secuelas psicológicas y deterioro de su fama y honor) y patrimoniales (importe de las pruebas de paternidad, pues los gastos alimenticios fueron resarcidos previamente por acuerdo de las partes) causados a consecuencia de la concepción de los tres hijos que él creía propios, considerando que la conducta libre, voluntaria y ocultista de los demandados merecía ser calificada de dolosa o, al menos, de constitutiva de culpa grave o negligencia.

Fundada la argumentación del padre biológico en que lo que el demandante pretendía en realidad con el procedimiento era que se impusiera a los demandados un castigo por la infidelidad, si bien para un progenitor no casado no cabe hablar de infidelidad, y también en que no hubo negligencia en la elección de los métodos anticonceptivos porque los hijos siempre fueron tenidos por hijos del actor, con quien la demandada mantenía relaciones sexuales sin protección, y la de su codemandada en esos mismos motivos y además en que la petición del actor sólo se fundó en el dolo y no en la culpa y en que ella sola había criado, educado y amado a los tres hijos, la sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 20 de Valencia el 20 de abril de 2.004, condenó solidariamente a los codemandados a pagar al actor una indemnización solidaria de 50.000 euros por el concreto concepto de pérdida del vínculo biológico de éste respecto de los menores, no estimando probado que en la

¹¹⁶ CENDOJ: ROJ: SAP V 4688/2.004.

concepción extramatrimonial de éstos hubiera dolo *“pero sí negligencia en tanto los condenados no adoptaron todos los medios a su alcance para evitar el nacimiento, pues el nacimiento de tres hijos en cuatro años no puede considerarse como un hecho fortuito”*, desestimando las demás pretensiones deducidas. Esa resolución fue apelada por los tres litigantes.

Para resolver la cuestión, la Sala distinguió “tres facetas” en las relaciones entre el demandante y los dos demandados:

- La infidelidad conyugal. Sobre la que acoge expresamente -sin incluir matizaciones ni precisiones- *“la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1.999, en las que se especifica que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de compensación económica alguna”*, volviendo al argumento de la causa de separación como única consecuencia del incumplimiento.

-La procreación de los hijos. Compartiendo la apreciación del Juzgado de instancia sobre la negligencia de los codemandados, no estimando que actuaran de forma dolosa o intencional para causar un daño al demandante pero sí negligente, pues conocieron de forma inmediata que el primero de los hijos era de ambos y por lo tanto que los métodos anticonceptivos utilizados no eran seguros.

- El ocultamiento de la paternidad. Con respecto al cual, discrepando de la sentencia de instancia, los magistrados estimaron que la conducta de los demandados fue dolosa, suponiendo un plus en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado.

En esta tercera faceta, la sentencia parte exclusivamente de la primera de las dos dictadas por el Tribunal Supremo en 1.999, que interpreta en el sentido al que antes me referí de que de su texto se infiere la posibilidad de reparación del daño causado por la ocultación cuando sea dolosa, considerando aplicable el artículo 1.902 del Código Civil, y prosigue refiriéndose a la aparición progresiva en la doctrina y la jurisprudencia de excepciones a la regla general de inmunidad en las relaciones familiares y conyugales, constatando que entre tales exclusiones puede destacarse la de los daños dolosos ya reconocida por el Tribunal Supremo alemán al declarar el derecho del cónyuge a ser indemnizado por la causación de daños contra bono mores si el adulterio va seguido de una intención calificada de dañar, como en el caso de que se haya engañado al marido sobre su paternidad, y

citando también a JOSEP FERRER RIBA cuando considera que ese sería un hecho generador de responsabilidad extracontractual.

En definitiva, aplicando el artículo 1.902, precepto que establece la genérica obligación de no causar daño, no sólo para la sanción de la culpa sino también para la del dolo, y excluyendo al efecto de hacer surgir la consecuencia resarcitoria la obligatoriedad jurídica de la obligación conyugal de fidelidad, que expresamente niega aunque paradójicamente invoque la progresiva exclusión de la inmunidad en las relaciones familiares y conyugales, la sentencia estima la concurrencia de negligencia en la concepción y dolo en la ocultación para duplicar la condena pecuniaria pronunciada en la instancia, que eleva de cincuenta mil a cien mil euros, manteniendo una solidaridad pasiva incompatible con la valoración de la más mínima influencia en la decisión judicial del artículo 68.

Avanzando mucho más, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz pronunció el día 3 de abril de 2.008¹¹⁷ una sentencia de estructura impecable y brillante fundamentación que, sobre todo, ofreció a los litigantes una argumentación jurídica completa y seria en la que todas las cuestiones planteadas fueron analizadas en profundidad y con rigor para llegar a conclusiones distintas e incluso contrarias a las que hasta entonces se venían propugnando, descendiendo hasta el mismo epicentro del Derecho de familia y de la regulación positiva del matrimonio como negocio exigente de un consentimiento específicamente matrimonial, nutrido de contenido material y generador de unos derechos y deberes recíprocos que sí son obligaciones efectivas y que están garantizados en cuanto a su contenido vinculante, naturalmente en lo posible y como es posible, por la fuerza del Derecho.

El supuesto de hecho es parecido a los de las sentencias anteriores. Tras contraer matrimonio y sufrir pronto los cónyuges una crisis no desencadenante de la ruptura, la esposa mantuvo relaciones sexuales con un compañero de trabajo y quedó embarazada a consecuencia de ellas. Nacida una hija cuya filiación matrimonial fue atribuida a los cónyuges, poco tiempo después sobrevino en efecto la ruptura tramitándose un proceso de separación matrimonial consensual y otro de impugnación de filiación, determinándose en

¹¹⁷ CENDOJ: ROJ SAP CA 186/2.006.

este último la ausencia de paternidad del actor, quien posteriormente reclamó de la demandada ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de El Puerto de Santa María los daños materiales y morales causados por la ocultación de la información debida y obtuvo en esa primera instancia una sentencia íntegramente desestimatoria de su demanda, sentencia que fue objeto del recurso de apelación resuelto por la que ahora comento.

Aclarando en su primer fundamento de derecho que en ella se va a tratar:

“una cuestión absolutamente compleja que tenemos aún por abierta ante la falta de pronunciamientos seguros del Tribunal Supremo al respecto”,

Y ello aun constatando la existencia de las dos sentencias de 1.999 pero también que desde entonces, y singularmente desde la reforma de 2.005, diferentes Audiencias Provinciales se han ido pronunciando en sentido diverso, la sentencia comienza explicando la razón de la desestimación de la demanda decidida por el juzgador a quo, que la Sala de apelación no comparte y que vino a centrarse en que:

“el fundamento de la responsabilidad exigida se encuentra en un hecho generador común: la infidelidad”,

Reiterando por enésima vez que el quebrantamiento de los deberes conyugales carece de sanción específica y que sólo la ocultación dolosa, concretada en haber tenido conocimiento la esposa de la no paternidad del esposo y no haber informado a éste de forma temporánea, daría lugar a consecuencias reparadoras por la aséptica vía del artículo 1.902 del Código Civil.

La Audiencia precisa que es discutible que las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo hayan sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamentos al menos parcialmente diversos, y sostiene una posición contraria a la del alto Tribunal porque los cambios normativos hacen necesaria una adaptación de la doctrina a la situación actual, proclamando que no resulta precisa la existencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada, pues el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción al marido genera *“por sí mismo”* su responsabilidad civil.

El análisis jurídico de la cuestión se contiene en el fundamento de derecho segundo, sistematizado en dos apartados distintos que separadamente explican

“cada uno de los fundamentos” de la responsabilidad discutida, y que son: 1. El incumplimiento del deber de información; y 2. El incumplimiento del deber de fidelidad.

En cuanto al deber de información, la sentencia explica primero el criterio seguido en la de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2.004 que ya he comentado, que fue reiterado en otra de la misma Audiencia de 5 de septiembre de 2.007, y a continuación viene a considerar más adecuado el que mantiene la de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) en la sentencia de 16 de enero de 2.007, que *“claramente se desmarca del requisito del dolo”* al establecer que la culpa o negligencia del artículo 1.902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o la intención maliciosa, pudiendo afirmarse que:

“la demandada no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación”

Por lo que la omisión de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento negligente a los efectos del citado precepto, derivándose de ella responsabilidad extracontractual. Y pudiendo presumirse que la esposa que mantiene simultáneamente relaciones sexuales con otro hombre y queda embarazada sabe y puede saber que existe más de una paternidad posible, debiendo hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica desde el primer momento.

“En otras palabras -se concluye- no es necesaria la concurrencia de una conducta adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores que advere una intención dolosa en orden a atribuir una paternidad irreal al marido, si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad”.

Se comprueba que en este apartado no se otorga al Derecho matrimonial ninguna clase de influencia para fundamentar el resarcimiento, pero ello no obstante sí se aclara que aun siendo cierto que en el ámbito del Derecho de familia y matrimonial sólo los incumplimientos en los que medie dolo o culpa grave generan de ordinario responsabilidad, el artículo 1.902 del Código Civil nada establece al respecto, por lo que cualquier hecho dañoso imputable a la falta de

diligencia de quien lo comete ya genera responsabilidad, de manera que exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada es innecesario y resulta la mayoría de las veces imposible.

Añade la sentencia que:

“otra cosa es que el hecho generador de la responsabilidad aparezca de alguna manera cualificado, esto es, que no se trate de incumplimientos de escasa trascendencia personal, pero ello no implica que sea exigible un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad reforzado por el dolo”,

Saliendo así al paso de la afirmación contenida en la del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1.999 de que *“lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar”* a la que ya me referí algunos párrafos más arriba en un sentido que entiendo perfectamente compatible con lo que la Audiencia explica.

Vengo hablando, desde los primeros pasajes de este trabajo, de paradojas. Al iniciar el estudio del segundo fundamento de la responsabilidad reclamada, concretamente de la infidelidad, la Sala describe muy gráficamente una de ellas:

“No existe sanción específica en nuestro ordenamiento al incumplimiento del deber de fidelidad, pero si como consecuencia de la infidelidad resulta un embarazo, la sanción civil viene por el hecho de no manifestarla tras comprobar por métodos científicos cuál fuera la verdadera paternidad. No se sanciona, en suma, la infidelidad, sino el hecho de ocultarla que es precisamente nota constitutiva de tal conducta, salvo supuestos extraordinarios de consentimiento en el mantenimiento de relaciones con terceros dentro del matrimonio”.

En otras palabras, y concretando, aclara la Sala, en primer lugar, que el hecho de ocultar la infidelidad, entendida como conducta sexual mantenida con un tercero e ignorada por esa razón por el cónyuge, es precisamente nota constitutiva de la infidelidad: parece de Perogrullo, pero es importante: la infidelidad, más que a la conducta sexual misma, se aproxima a la ocultación, que no sólo es un incumplimiento de la genérica obligación *neminem laedere* sino un incumplimiento de la obligación de fidelidad en sentido puramente jurídico; y en segundo lugar, que por esa razón la infidelidad no concurre en los supuestos

extraordinarios de consentimiento en el mantenimiento de relaciones sexuales con terceros dentro del matrimonio¹¹⁸.

Una vez realizadas ambas aclaraciones, se recuerda en la sentencia que precisamente aquella sanción que antes aparejaban los pronunciamientos judiciales a la infidelidad, concretada en constituir ésta una causa de separación matrimonial, sin más, fue desterrada de nuestro ordenamiento en el año 2.005, y que “quizás” deban replantearse las cosas:

“desde el análisis de la propia institución matrimonial, esto es desde la perspectiva de la importancia y trascendencia que para los cónyuges deba tener su consentimiento al cumplimiento de los deberes a los que se comprometen”.

En referencia a estos deberes, la sentencia proclama que el consentimiento sobre su asunción no es intrascendente para el ordenamiento “*en tanto en cuanto siguen vigentes las normas sobre error o simulación como causa de invalidez del matrimonio (art.73.1º CC)*”. Y es posible que ahora, a la luz de esas palabras, pueda entenderse mejor cuanto argumenté al abordar el estudio de los pactos sobre ellos, sosteniendo entonces como sostengo ahora que, siendo evidente que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial referido precisamente a ellos mismos, no son ni intrascendentes ni sólo teóricos ni de contenido puramente ético o moral.

Siguiendo esa línea, los magistrados afirman creer:

“que no se trata de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser”.

Basándose en que nuestra Constitución impone al legislador en su artículo 32 la obligación de dotar de contenido al matrimonio frente a otras instituciones de convivencia, y fruto de ello es precisamente el establecimiento de ese elenco de deberes como auténticamente jurídicos, que no lo serían si su incumplimiento, aun cualificado, careciera de sanción.

Desmontando uno a uno los argumentos esgrimidos en contrario en resoluciones anteriores, la sentencia puntualiza:

-Que siendo cierto que -en la mayoría de las ocasiones pero no en todas, quiero aclarar- no puede conseguirse el cumplimiento forzoso de estos deberes,

¹¹⁸ A los que me referí al tratar de los pactos sobre el deber de fidelidad.

ello no significa que su violación no pueda generar responsabilidad. Porque de hecho en nuestra legislación procesal el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente se reconduce a la indemnización de daños y perjuicios, que es exactamente la opción por la que se opta en la sentencia.

- Que aunque se haya descrito el Derecho de familia como un sistema cerrado y completo, capaz y autosuficiente para resolver los conflictos propios del mismo a través de sus específicas normas, no cabe duda de que el concurso entre el artículo 82 y el 1.902 del Código Civil se resolvería a favor de la aplicabilidad de este último precepto si es que -además- el primero no hubiera sido derogado. Y que ambos preceptos atienden a supuestos de hecho diversos: mientras estuvo en vigor, el artículo 82 a la suspensión del vínculo matrimonial, y el 1.902 a la reparación del daño causado, en estos casos, entre cónyuges.

- Que hacer surgir del incumplimiento de deberes conyugales una consecuencia indemnizatoria no supone restricción de la facultad de divorciarse, pues lo mismo sucedería, entonces, con la pensión compensatoria o la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario, y nunca se ha considerado así.

Concluye la sentencia que:

“no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado con exclusividad, que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno”

Y recordando que en nuestro país disponemos de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura a diferentes modelos de convivencia en pareja y por los que libremente pueden los ciudadanos optar, por lo que quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa de que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar el consentimiento y debe obtener una indemnización por su incumplimiento cualificado si éste le ha causado un daño. Teniendo, naturalmente, que probar de forma cumplida el hecho dañoso, el daño causado y su entidad y el nexo causal entre ambos.

Esa es la postura que con coherencia se mantiene en la sentencia, *“aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido”*, para concluir en la estimación del recurso en lo que nos interesa.

Después de que esa sentencia se dictara, los argumentos de las Audiencias Provinciales han seguido basculando sobre el eje de la condena indemnizatoria sin trazar una línea de fundamentación jurídica unívoca y clara. La sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria el día 3 de marzo de 2.016¹¹⁹ constata que la mayoría de las resoluciones dictadas sobre esta cuestión siguen, quizá por efecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1.999, exigiendo la presencia de dolo o culpa grave, que se asocia no con el incumplimiento del deber de fidelidad (art.68 CC) sino con el hecho de ocultar la verdadera paternidad; la de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de marzo de 2.015¹²⁰, tras citar las que hemos estudiado, acoge la pretensión indemnizatoria con fundamento en el ocultamiento, que reputa doloso, de quien era consciente de que el esposo no era el padre biológico de la hija concebida y nacida constante matrimonio; y la de la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de noviembre de 2.014¹²¹ llega al mismo resultado al confirmar la de instancia que también consideró doloso el ocultamiento.

Es digna de comentario, siquiera breve, la de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña de 8 de noviembre de 2.010¹²², resolución en la que, considerando el dolo como una exigencia de la condena y aun reconociendo que la demandada pudo haber actuado de manera negligente porque al albergar la duda sobre quién fuese el verdadero padre de su hija debió haber adoptado las medidas tendentes a su veraz determinación, practicando las correspondientes pruebas biológicas con comunicación a su cónyuge, la Sala se aleja de los anteriores pronunciamientos de las Audiencias de Barcelona y Cádiz y, precisamente por entender que la culpa no origina el resarcimiento, pese a calificar de *“encomiástica y responsable”* esa conducta no seguida por la demandada afirma que cabe plantearse si sería exigible, por lo que, *“no sin*

¹¹⁹ CENDOJ: ROJ: SAP S 186/2.016.

¹²⁰ CENDOJ: ROJ: SAP J 216/2.015.

¹²¹ CENDOJ: ROJ: SAP V 5813/2.014.

¹²² CENDOJ: ROJ: SAP C 3022/2.010.

vacilación”, se decanta por considerarla “no exigible desde la base de una situación de duda”. Ni información ni fidelidad: simplemente, dejar las cosas estar.

Aunque existe algún supuesto aislado de reclamación de indemnización entre cónyuges por incumplimiento de otros deberes¹²³, se comprueba que es el de fidelidad el que más se ha brindado a la controversia en sede judicial, lo que puede obedecer, más que, como apresuradamente pudiera aventurarse, a razones de índole puramente personal derivadas de la frustración o del rencor, al verdadero quebranto económico y moral que en supuestos como los planteados de descubrimiento de la no paternidad sufre el progenitor engañado. En todo caso, el daño moral derivado del quebranto psíquico o moral causado por el incumplimiento de esos otros deberes surgidos del matrimonio no tendría por qué merecer una repuesta distinta¹²⁴.

¹²³ Me refiero al caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 30 de septiembre de 2.003 (CENDOJ: ROJ SAP SG 308/2.003), en el que fue la esposa quien, sin éxito, reclamó del esposo una indemnización en resarcimiento del daño sufrido por el abandono del hogar familiar por parte de éste, con pretendida conculcación de los deberes de ayuda y socorro al padecer la primera una grave enfermedad.

¹²⁴ Sin referirse al pacto indemnizatorio, sino simplemente a la regulación legal, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. en “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales” (*InDret, Revista Para El Análisis Del Derecho*. Barcelona, octubre de 2.010) sostiene que 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; a renglón seguido, afirma que otra cosa es 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 la clave del problema se centra en determinar qué comportamientos originan daños resarcibles y qué otros, aun constituyendo violaciones de los deberes entre cónyuges, no deberían dar derecho a indemnización. Y en esa encrucijada, concluye que el resarcimiento del daño moral por incumplimiento de los deberes consagrados en los artículos 67 y 68 del Código Civil sólo debería ser concedidos cuando se lesionen derechos fundamentales o aquéllos principios básicos que identifican al matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, como el principio de igualdad entre cónyuges o los deberes de ayuda, socorro y actuación en interés de la familia en aquéllos casos en los que resulte lesionado el derecho a la integridad física o psíquica del sujeto.

Lo que, aun de ser admitido, considero que no tiene por qué excluir ni la posibilidad del pacto que fija de manera precisa las consecuencias resarcitorias del incumplimiento de esos deberes, ni la del referido a la transgresión de otros que, como el de fidelidad o el de convivencia, la referida autora no considera que identifiquen o cualifiquen el matrimonio

Retomando, una vez conocido ese panorama jurisprudencial actual, la cuestión principal, centrada en la posibilidad de otorgar un pacto prematrimonial o matrimonial de indemnización por incumplimiento de alguno o algunos de los deberes conyugales establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, indemnización que podría no limitarse a la de aquéllos quebrantos puramente materiales sufridos –por ejemplo, el gasto asumido para la atención de personas dependientes a cargo del otro cónyuge- sino comprender también o contemplar solamente una prestación económica derivada en exclusiva del hecho del incumplimiento, sin más, no sólo no parece que esa posibilidad pueda descartarse sino que, de admitirse esta modalidad de acuerdo, será con toda probabilidad frecuentemente otorgado. Y desde el punto de vista puramente jurídico, que es el que nos interesa, ninguna razón se atisba para pensar que, por principio, ese pacto sería contrario a los límites consagrados en el artículo 1.255 del Código Civil, porque ni siquiera en las sentencias de las estudiadas en las que se muestra mayor resistencia a admitir el nacimiento de la obligación de indemnizar por aplicación del derecho positivo vigente se ofrecen serios y justificados argumentos asociados al orden público o a la moral. Es más, tanto si se invoca en unas, para fundamentarlas, el deber de fidelidad, como si se alude en otras al genérico de no causar dolosa o negligentemente daño a otro, lo cierto es que los pronunciamientos judiciales se decantan mayoritariamente por indemnizar en esos supuestos que en la realidad social actual se consideran como de infidelidad matrimonial sin ninguna duda. ¿Qué óbice -más allá del imprescindible respeto al principio de igualdad entre cónyuges rectamente entendido, a la moral y al orden público al trazar las condiciones particulares de cada caso concreto- podría oponerse, entonces, a que los esposos o futuros esposos determinaran anticipadamente alguno de los efectos del incumplimiento de las obligaciones que dijeron asumir al prestar su consentimiento matrimonial? Más que tratarse, como en sentido contrario apunta PINTO ANDRADE¹²⁵, de una modalización del consentimiento matrimonial proscrita por el artículo 45 del Código Civil, nos hallaríamos ante una forma de reafirmar la obligatoriedad de los deberes surgidos de ese consentimiento y de hacer efectiva a través del pacto su auténtica

como tal, lo que, de ser así, sin duda propiciaría, con sujeción a los límites legales, el juego de la autonomía de la voluntad.

¹²⁵ PINTO ANDRADE, C. "Pactos...", op. cit., p. 65.

trascendencia, concretándose en cada caso a través de la autonomía de la voluntad el alcance indemnizatorio de determinadas conductas que podrían describirse en el acuerdo como determinantes de los incumplimientos de deberes concretos, bien anudando el derecho del perjudicado a la demanda de separación o de divorcio o bien, simplemente, concretando el derecho surgido del incumplimiento sin ningún otro requisito añadido, dejando a la libérrima decisión de cada cónyuge, que la ley concede a ambos, la decisión de proseguir o no la convivencia conyugal.

Indemnización por incumplimiento que, aun referida a un deber legalmente consagrado, surge del acuerdo de voluntades revestido de los rasgos característicos del negocio jurídico y que, por ello, podría ser susceptible de moderación –si se considerase pena convencional-, exclusión –en los supuestos de incumplimiento recíproco- o atemperación –en los de alteración sustancial, sobrevenida e imprevisible de circunstancias- en términos semejantes a los que expliqué al tratar de los supuestos de indemnización por instar la separación o el divorcio.

8.2.2.3. De limitación de la libertad personal tras la ruptura

Aunque los autores que han estudiado los pactos otorgados entre cónyuges o futuros cónyuges para establecer determinadas obligaciones de comportamiento, activo u omisivo, de uno de ellos o de ambos, una vez producida la ruptura del matrimonio, suelen referirse en esos trabajos, para rubricarlos, a pactos limitativos de la libertad personal de los cónyuges tras la ruptura, lo que realmente interesa es plantearse la posibilidad de que a través del pacto concertado antes de o durante el matrimonio se imponga y se asuma por un otorgante o por los dos una o más obligaciones de comportamiento personal para el tiempo posterior a esa ruptura, o se impongan determinadas consecuencias, resarcitorias o de otro tipo, para el caso de que las situaciones previstas como generadoras de las mismas lleguen en efecto a producirse. Sucede que los acuerdos de esta clase serán válidos en la medida en que la autonomía de la voluntad de los otorgantes no tropiece con alguna limitación legal que obste a esa validez, y que por lo tanto aquéllos que limitan un valor tan sumamente importante y protegido por nuestro ordenamiento como es la libertad personal

merecen ser singularmente destacados porque, por esa razón, carecen de ella al resultar nulos de pleno derecho.

En lo que respecta al Derecho civil, no parece que el concepto de libertad personal sea fácilmente definible, ni siquiera fácilmente aprehensible. La libertad es sin duda un atributo de la personalidad física que permite a la persona, libremente, actuar o abstenerse de actuar sin contravenir la ley. El Diccionario de la Real Academia facilita varias definiciones de libertad, entre ellas las que la describen como la:

“facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos” y como la “facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres”.

Ambas se entienden como enunciativas de lo que todos sentimos como propio al referirnos a nuestra personal libertad, a nuestra capacidad de actuar y a su natural limitación legalmente prevista y protectora de la libertad de los demás, pero resultan excesivamente genéricas para ser utilizadas como punto de referencia de la validez o invalidez de un determinado pacto prematrimonial.

La Constitución Española, sin definirla, contiene en su primer artículo una expresa referencia a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, consagrando en las secciones primera y segunda del capítulo segundo del título primero, como derechos de los ciudadanos, aspectos más concretos de ella tales como la libertad de residencia, la de libre circulación por el territorio nacional, la de domicilio, la de asociación, la de culto, la de expresión y demás. Derechos o libertades personales de rango constitucional que constituyen una barrera infranqueable para la autonomía de la voluntad, singularmente en el ámbito del Derecho de familia, nutriendo el entramado de paradojas que éste nos muestra. Porque es precisamente la ampliación del ámbito objetivo de la autonomía de la voluntad concluyente del acuerdo prematrimonial lo que, al pretender extenderse, puede desbordar esa frontera y afectar los constitucionales derechos de libertad del otorgante, excitando el resorte de la nulidad contractual para preservarlos. El acierto habrá de residir, por lo tanto, en concluir si un determinado pacto, en las condiciones objetivas y subjetivas en las que se otorgue y con el contenido obligacional concreto acordado por las partes, rebasa los

límites constitucionales del derecho a la libertad personal en alguna de sus manifestaciones.

Hay, a mi juicio, algo más a considerar del mismo modo, porque el juego de la autonomía de la voluntad no sólo viene condicionado por el necesario respeto a los derechos de rango constitucional, sino también por la legalidad ordinaria. Y en este sentido la ley imperativa, la moral y el orden público constituyen, por disposición del tan repetido artículo 1.255 del Código Civil, una clara limitación a cualquier tipo de pacto, incluidos los prematrimoniales. Pero nada de esto es nuevo, ni especial ni singular. Lo único que se pone de manifiesto es la evidencia de que el pacto prematrimonial es un negocio jurídico con las mismas exigencias de respeto a la legalidad ordinaria y constitucional que los demás. Los imaginables y variopintos supuestos concretos en los que los derechos constitucionales de un otorgante pueden resultar afectados son muchísimos y todos o la mayor parte de ellos planteados con la finalidad última de proteger, o intentar proteger, derechos que son en efecto merecedores de protección, pero no con el tributo de esa afectación. Es lícito que un progenitor considere que el posible traslado futuro del otro con los hijos menores que quedan bajo la custodia de éste a una comunidad autónoma distinta de aquélla en la que todos ellos residen podría suponer, sin el acuerdo del primero, un peligro también futuro para los niños; o, a la recíproca, que el custodio entienda que el alejamiento del no custodio acrecentará el distanciamiento entre éste y sus hijos en algo más que en lo puramente espacial, o sólo en esto, y eso sea para él motivo moralmente bastante para intentar anticipadamente impedirlo. Pero el ordenamiento jurídico, a través del procedimiento previsto para el caso de desacuerdo o conflicto entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, del de modificación de medidas o del de medidas urgentes de protección de los menores, ofrece mecanismos defensivos de los derechos de éstos en evitación de situaciones sobrevenidas perjudiciales para ellos. Ese es el camino, y no el de soslayar derechos que son insoslayables. No el de pactar inicialmente, incorporándola al acuerdo emanado del consentimiento de las partes, la imposibilidad de que uno de los otorgantes, o los dos, decidan en cada momento de su vida futura dónde van a residir, o, aun no estableciendo esa imposibilidad absoluta, aparejar al cambio de residencia de forma automática consecuencias perjudiciales para él mismo o para sus hijos, lo que contraviene el artículo 19 de la Constitución con la

consiguiente nulidad del pacto, siendo reiteradas las resoluciones jurisdiccionales y también constitucionales que así lo declaran en supuestos en que, tras la ruptura del matrimonio, un progenitor pretende obligar al otro a residir en un lugar determinado. E igual conclusión puede alcanzarse si lo que se intenta es, por ejemplo, impedir la futura adscripción de uno de los padres o de ambos a una determinada confesión religiosa, olvidando su libertad religiosa y de culto garantizada por el artículo 16 de la Norma Fundamental, o que puedan contraer matrimonio, limitando no sólo su constitucional derecho a hacerlo, previsto en el artículo 32 la misma Norma, sino el libre desarrollo de la personalidad que, como expresa el artículo 10 de esta última, es fundamento del orden político y de la paz social.

La decisión sobre la validez del pacto limitativo de la libertad o -más plásticamente- de las libertades personales de los cónyuges tal y como las estamos considerando, vendrá determinada en cada caso concreto por las singulares características materiales y personales de éste. Ciertamente, al tratarse de una cuestión en la que no es de ninguna manera presumible que se vayan a producir novedades de criterio, el sentido de los pronunciamientos ya recaídos en nuestros tribunales cuando en procesos matrimoniales han resuelto casos de pactos limitativos incorporados a convenios reguladores (incluso, en alguna ocasión, a acuerdos previos a esos convenios) y sometidos cuando procede a la supervisión del Ministerio Fiscal que es previa a su aprobación o desaprobación judicial, debe ser coincidente con el de los que se emitan cuando lo que se someta a su consideración sea la validez de una o más cláusulas de este tipo incorporadas a un pacto, prematrimonial o matrimonial, otorgado antes de la crisis o de la ruptura conyugal, bien porque se intente hacer valer en un juicio contencioso, bien porque ambos cónyuge soliciten su homologación en una resolución judicial dictada en un procedimiento consensual, o bien porque, incluso antes del proceso matrimonial, uno de los otorgantes postule ante los tribunales, en actitud preventiva, la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, con mayor o menor alcance en relación con el resto del contenido del acuerdo.

Al referirse a esta cuestión, todos los autores comentan la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña el día 7 de mayo de

2.002¹²⁶ en un proceso de divorcio en el que el esposo interpuso contra la sentencia de primera instancia un recurso de apelación postulando la nulidad de ciertas cláusulas del convenio regulador de la previa separación matrimonial, cláusulas que en esa primera resolución se declararon aplicables para regular el divorcio y en las que se establecía que:

“para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja”, y que “el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad”.

En alusión a la primera cláusula, en la que como vemos se contempla un cambio automático de la custodia de las hijas para el caso de que la madre mantuviera un relación de pareja, matrimonial o extramatrimonial, con otra persona, hombre o mujer, efecto que no obstante quedaría neutralizado si el padre también tuviera una relación semejante por su cuenta, la Sala, no citando expresamente el artículo 10 de la Constitución pero en clara aplicación del mismo, se pronunció de forma terminante considerando que suponía:

“un claro atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad que no se justifica en un hipotético interés de los menores, pues en el caso de que dicha situación llegara a producirse, valorando la incidencia que pueda tener sobre ellas, y el interés de éstas, podrá someterse a decisión un cambio en la guarda y custodia”.

O lo que es lo mismo, que, tal y como acabo de decir, aunque el interés de los menores deba ser protegido de forma preferente, la manera de hacerlo no puede consistir en limitar, ni a través del pacto ni tampoco de la fuerza de una sentencia, derechos constitucionales de los progenitores, debiendo por el contrario acudir a los medios específicos que el ordenamiento sustantivo y el procesal ofrecen para salir al paso de las situaciones peligrosas para los primeros.

En cuanto a la segunda cláusula citada, la sentencia alcanza igual conclusión, en esta ocasión entendiéndolo mermado con ella el derecho a la libertad de residencia y previendo, llegado el caso, el mismo proceder para el futuro.

¹²⁶ CENDOJ: ROJ: SAP C 1141/2002.

Podría llamar la atención el que en el fallo de la sentencia no se contenga una expresa declaración de nulidad de esas dos cláusulas. La razón está explicada en el último párrafo del fundamento de derecho segundo de la resolución, en el que viene a recordarse que el Código Civil prevé específicamente en su artículo 90 que el Juez puede desaprobar alguna cláusula contenida en el convenio regulador que considere dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, de no haberse reparado en ello con anterioridad, cuando se someten a su decisión las medidas que han de regular el divorcio. Y así, habiendo establecido la sentencia de instancia que:

“las hijas menores del matrimonio quedan bajo la guarda y custodia de su madre...en los términos pactados en el convenio regulador de la separación suscrito por los cónyuges...”,

En el fallo de la de apelación se concreta el régimen de visitas y se suprime cualquier referencia a esos pactos anteriores.

El mismo día, 7 de mayo de 2.002, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid¹²⁷ resolvió, en un proceso de divorcio contencioso, un recurso de apelación en el que el esposo recurrente sostenía la validez de una cláusula que subordinaba el cambio de residencia de la esposa y del hijo común a su consentimiento. La sentencia que en su día había decretado la separación matrimonial aprobó esa cláusula junto con el resto del convenio regulador propuesto por los cónyuges, y en el posterior proceso de divorcio contencioso, a la sazón en curso, el Juzgado de Primera Instancia la había excluido de la regulación que instauraba, manteniendo las disposiciones del convenio de la separación con dos supresiones: la de ésta cláusula y la de una tarde en el régimen de visitas.

En este segundo caso, el contenido de la cláusula puede considerarse doblemente irritante, porque no sólo limita la libertad de residencia de madre e hijo sino que, yendo más lejos, los condiciona al consentimiento del padre. Ciertamente, si en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña el padre, antes de la supresión judicial de la limitación, llegara a consentir a posteriori el cambio de residencia de la madre, podría dar la impresión de que era ese consentimiento lo que eliminaba la limitación del constitucional derecho de

¹²⁷ CENDOJ: ROJ SAP M 5966/2.002.

ésta, pero enseguida se comprende que, dada la nulidad radical (en la raíz) de la cláusula, no había nada que eliminar ni que purificar. Pues bien, ocurre, como decimos, que en este segundo caso conocido por la Audiencia Provincial de Madrid la cláusula es doblemente irritante porque esa ficticia eliminación de la limitación -limitación que en realidad nunca tuvo validez ni debió establecerse- proveniente de la unilateral voluntad del progenitor queda ya inicialmente solemnizada de forma expresa en el convenio.

La sentencia llega a la conclusión correcta, pero considero que, dada su redacción, no termina de clarificar las cosas. Constatando, en referencia a la falta de consentimiento del padre para el cambio de residencia de madre e hijo, que:

“tal consenso en este caso no existe en el presente momento” se razona en ella que “difícilmente puede mantenerse sin tal apoyo (artículo 1.255 Código civil) una estipulación que entra en flagrante colisión con el derecho fundamental a la libertad de residencia que sanciona el artículo 19 de la Constitución Española”, “por lo cual no puede ser restringido, en la actual coyuntura, un derecho que la Constitución reconoce de modo incondicional a la esposa, especialmente tras su disociación nupcial, por lo que no existen términos hábiles que permitan acoger la pretensión revocatoria articulada”.

Redacción que, como digo, me parece confusa. Porque si ese “apoyo” al que se refiere la sentencia como consistente en el consenso que en este caso no existe o, lo que es lo mismo, en el consentimiento paterno, se menciona sólo debido a la evidencia de que si existiera no habría de hecho ninguna controversia que resolver sobre el traslado de residencia, la mención es entendible. Pero si lo que quiere decirse es que ese apoyo habría purificado la limitación del derecho constitucional de madre e hijo ya no se entiende tanto, pues en ese caso se estaría confiriendo, al menos hasta entonces, validez a una estipulación que, como en la misma sentencia se explica, entra en flagrante colisión con el derecho fundamental a la libertad de residencia. Cuestión terminológica, tal vez sintáctica, que jurídicamente no es baladí pero que tampoco obsta al acierto de la sentencia al concluir en el mantenimiento de la supresión de la cláusula decidido en la instancia. Acierto que, por lo demás, se extiende en la descripción de la solución de posibles problemas o conflictos futuros derivados del ejercicio por cada cual de su constitucional derecho de libertad de residencia, aclarando que el hipotético

cambio de residencia de cualquiera de los progenitores deberá conllevar la valoración, en atención al preferente interés del hijo y una vez ponderados todos los factores que en el momento concurren, de un posible cambio en el régimen de comunicaciones y en la regulación de la distribución de las funciones habituales de cuidado del menor, incluyendo la determinación del titular de la potestad de guarda.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en sentencia dictada el 27 de enero de 2.003¹²⁸ en un proceso de divorcio contencioso, confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Ciudad Real que había estimado la reconvenición deducida por la esposa y, no limitándose a no incorporarla al fallo, declaró nula una cláusula incluida en el convenio regulador de la previa separación matrimonial que había sido judicialmente homologado, cláusula que obligaba a dicha señora a fijar su residencia en esa ciudad durante un período continuado de siete años.

Esas conclusiones, esas soluciones, aunque siempre en contemplación de las singularidades de cada situación concreta, no sólo son extensibles a los demás supuestos, paralelos a los analizados, de limitación de unos u otros derechos constitucionales o indisponibles de los afectados, sino que no es temerario -lo temerario sería más bien lo contrario- aventurar que, como dije, cuando deba dilucidarse la validez de disposiciones semejantes incorporadas a un pacto prematrimonial a cuyo tenor esos mismos derechos resulten afectados, los criterios a seguir serán los mismos .

Pero este estudio no sería completo o, al menos, sería más incompleto, si dejara de aludir a otras sentencias, que también existen, de contenido menos claro o no tan concluyente. Tal y como aconteció en el caso resuelto por la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid el 12 de abril de 2.002, si no contra el criterio sostenido por el Ministerio Fiscal sí al menos matizándolo en ese asunto concreto. En proceso de separación matrimonial instado de mutuo acuerdo, el Juzgado aprobó una estipulación de la propuesta de convenio regulador en la que se limitaba la libre elección de domicilio por parte del esposo una vez abandonara el domicilio conyugal. El Ministerio Fiscal recurrió la sentencia argumentando que la libertad de domicilio es un derecho

¹²⁸ CENDOJ: ROJ SAP CR 24/2.003.

constitucional indisponible, reconocido en el artículo 19 de la Constitución, y propugnando la supresión de la limitación, pero el Tribunal consideró “inoperante” la declaración convencional e indisponible el derecho constitucional de libre elección de domicilio y calificó también de “inocua” esa declaración y susceptible de interpretarse sólo en sentido de facilitación y conocimiento por ambos progenitores de sus respectivos domicilios, en orden al mejor cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales. La sentencia, por lo tanto, no se apartó en lo sustancial del criterio que el Ministerio Fiscal propugnaba, sino que matizó que la inclusión en el convenio de la previsión limitativa carecía de contenido puramente normativo al ser “inocua”, y que lo era precisamente por ser indisponible el constitucional derecho del esposo, pero que podía entenderse como una previsión tendente a facilitar el conocimiento por cada uno de los progenitores del domicilio real del otro en cada momento. Y sin reproducir el texto de la cláusula convencional, la deja vigente porque no declara su nulidad, pero matiza que la limitación no es tal dada la ausencia de contenido obligatorio de la misma en lo referido a la libertad de domicilio del esposo. Tal vez sea otra forma, en mi opinión más propiciadora de conflictos futuros en la medida en que el texto problemático no se suprime, de decir las cosas.

Aunque el Estado de Derecho no sólo tolere sino que deba utilizar sin merodeos la limitación de las libertades de los ciudadanos como un imprescindible resorte defensivo garantizador de la convivencia y la paz social en supuestos excepcionales que para todos son fácilmente imaginables o, más bien, que están continua y lamentablemente presentes en la cotidianeidad de nuestro país, es trascendental la labor judicial de fijar muy nítidamente y con trazo grueso la frontera entre esos supuestos, que con toda firmeza deben ser atajados, y aquellos otros en los que no ha emanado del ordenamiento jurídico una resolución declarativa del exceso, o al menos cautelar, que convierte a su protagonista en merecedor de la privación de sus constitucionales derechos para proteger los de los demás. En estos últimos, y en lo que a las relaciones de los cónyuges entre sí respecta, sólo el haber desbordado los límites de lo permisible justifica esa privación o limitación, impuesta, como digo, definitiva o cautelarmente pero en el seno de un procedimiento penal seguido por maltrato o por violencia doméstica o por lesiones o por cualquier otra conducta semejantemente reprochable. Trasladar a un pacto prematrimonial o matrimonial,

a un convenio regulador, o a un auto de medidas provisionales o una sentencia dictada en un proceso matrimonial contencioso, la previa limitación así establecida, siempre en sus justos términos y con los límites espaciales o temporales en que lo haya sido, no es más que abundar en la coherencia a la que el ordenamiento jurídico aspira. Designio al que también responde la atribución de competencia objetiva para conocer de los procesos matrimoniales, cuando se haya puesto de manifiesto alguna conducta violenta, a los Juzgados de Violencia Doméstica, no sólo para el más rápido y mejor auxilio judicial de las víctimas sino también para la mayor garantía de los constitucionales derechos de todos los implicados.

Sin ese presupuesto, la posibilidad de imponer una limitación de la constitucional libertad personal de un cónyuge con respecto al otro en un procedimiento civil no debería encontrar justificación ni cobijo –al menos mientras se mantenga vigente la actual regulación normativa- en pronósticos más o menos fundamentados o en diagnósticos huérfanos de refrendo judicial. Es cierto que, constatada una situación de peligro para los hijos menores, en el seno de ese proceso sí se podrá restringir el ejercicio del derecho de guarda y custodia sobre ellos, llegar a suprimirlo o adoptar las medidas de prohibición a los progenitores, tutores, otros parientes o terceras personas de aproximarse a ellos, acercarse a su centro educativo u otros lugares que frecuenten o establecer comunicación o contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio que ha introducido, en los apartados 4º y 5º del artículo 158 del Código Civil, la Ley 26/2.015, de 28 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia, pero no llegar, buscando atajos, a afectar derechos constitucionales de las personas imponiendo medidas semejantes en la relación interpersonal entre los cónyuges. Una cláusula limitativa de esos derechos constitucionales incluida en un pacto prematrimonial, o en un convenio regulador, estará viciada de nulidad radical si no es trasunto de un pronunciamiento judicial previo recaído en un proceso con todas las garantías.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca, sin embargo, no parece haber sostenido este mismo criterio en la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2.001¹²⁹. El Juzgado de Primera Instancia había aprobado la

¹²⁹ CENDOJ: ROJ SAP HU 561/2.001.

propuesta de convenio regulador presentada de mutuo acuerdo por los cónyuges, con excepción de una estipulación relativa a la comunicación entre éstos que consideró gravemente perjudicial para el esposo; en ella, los otorgantes convinieron que este último no comunicaría personal ni telefónicamente con la esposa durante los próximos cinco años, y que debería igualmente mantenerse alejado de ella al menos a una distancia de ciento cincuenta metros. Una medida, o una condena, de alejamiento entre cónyuges que el Juzgado de instancia, como digo, reputó nula. La esposa apeló la sentencia con la finalidad de que esa disposición fuera aprobada, y la Audiencia así lo hizo basándose en cuatro argumentos sucintos: que el esposo en su día libremente la convino, que no se opuso al recurso de apelación, que el Juzgado tampoco explicó las razones por las que consideró la estipulación gravemente perjudicial y que la misma debía entenderse dentro del particular contexto de ese matrimonio, que incluso había dado lugar al seguimiento de unas diligencias penales. Marginando el comentario de los tres primeros, pues es obvio que la nulidad de cualquier estipulación consensual requiere de ese bilateral o multilateral consentimiento previo, siquiera fuera aparente, que la falta de oposición a un recurso de apelación no puede identificarse con el allanamiento –limitado, además, en estos procesos por razones de orden público- y que el mayor o menor detalle en la explicación de los fundamentos de la resolución de instancia no había generado ningún vicio de incongruencia ni afectado a la motivación del fallo, lo que resulta destacable es que el cuarto viniera a fundarse en el simple seguimiento de unas diligencias penales, tan fácilmente excitables en estas cuestiones y tan frecuentemente efímeras e improductivas.

Es innecesario citar las opiniones de los tratadistas sobre este tipo de pactos, porque todo ellos (GONZÁLEZ DEL POZO, PINTO ANDRADE, MARTÍNEZ ESCRIBANO, ZARRALUQUI, ROCA TRÍAS, MORENO CATENA...) los consideran nulos si rebasan los límites a los que me he referido, expresivos de lo que se ha llamado constitucionalización del Derecho de familia y en cuya virtud, en palabras de PINTO ANDRADE, “serán los derechos fundamentales tanto los que justifican y a la vez limitan las regulaciones de la familia como los que

determinan los límites de la autonomía de la voluntad de los componentes del grupo familiar”¹³⁰.

Sí es digna de mención la nueva duda que se plantea MARTÍNEZ ESCRIBANO¹³¹ al referirse al supuesto no de expresa o directa limitación de las libertades constitucionales, sino de que de su efectivo ejercicio se hagan surgir, mediante el pacto prematrimonial, determinadas consecuencias económicas a cargo del ejerciente. La singularidad del planteamiento de dicha autora consiste en que esa consecuencia anudada al ejercicio del derecho no es personal sino patrimonial: no afecta, al menos directamente, a las relaciones personales de los progenitores con los hijos, sino que, simplemente, de la opción libremente elegida por un cónyuge hace nacer un efecto patrimonial o económico a favor del otro. Cita el supuesto de la fijación de una indemnización económica o de la privación del uso de un inmueble para el caso de contraer nuevo matrimonio, pero son imaginables muchos más: no sólo los pactos por los que en caso de cambio de residencia, o de ulterior matrimonio o unión de hecho, o de nueva adscripción religiosa de un cónyuge, éste debería indemnizar al otro con una suma de dinero, o transmitirle la propiedad o la posesión de algún bien, sino, por ejemplo, los de cónyuges que en el momento de la ruptura son conductores de negocios, bien por serlo ya desde antes de contraer matrimonio o bien por haberlos establecido bajo el régimen de separación de bienes. Si al concertar el pacto prematrimonial uno de ellos o ambos consideraban que esos negocios, ya en marcha o proyectados, exigirían siempre una atención personalizada de ambos, parece lógico que previeran en ese momento inicial que, producida la ruptura, un cambio de residencia o de actividad de uno de ellos, su adscripción a determinada confesión que pudiera afectar de alguna forma a la rentabilidad del negocio en marcha, incluso el establecimiento por su parte de nuevas relaciones societarias con terceros, aparejara determinadas consecuencias económicas a favor del otro. Y la solución aportada por la autora repetida, aun con ese habitual “tal vez pudiera” que cada vez entiendo más, me parece razonable: decidir, en atención a las circunstancias concretas de cada caso concurrentes en el momento de la aplicación del pacto, si esas consecuencias patrimoniales son tan gravosas que

¹³⁰ PINTO ANDRADE, C. “Pactos...”, op. cit., p. 61.

¹³¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Pactos...”, op. cit., p. 104.

vienen a privar de facto al obligado del ejercicio del derecho porque resultan en la práctica imposibles de asumir.

No obstante, no puedo dejar de reconocer que en realidad todas las sentencias estudiadas, con excepción de la dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, describen también, más que expresas y directas prohibiciones de ejercicio de derechos constitucionales, la producción de consecuencias perjudiciales en materia de guarda y custodia para aquél que los ejercita, siendo esta prevención la que en la inteligencia de los Tribunales tiñe de nulidad el acuerdo como cortapisa impuesta a la libertad de residencia o al libre desarrollo de la personalidad del ejerciente; aun con el pretexto, o con la justificación, del preferente interés de los menores o de otros valores que, como dije, a posteriori y una vez llegado el momento podrían ser tenidos oportunamente en cuenta para establecer medidas coincidentes o no con la que inicialmente se previó.

Opino que la aparente contradicción puede salvarse distinguiendo entre lo que es limitar el ejercicio del derecho constitucional y lo que es simplemente establecer o modalizar las condiciones o las posibles consecuencias de su ejercicio. En los supuestos de las sentencias estudiadas, la gravedad y la importancia de la consecuencia establecida, afectante a la patria potestad y en concreto a la guarda y custodia de los hijos menores comunes, llegaría al extremo de privar de facto al progenitor afectado de la posibilidad de ejercer su constitucional derecho, siendo la disposición nula radical por esa precisa razón y con independencia de otras consideraciones atinentes a la indisponibilidad de las materias afectantes a los menores. Lo que también sucederá, como bien explica la autora repetida, cuando la consecuencia económica sea de tal entidad o gravedad que en la práctica no pueda ser asumida por el gravado, imposibilitando así el ejercicio de su derecho soberano. Sin embargo, el establecimiento de una consecuencia económica con menor repercusión, anudada al libre ejercicio del derecho que en efecto se produce, no pasaría de constituir una simple modalización de las condiciones, y no una limitación, de ese ejercicio.

8.2.2.4. Sobre patria potestad, guarda y custodia y alimentos de hijos menores de edad

De entre todas las materias que en los procedimientos matrimoniales se someten a la decisión judicial, aquélla a la que normalmente los justiciables, el

Ministerio Fiscal y los tribunales conceden -porque en efecto la tiene- mayor importancia cualitativa es la referida a la patria potestad sobre los hijos menores de edad; más concretamente, a los deberes y facultades que, como propios de esa "función" de los progenitores, tal y como la denomina el artículo 156 del Código Civil, se relacionan en el primer apartado de este precepto: los de velar por sus hijos no emancipados, convivir con ellos, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral. La guarda y custodia de los menores, su compañía, esa presencia física en la cotidianidad de sus vidas que al tiempo exige y posibilita tanto la atención personal y directa de sus necesidades más perentorias como la participación en el desenvolvimiento de sus actividades educativas y formativas, y su control, suele convertirse en la principal preocupación de quienes concluyen una vida conyugal más o menos tormentosa para proseguir sus respectivos caminos de forma independiente¹³².

Importancia que puede también pregonarse al respecto de la singular situación de aquéllos otros hijos que, no hallándose bajo patria potestad por haber alcanzado la mayoría de edad, carecen de autonomía personal e independencia económica y precisan, incluso más que antes, de un redoblado esfuerzo económico por parte de sus progenitores. Es muy poco probable que una persona de dieciocho años disponga o vaya próximamente a disponer de posibilidades de independizarse iniciando una vida por su cuenta; más bien, lo que sucede normalmente es lo contrario: que quien cumple dieciocho años no ha comenzado aún su carrera universitaria o profesional o no dispone de un trabajo estable, y es precisamente por esa razón natural destinatario frente a sus progenitores del derecho de alimentos que, ya no derivado de la patria potestad, sigue no obstante correspondiéndole con el amplio contenido previsto en el artículo 142 del Código Civil.

Siendo ello así, es razonable pensar que quienes proyectan contraer matrimonio o lo han contraído ya puedan pretender establecer a través del pacto

¹³² Esta radical importancia de la materia, cuando se proyecta en concreto sobre la guarda y custodia de los hijos menores, ha tenido también reflejo en el ordenamiento procesal, dando lugar a una línea jurisprudencial marcada por la Sala Primera del Tribunal Supremo que, como excepción, permite la revisión o el examen en vía casacional de la prueba y su valoración para determinar si se ha aplicado incorrectamente el principio del prevalente interés del menor (Ss. TS, 1^ª, 11 enero, 27 abril, 21 y 22 julio 2.011, 9 marzo y 25 octubre 2.012, 25 septiembre 2.015 y 9 marzo 2.016).

y para cuando sobrevenga una eventual ruptura determinadas previsiones relativas a la patria potestad sobre los hijos comunes, a la atribución de la guarda y custodia de los mismos y el régimen de visitas, comunicación y estancia con ellos del progenitor al que, en su caso, no le fuera atribuida esa función, al ejercicio cotidiano de ésta, a la forma y la cuantía en que, si llega el día, cumplirán las obligaciones alimenticias para con los hijos menores o mayores sin recursos, e incluso al uso del domicilio familiar. Posibles contenidos u objetos diversos del acuerdo sobre cuya validez obtendremos, dependiendo de los casos, también respuestas diversas.

Pero antes de introducirnos en el estudio de cada uno de ellos es imprescindible poner de relieve que, en todas aquéllas materias que afectan a los menores de edad, el interés de éstos prevalece como valor prioritario y preferente sobre la autonomía de la voluntad y constituye además un criterio imperativo a aplicar por los tribunales de justicia, llamado a sobreponerse sobre cualquier otra consideración o derecho, aun existente, de terceros, y necesariamente apreciable con independencia de su expresa invocación o del silencio. Naturalmente, el pacto prematrimonial no es ni puede ser ajeno a esa limitación, si quiere llamarse así, o a ese principio.

En las resoluciones de los tribunales de justicia –también en las del Tribunal Constitucional– el principio del favor filii o “*tout pour l’enfant*”, como norma de orden público, se ha llenado de contenido jurídico concreto al resolverse las concretas cuestiones prácticas afectantes a la vida de los menores, configurándose jurisprudencialmente en su proyección a cada caso como la necesidad de que sea el beneficio del menor lo que en todo caso prepondere y prive de cualquier efecto al pacto de los progenitores que lo contravenga.

El artículo 39 de la Constitución Española consagra la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Con posterioridad a la promulgación de nuestra Norma Fundamental, España ha ratificado diversas convenciones y reglamentos internacionales¹³³ protectores de los derechos de los niños,

¹³³ Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1.989, ratificada en 1.990; Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1.993, ratificado en 1.995;

habiéndose promulgado la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, para garantizar dicha protección en nuestro país, y, dos décadas más tarde, con el objetivo de adaptar las medidas de protección a los cambios sociales producidos desde entonces, la Ley 26/2.015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. En la redacción dada por esta última norma al artículo 2 de la Ley 1/1.996, bajo el epígrafe “Interés superior del menor” se establecen tanto el derecho a que ese interés prime sobre cualquier otro legítimo que pudiera corresponder como los criterios que deben inspirar la interpretación y la aplicación de ese derecho¹³⁴.

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2.010, ratificado ese mismo año; Convenio del Consejo de Europa sobre protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2.007 y ratificado por España en 2.010; Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1.996 y ratificado en 2.014; Reglamento de la Comunidad Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de 27 de noviembre de 2.003.

¹³⁴ Artículo 2. Interés superior del menor.

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

Indiscutida la primacía de ese principio protector, constituye un lugar común en la doctrina civilística que debe partirse de la premisa de que cualquier pacto, ya sea anterior o posterior a la ruptura conyugal, que afecte a la patria potestad o, más concretamente, al régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, carece en principio de eficacia vinculante para los tribunales por afectar a materias indisponibles, siendo precisamente esos criterios protectores del menor a los que acabo de referirme los que determinan esa indisponibilidad. Pero también coinciden los autores en que ello no significa que los acuerdos de los progenitores sobre estas materias deban resultar necesariamente despreciables y vacíos de contenido obligacional. En este sentido, aun partiendo de que son ilícitos aquéllos acuerdos que relajen o dejen sin efecto las obligaciones que les corresponden como consecuencia de la patria potestad que ostentan sobre sus hijos, obligaciones cuya satisfacción constituye un irrenunciable derecho de éstos, algunos sostienen que esos acuerdos deben, al menos, ser valorados como un valioso principio de prueba, y algunos otros, entre los que destaco a MORENO VELASCO por considerar acertada su opinión, defienden que la vinculación de los tribunales a lo acordado por los progenitores

-
- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
 - b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
 - c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.
 - d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
 - e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

puede y debe producirse en todos aquellos casos en los que el interés del menor no quede perjudicado, con independencia de que, además de la regulación convencional diseñada por los progenitores, pudieran coexistir otras alternativas igualmente beneficiosas para él.

Desde su promulgación hasta la declaración de su inconstitucionalidad por la sentencia del Tribunal Constitucional 82/2.016, de 28 de abril, resolución a la que ya me referí al estudiar los pactos prematrimoniales en los derechos forales y que determinó la finalización de su vigencia el 31 de mayo de 2.016, el artículo 25 de la extinta Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano incluyó como contenido propio de la carta de nupcias los:

“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”.

Aunque la norma haya sido declarada nula, y con independencia del mantenimiento en los términos que en la sentencia se prevén de las situaciones jurídicas nacidas durante el tiempo en que estuvo vigente, no puede desconocerse que en el de su promulgación el legislador quiso incorporar al ordenamiento legal valenciano aquello que la realidad social demandaba, ni tampoco, siendo realistas, que esa genérica y muy amplia referencia que el precepto transcrito contiene a los límites que establece la ley proyectaba sobre la posibilidad de inclusión de pactos sobre materias relativas a los hijos las limitaciones emanadas del principio de orden público de la preferente protección del menor.

Al mirar hacia el futuro de la relación con sus hijos menores, los progenitores pueden y deben partir de la disciplina normativa de la que son sujetos destinatarios a tenor de las disposiciones del Código Civil reguladoras de la patria potestad. Disposiciones fundamentalmente contenidas en los capítulos primero a cuarto del título séptimo del libro primero y de cuyos artículos no resulta que a consecuencia de la crisis matrimonial los derechos y deberes de padres e hijos queden alterados en su contenido sustancial; y en cuanto a su ejercicio, es cierto que si los padres viven separados éste corresponde al progenitor custodio por imperativo del párrafo cuarto del artículo 156, pero no lo

es menos que, de todos modos, puede el otro solicitar del Juez la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad -tal y como el primer párrafo del mismo precepto prevé para los casos de normal convivencia-, o que distribuya entre padre y madre todas la funciones inherentes a ese ejercicio. En conclusión, de un modo u otro y antes o después de la ruptura conyugal, es a los padres a quienes corresponde, salvo en los supuestos de privación o suspensión, ejercer los derechos y cumplir las obligaciones dimanantes de la patria potestad.

Y siendo así, el primer pacto prematrimonial imaginable es aquél por el que los otorgantes acuerdan que en caso de ruptura uno de ellos quedará privado de la patria potestad. El artículo 170 es categórico al establecer como única posibilidad de privación total o parcial de la patria potestad la decisión del Juez expresada en una sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial, previendo a continuación que, también los tribunales, podrán acordar la recuperación de la patria potestad al haber cesado la causa motivadora de la privación, y siempre en interés del hijo. No cabe que sean los progenitores quienes, en algún momento, acuerden esa privación, porque el precepto, aun estableciendo una posibilidad (“podrán”), es de naturaleza imperativa y determina no sólo esa posibilidad, sino la auténtica obligación de la Justicia de ponerla en práctica siempre que se revele necesaria¹³⁵, lo que es natural reflejo del carácter irrenunciable del haz derechos-deberes recayentes sobre los progenitores. Cualquier acuerdo que atribuya en exclusiva a uno de ellos la patria potestad privando al otro de su titularidad defraudaría los derechos de los hijos sometidos a ella y debe reputarse nulo¹³⁶.

Nulidad que, sin embargo, no debe pregonarse con respecto a aquellos otros pactos relativos a la patria potestad que no priven al progenitor de la titularidad de la misma, sino que simplemente establezcan la forma de su ejercicio; acuerdos

¹³⁵ Incluso no habiendo sido expresamente pedidas por las partes, el principio del favor filii no sólo permite sino que exige que se adopten todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de éstos (TS, 1ª, Ss. de 27 de enero de 1.998 y 2 de mayo de 1.993), quedando así relativizados, incluso eliminados en estos casos, los principios dispositivo y de rogación.

¹³⁶ En este sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. “Acuerdos y contratos prematrimoniales” (II). *Boletín de Derecho de Familia*, nº 82, septiembre 2.008; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Pactos...”, op. cit., p. 112; PÉREZ MARTÍN, A. J. “Pactos...” op. cit., p. 64, citando a GARCÍA RUBIO, M.P

cuyo contenido puede llegar a ser tan amplio como lo son las funciones inherentes a la patria potestad y que no sólo son posibles sino que durante la convivencia de los progenitores constituyen la manera legal de desplegarlo. El primer párrafo del artículo 156 dispone que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, reduciendo la validez del acto unilateral al realizado conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. De modo que, salvo en aquéllas decisiones de menor importancia o propias de la vida cotidiana y sin las que sería imposible atender adecuadamente a los menores, el ejercicio se lleva a cabo mediante el acuerdo: acuerdo cuando en efecto la decisión se adopta o la actuación se lleva a cabo o la obligación se satisface de forma personalmente conjunta y acuerdo cuando el ejercicio individual surge del previo consentimiento que lo autoriza.

Pero la pregunta que debemos responder no se refiere a la imprescindible eficacia del acuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad llevado a cabo durante la normal convivencia, sino a la del que se asume con anterioridad a ella para regular una situación futura: en concreto la forma de ese ejercicio cuando nazcan los hijos aun no nacidos o, posteriormente, cuando sobrevenga la ruptura del matrimonio.

La cuestión es de gran importancia. Las funciones objeto del pacto, que podría llegar a la más precisa particularización y al mayor detalle, engloban todo aquello que los hijos menores necesitan para vivir y para seguir viviendo, y para hacerlo en las mejores condiciones que razonablemente sean posibles para su desarrollo físico, mental, formativo, de relación y, en general, de realización personal. Sin ninguna duda, ese es el desideratum de los apartados 1º y 2º del artículo 156. Cada uno de los verbos que ellos contienen describe funciones cuya efectiva puesta en práctica requiere de decisiones y de actuaciones absolutamente trascendentales para los menores: alimentarles en sentido amplio, ordenar su régimen de vida en compañía, orientar y dirigir su formación religiosa y cultural en general, sus actividades de ocio, deportivas, incluso políticas. En el día a día de la praxis de los tribunales puede constatarse la inimaginable variedad de problemas que todas estas cuestiones generan entre los padres: las diferencias sobre el seguimiento o no por sus hijos de un determinado régimen alimenticio, de un horario u otro de descanso, de la realización o no de una determinado

actividad física, de asistir a uno u otro centro educativo, de residir en uno u otro lugar...

Materias, todas ellas, que podrán constituir el objeto de un pacto previo al que debería reconocérsele, al menos, la ventaja de intentar predeterminar una línea de decisión y de actuación futura entre quienes, por tener ideologías políticas distintas, pertenecer cada uno a una confesión religiosa, seguir pautas de vida dispares, estar integrados en ámbitos culturales distintos o por razones similares, afrontan su futuro en común con buena voluntad y con realismo y se plantean anticipadamente, para dar fortaleza a su proyectada unión, los problemas que un día podrían hacerla tambalearse.

Considero que el pacto así otorgado es válido, pero también que esa validez queda sujeta a la revisión judicial amparadora del preferente interés del menor en todo momento. Lo que realmente supone tanto como decir que los progenitores deben cumplir las funciones inherentes a la patria potestad a través del acuerdo y que cuando su ejercicio sobrepase los límites legales, al tiempo consagradores de ese principio e inspirados en él, la decisión final, aun atribuyéndose a uno de los progenitores, terminará resolviéndose en el Juez. Voy a explicarme: supongamos que dos personas que proyectan contraer matrimonio entre sí acuerdan que el primer hijo varón que nazca de su unión comenzará a estudiar un determinado idioma a la edad de cuatro años y que será el padre quien se ocupará de que esa actividad se lleve a cabo, incluso quien asuma su coste. Nacido ese hijo, los progenitores comienzan a cumplir su pacto, pero transcurrido un pequeño lapso de tiempo la madre considera que esa actividad está causando un perjuicio al menor en otros ámbitos de su vida e incluso que, al resultarle molesta, le generará una antipatía o una intolerancia futura para el aprendizaje de idiomas. El padre, no obstante, opina que debe seguir realizándola. En este caso, ante la falta de acuerdo, uno de ambos -o los dos- seguirá el camino previsto en el párrafo segundo del artículo 156 para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad e iniciará el procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en la Ley 15/2.015, de 2 de julio. En él, el Juez no adoptará la concreta decisión en un sentido u otro, sino que atribuirá a uno de los dos progenitores la facultad de decidir. Pero al hacerlo tomará en consideración las razones esgrimidas por cada uno de ellos y finalmente optará por el criterio de aquél que considere que ofrece la solución más beneficiosa para el menor; podría incluso, si considerase que ninguna de las

opciones que se le ofrecen satisface como debe ser satisfecho el interés del menor, llegar a adoptar una solución no expresamente pedida, pues es sabido que en esta materia los principios dispositivo y, sobre todo, rogatorio y de congruencia ceden para proteger ese supremo interés.

También pueden los futuros cónyuges, o quienes ya lo son, alcanzar un acuerdo sobre la forma en que ejercerán la patria potestad o distribuirán la guarda y custodia de sus hijos menores en el caso de que en el futuro se produzca la ruptura del matrimonio y de la convivencia. Viene inmediatamente al pensamiento el acuerdo por el que se establece que en ese caso la custodia será monoparental, ejercida en consecuencia por uno de los progenitores gozando el otro de un régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos que llegado el momento sean menores, diseñado o por diseñar; o el de establecimiento anticipado de un régimen de guarda y custodia compartida también diseñado o por diseñar en cuanto a la forma de su ejercicio. Inicialmente, con respecto a estos pactos obtenemos la misma respuesta, porque la prioritaria protección de los hijos menores, llegado el día, se impondrá sobre cualquier otra consideración: no sólo sobre la existencia del pacto prenupcial seriamente adoptado antaño por los progenitores sino, incluso, sobre su común decisión actual de mantenerlo, pues de un modo u otro, aun incorporado ese acuerdo a un convenio regulador cuya aprobación pudiera merecer el mejor de los pronósticos, esa aprobación por el Juez, con la intervención del Ministerio Fiscal, sólo se producirá con respecto a aquello que realmente se considere por el primero respetuoso de ese interés preferente. Ciertamente, en la praxis de los tribunales es habitual que el acuerdo de los progenitores sobre esta materia incorporado a un convenio regulador, sea cual sea su origen, sea aprobado por el Juez, pero no tiene por qué ser así.

Con razón explica MORENO VELASCO¹³⁷ que partiendo de la obviedad, que tanto estoy repitiendo, de que *“un pacto perjudicial para los menores será inválido”*, la relativa a ellos *“no es una materia necesariamente fuera del ámbito de la autonomía de la libertad de pacto entre los cónyuges”* porque *“si constante matrimonio son los padres los que deciden, en ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, no tiene sentido que una vez producida la crisis, conseroando ambos cónyuges la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, no puedan seguir decidiendo sobre sus hijos”*, si bien *“el*

¹³⁷ MORENO VELASCO, V. “La expresión...”, op. cit., pags. 30, 31, 70 y 71.

poder público puede intervenir si los pactos son perjudiciales para los menores ya que el interés de éstos prevalece sobre el de sus padres” y de la cita de la sentencia dictada la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2.005¹³⁸, sostiene que, salvando el supuesto de que el pacto sea lesivo o perjudique a los menores en el momento de la decisión, el juez debe declararlo vinculante; en definitiva, aprobarlo.

Y aunque a primera vista dé la impresión de que lo que así se hace es seguir diciendo lo mismo, considero que no es eso en realidad lo que sucede, porque, como mínimo, se introduce un matiz muy digno de mención. Lo que se está propugnando es que si el pacto de los progenitores no lesiona el interés del menor, el Juez no puede optar por otra decisión alternativa, aunque él pudiera preferirla. Imaginemos que, acordado por los padres el establecimiento de un régimen de custodia monoparental con visitas a favor del no custodio de fines de semana alternos y dos días laborables de pernocta, el Juez, al valorar esa propuesta, entiende que sería igualmente adecuado establecer ese mismo régimen pero con un solo día laborable de pernocta; en este caso, si ambos regímenes protegen adecuadamente el interés del menor, el Juez no debe ostentar la potestad de imponer el que él prefiera, debiendo por el contrario quedar sometido, ante la falta de perjuicio, al que los progenitores han diseñado como titulares de la patria potestad y protagonistas de su ejercicio. La labor del Juez se debe constreñir a evitar el perjuicio, sin más, por lo que si ese perjuicio no se produce una decisión que determinara una forma de ejercicio distinta de la decidida por los progenitores invadiría las facultades que legalmente sólo a éstos corresponden.

No se trata, por lo tanto, de alcanzar el máximo umbral del beneficio¹³⁹, sino de evitar el perjuicio, porque la intervención judicial queda -como enseguida vamos a comprobar también al comentar la sentencia de 14 de febrero de 2.005- “limitada” a impedir que “se lesione o ponga en peligro” al menor. Supongamos otro caso: el de unos padres, dotados ambos de enormes recursos económicos,

¹³⁸ CENDOJ: ROJ: STS 819/2005.

¹³⁹ En este sentido, entiendo que la expresión “superior” contenida en la Ley del Menor para calificar el interés del menor debe entenderse referida a la comparación de ese interés con los demás concurrentes: ese “cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” referido en el artículo 2.

que consideran que su único hijo, pese a poder seguir estudiando en el costoso centro escolar en el que hasta la ruptura lo ha hecho, centro que goza de un gran prestigio, dispone de los más avanzados medios y realiza intercambios con otros centros extranjeros, prefieren, porque están convencidos de que el niño también recibirá una formación adecuada y alcanzará mayor madurez, que estudie a partir de entonces en un colegio público; y, contando con ello, diseñan un régimen de guarda y custodia que impide objetivamente la otra alternativa. Constatado que, fueran cuales fueran las expectativas que la situación anterior ofrecía, la decidida por los progenitores no causa ningún perjuicio al menor, esta última debe ser respetada por el Juez. Y debe serlo aunque esa alternativa que ahora los padres prefieren hubiera sido ya establecida en un pacto prematrimonial que la previera para el caso de que en el futuro se produjera la situación que después se ha producido. Admitir lo contrario sería incurrir en el dirigismo por parte de los poderes públicos cuya censura inspira la sentencia citada, que a continuación comento.

Habiéndose atribuido a la madre la guarda y custodia de una menor habida de su unión extramatrimonial, el padre recurrió en casación solicitando la revocación de dicho pronunciamiento sosteniendo el argumento de que no se había tenido en cuenta el preferente interés de la niña y de que el fallo se había sustentado, para decidir sobre la guarda y custodia, en el convenio firmado por ambos padres. El Tribunal Supremo, tras aclarar que el fallo judicial combatido no elevó a categoría axiomática los acuerdos libremente pactados por las partes relativos a la regulación de la ruptura de su unión extramatrimonial, dado que valoró las demás circunstancias concurrentes y conducentes a la decisión que adoptó, recordó que tanto el artículo 39 de la Constitución como el conjunto normativo que regula las relaciones paternofiliales, y especialmente el artículo 154 del Código Civil:

“reconocen 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 sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en 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”.

No quedan así resueltas todas las cuestiones atinentes a la validez del pacto prematrimonial sobre estas materias. El supuesto que sin duda resulta más polémico es el de que, llegado el momento de aplicar el pacto prematrimonial en su día alcanzado, uno los progenitores se niegue a aceptarlo y el otro exija, por una u otra vía, el reconocimiento judicial de su validez y su eficacia. Mi opinión es que los tribunales deben seguir el criterio que acabo de explicar y disponer la aplicación de lo pactado si no perjudica el interés del menor.

Los pactos prematrimoniales sobre guarda y custodia son, por razones comprensibles, frecuentes en las monarquías europeas. Cuenta Jaime Peñafiel en su libro "Mis divorcios reales"¹⁴⁰ que en el contrato prematrimonial de Victoria de Suecia y su esposo Daniel Westling, que fue tramitado por el parlamento sueco, se estableció para el caso de divorcio que la custodia de los hijos sería compartida. También que, sin embargo, en el suscrito por William de Inglaterra y Kate Middleton el pacto para ese mismo caso consistió en que la custodia de los futuros hijos correspondería al padre. Y que el acuerdo firmado en nuestro país entre los entonces Príncipes de Asturias Felipe y Letizia dispone que en caso de ruptura la custodia de los hijos corresponderá al primero: de mantenerse, llegado el caso, el criterio que he explicado, el Juez sólo podría evitar la aplicación de ese pacto si la permanencia bajo la custodia de Su Majestad el Rey resultara perjudicial para los hijos. Teniendo en cuenta que el mismo convenio dispone que Letizia perdería sus títulos, no podría reclamar parte del patrimonio personal del Rey ni tampoco del de la Corona y sólo recibiría una renta mensual compensatoria, todo parece indicar que el negocio concertado cumplirá la función, no sólo real sino también Real, que fue prevista al concertarlo.

Una última cuestión, que tampoco puede recibir una sola respuesta, es la relativa a si los pactos que afectan a las funciones de la patria potestad que se ejercerán sobre los hijos menores pueden afectar a aquéllos aún no nacidos en el momento de concertarlos. Es decir, normalmente -aunque no siempre- todos los acuerdos concertados antes de la celebración del matrimonio y muchos de los concertados después. Opino que la cuestión deberá resolverse en cada caso atendiendo más a la adecuación de las previsiones negociales a la realidad del momento en que el pacto es aplicado que a la consideración de la

¹⁴⁰ Ediciones B, 2.012.

“disponibilidad” de la forma de ejercicio de la patria potestad que aún no ha nacido por no haberlo hecho su destinatario. Atendiendo al caso concreto, si las previsiones y las circunstancias tenidas en cuenta al concertar el pacto son coherentes con la situación existente al tiempo de su aplicación, no parece que deba alterarse el criterio que ya hemos explicado. Pero si eso no ocurre, por ejemplo porque el pacto fuera en su día concertado, aunque no se expresara así en él, en previsión de la generación de una prole no numerosa, y posteriormente por azar o por razones fisiológicas o de otra naturaleza el matrimonio tiene nueve hijos, no sólo será la revisión judicial lo que determinará muy probablemente, sin traspasar los límites ya dichos, que el interés de los menores exige la adopción de otro tipo de medidas para evitar su perjuicio, sino que por razones puramente negociales, derivadas de la adecuación a las nuevas, distintas e imprevistas circunstancias concurrentes en el momento de la aplicación de la convención, se obtendrá igual conclusión.

De entre todas las obligaciones surgidas de la patria potestad, la de alimentar a sus hijos menores que recae sobre los progenitores presenta la mayor importancia durante la normal convivencia conyugal, pues es indudable que sólo su adecuado cumplimiento en el día a día de la vida familiar posibilita el de las demás. Careciendo de lo necesario para atender a su sustento, disponer de habitación y de vestido, gozar de asistencia médica y recibir educación, será muy difícil, realmente imposible, satisfacer todos -o casi todos- los derechos que por imperativo del artículo 154 del Código Civil corresponden a los hijos sometidos a patria potestad. Podría decirse que el artículo 142 determina lo que material o instrumentalmente será preciso cumplir para satisfacer la mayor parte de las exigencias del artículo 154.

Esa significación indudable, que naturalmente se asume y queda por ello de algún modo sobreentendida y olvidada bajo el manto de la cotidianeidad, viene a ponerse de manifiesto en toda su crudeza cuando surge la crisis conyugal. La alteración del régimen normal de convivencia entre los progenitores y los hijos dependientes de éstos hace que la exigencia de disponer de los medios económicos o materiales precisos para que los menores puedan seguir normalmente el curso de sus vidas aflore y se convierta, en muchas ocasiones, en el elemento de discordia que impide la consecución de acuerdos en ese extremo y en los demás. En ese extremo, porque las vidas separadas de quienes antes

convivían genera siempre un incremento de los gastos globales de los miembros de la familia: los de vivienda, los domésticos, los de transporte, incluso los de vestido, tienden a duplicarse o, al menos, a aumentar de forma muy significativa. Y en los demás, porque es innegable, y así lo constatan los operadores jurídicos del Derecho de familia en la praxis procesal, que los acuerdos sobre guarda y custodia y alimentos corren suertes parejas y sólo consiguiendo solucionar ambas cuestiones llegan a alcanzarse. Y es lógico. Al diseñar, por ejemplo, un régimen de guarda y custodia sobre sus hijos para el futuro inmediato, los progenitores deben asegurarse de que contarán con los medios económicos precisos para asumirlo dispensándoles las atenciones necesarias, por lo que el hecho de no gozar de una mínima seguridad en esa cuestión no sólo les aconsejará, sino que les persuadirá para no aceptar el establecimiento de ese régimen que desean pero que saben que no podrán, económicamente como digo, afrontar. Un progenitor que no cuente con recursos por estar desempleado, ni con experiencia laboral ni posibilidades de trabajo a corto o medio plazo, no podrá asumir un régimen de custodia monoparental a su favor si no sólo no recibe al tiempo unas pensiones alimenticias suficientes para sus hijos sino que, además, los únicos días en los que se verá en parte liberado de atender las necesidades de éstos serán aquéllos en los que se hallen en compañía del otro por aplicación del régimen de visitas; precisará disponer de esas pensiones, y si no dispone de ellas no podrá aceptar, aunque se le ofrezca, ese régimen que quiere, viéndose obligado a acudir a los tribunales para que en el proceso matrimonial sean adoptadas todas las medidas oportunas¹⁴¹.

Como estas cuestiones no son ajenas, en general, al conocimiento de las personas, que gozan de la información y del conocimiento suficientes para plantearse los problemas que podrían tener que afrontar en el caso de que su proyectado matrimonio pudiera un día a fracasar, incluyendo los que afectarían a su relación con sus hijos si llegaran a tenerlos, es razonable pensar que los futuros

¹⁴¹ Todo ello, claro está, sin que sea descartable que el progenitor que persigue obtener un determinado régimen de guarda y custodia pueda, aun siendo consciente de que económicamente le resultará difícil o imposible de asumir con las pensiones que se le ofrecen, aceptarlo todo desdeñando la importancia de la obligación alimenticia; supuesto nada infrecuente, que escapa a menudo del control judicial y que a mi juicio, al margen de consideraciones emocionales o sentimentales, evidencia un claro alejamiento de la conducta exigible en ejercicio de la responsabilidad parental.

alimentos de los hijos sea, con tanta frecuencia como la guarda y custodia de los menores de edad, materia objeto del pacto concertado antes del matrimonio o durante él para el caso de ruptura.

Considero que el pacto por el que se establece la obligación de abonar una determinada cantidad en concepto de pensión alimenticia¹⁴² para el hijo o los hijos menores de edad cuando se produzca la ruptura está sujeto a la revisión judicial, pero no es necesariamente nulo, porque esa revisión debe centrarse en el aseguramiento de que las necesidades del alimentista o los alimentistas quedan suficientemente cubiertas. Y que lo mismo debe suceder con aquella convención cuyos destinatarios para el futuro serán los hijos mayores de edad que no hayan alcanzado autonomía personal ni gocen de independencia económica.

Aun siendo la que con respecto a sus hijos menores de edad pesa sobre los progenitores una deuda alimenticia, no presenta los mismos caracteres ni atiende exactamente a la misma regulación legal que las demás de la misma naturaleza previstas en nuestro ordenamiento, tales como las existentes entre los cónyuges, entre otros parientes entre sí o incluso entre los padres y los hijos dependientes pero mayores de edad. El principio de solidaridad familiar, con reflejo constitucional plasmado en el artículo 39 de la Constitución, tras imponer a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos, obliga a los padres a 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. De esta manera viene a proclamarse el rango preferente de la obligación de alimentos surgida de la patria potestad, que es de orden público. Desde la legendaria sentencia de 5 de octubre de 1.993, la Sala Primera del Tribunal Supremo viene aplicando las consecuencias derivadas de ese rango y haciendo preponderar el derecho de los hijos menores sobre el de los padres hasta el punto de obligar a éstos a asumirlo incluso en el supuesto de que sufran dificultades económicas, considerando preferentes las necesidades vitales mínimas y permanentes de los menores; y del mismo modo, aun sin excluir de plano o en general la aplicabilidad a estos alimentos del título sexto del libro primero del Código Civil, matizando su alcance en concretos

¹⁴² Sin excluir, lógicamente, la posibilidad de que en ese mismo pacto se haga referencia a conceptos concretos a abonar en la proporción que se establezca, bien como gastos extraordinarios o bien, sin serlo, con independencia y además de la pensión acordada.

aspectos de esa regulación, por ejemplo reiterando que a la hora de determinar la cuantía de la prestación sólo con carácter indicativo son aplicables los criterios establecidos en los 146 y 147 del Código Civil.

Inicialmente, la fijación por los cónyuges o futuros cónyuges a través del pacto de una determinada suma, incluso de las bases de cálculo a aplicar llegado el día, para atender las necesidades de los hijos en el futuro, chocaría con la intransigibilidad prescrita en el artículo 1.814: el precepto es claro y el encaje del supuesto en él también. Sin embargo, al estudiar el pacto de alimentos concertado entre cónyuges ya pudimos comprobar cómo con respecto a él la transacción sí es admisible en el caso de deuda alimenticia ya devengada y exigible pero no satisfecha¹⁴³, y también que ha llegado a otorgarse validez al pacto por el que los cónyuges establecen y fijan para el futuro y entre ellos como alimentante y alimentista una determinada suma para su pago periódico en el caso de ruptura. En este sentido, y refiriendo pronunciamientos del Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales, se ha manifestado PINTO ANDRADE¹⁴⁴ afirmando que una vez pactados entre los cónyuges, los alimentos deben ser satisfechos en el importe y con la modalización acordados, vinculando absolutamente tanto en el proceso matrimonial como en el declarativo, pues sólo dependen en cuanto a su procedencia de la concurrencia de los requisitos legales que determinan su exigibilidad. A lo que, añadido yo, debe añadirse la precisión, también ya realizada, de que los límites legales -“la ley” del artículo 1.258- surgidos de las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código Civil siempre marcarían un mínimo que el pacto no podría defraudar, de modo que si la prestación en su día pactada resultara insuficiente para atender las necesidades reales del alimentista, sería la cifra que las satisficiera, aun superior a la pactada, la exigible.

En el caso de los alimentos a los que tienen derecho los hijos menores de edad, la prevención contenida en el artículo 93 del Código Civil, al disponer que:

“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor, para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la

¹⁴³ El artículo 151 CC, en su párrafo segundo, dispone con carácter general que “podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a reclamarlas”.

¹⁴⁴ PINTO ANDRADE, C. “Pactos..”. op cit., pp. 100 y 101.

efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y las necesidades de los hijos en cada momento”

Parecería cerrar el camino al pacto al expresar claramente que la determinación de esa contribución sólo corresponde al Juez, facultado al tiempo para establecer medidas de aseguramiento del cumplimiento de la prestación y su adaptación a las circunstancias de cada momento, sin hallarse sometido a los acuerdos previos de los progenitores.

Sin embargo, considero que la viabilidad de un pacto sobre la cuantía de los alimentos que se satisfarán tras la ruptura a los hijos menores de edad o mayores que convivan en el hogar familiar por carecer de recursos es la misma que la del concertado entre cónyuges para el futuro. La razón es que todos ellos encuentran su límite -el relativo a los cónyuges y a los hijos mayores, de legalidad ordinaria; el relativo a los menores, de legalidad también constitucional- en la atención de las necesidades del alimentista. Ese es el mínimo protegido por la ley y ante el que en todo caso el pacto debe ceder. Y si el que entre cónyuges lo supera debe ser respetado: ¿Qué razón existe, entonces, para no respetar el referido a los hijos menores de edad -incluso a los mayores citados- que, sobrepasando el umbral de la pura necesidad, “mejore” la apreciación judicial de ésta? Si en el pacto en su día otorgado, quien en el momento de llevarlo a efecto tiene la capacidad de abonarla estableció a favor de sus hijos una suma que supera el umbral de la pura necesidad, por lo que los límites legales resultan respetados: ¿No debería el Juez hallarse vinculado por una suma consciente y libremente determinada por el obligado en ejercicio de la autonomía de la voluntad que ha rebasado los mínimos del orden público y que, naturalmente y por lo tanto, con respecto a los menores no ha defraudado el principio del favor filii?

Siendo cierto que la deuda alimenticia gira en torno al concepto de “necesidad”, de lo que aquí se trata es de conceder eficacia al pacto de futuro por el que esa necesidad podrá atenderse con exceso, tal vez desbordando el puro concepto jurídico de los alimentos pero desde luego sin traspasar los límites de los artículos 1.255 y 1.258 del Código Civil¹⁴⁵. Y si esa eficacia fuera reconocida, la

¹⁴⁵ Como ya puse de manifiesto citando a COBACHO GÓMEZ, J. A., es cierto que el mínimo legal atiende al concepto de “necesidad”, pero el pacto de alimentos no la presupone.

revisión judicial, aun centrada en la satisfacción del límite de la necesidad, también podría abarcar el examen de si, debido al transcurso del tiempo y a un cambio de circunstancias que no pudo preverse, llegado el momento resulta objetivamente imposible de cumplir o sumamente gravoso para el progenitor aquello que en su día asumió como posible, lo que obligaría a fijar la pensión en la suma necesaria para atender a las necesidades del alimentista, ni más ni menos.

Por lo tanto, los cónyuges o futuros cónyuges podrán establecer convencionalmente, y para el caso de ruptura, un derecho y una correlativa obligación de alimentos a favor de sus hijos menores de edad o mayores que convivan con ellos y carezcan de recursos, y deberán cumplirlo salvo imposibilidad sobrevenida e imprevisible. Pero si, analizadas las circunstancias concurrentes en el momento de la aplicación del pacto, éste contraría el derecho del alimentista surgido de la regulación legal, ésta prevalece sobre al pacto, cuya nulidad total o parcial, en lo que perjudique ese derecho, es directa consecuencia de la imperatividad de los preceptos legales citados.

Esta opinión favorable a la validez del pacto por el que se fija una futura pensión de alimentos en una cantidad determinada si ésta supera la necesaria para la satisfacción de las necesidades previstas en el artículo 142 puede parecer difícil de conciliar con el contenido del artículo 152. 3º, que establece como causa de extinción de la pensión alimenticia la desaparición en el alimentista de la situación de necesidad. De admitirse la validez del pacto, considero que esa desaparición debería conllevar la extinción de la pensión alimenticia en su total cuantía, y no sólo en la suma que hasta el momento hubiera resultado imprescindible para la satisfacción de las necesidades del alimentista, porque esa pensión, fuera cual fuera su importe, fue establecida por el concepto de alimentos y en contemplación de que, llegado el día, los hijos se hallarían bajo la patria potestad o serían mayores pero dependientes de sus padres y por esa razón necesitarían de su –más o menos generosa, pero siempre suficiente- asistencia, por lo que en uno y otro caso la desaparición de esa necesidad marca un límite no cuantativo ni cualitativo sino temporal, que determinaría la extinción de la obligación al volatilizarse a partir de ese momento la causa -el motivo- que llevó a los otorgantes a concertar el pacto. Mantener vigente el exceso supondría, además, en este caso, desnaturalizar absolutamente la obligación para convertirla

en una suerte de renta vitalicia o de duración prolongada -según se hubiera previsto en el acuerdo- que nada tendría que ver con el derecho alimenticio.

Finalmente, el pacto prematrimonial o matrimonial por el que se establecen causas de extinción de la pensión alimenticia distintas de las previstas en el artículo 150 a 152 del Código Civil no podrá impedir que, si la necesidad existe, la obligación legal sea reconocida y mantenida, y aquél por el que un cónyuge renuncia a exigir al otro en el futuro una pensión alimenticia para los hijos menores de edad o mayor convivientes sin recursos es nulo radical.

8.2.2.5. Sobre el uso de la vivienda familiar

Pese a que a lo largo de la última década las voces que propugnan como absolutamente necesaria la reforma del artículo 96 del Código Civil se han convertido en un clamor, el texto de este precepto se ha mantenido inalterado y los repetidos intentos de flexibilizar su interpretación para adecuarlo en su aplicación práctica a la realidad social de nuestro tiempo, provenientes de iniciativas parlamentarias pronto frustradas, de la proliferación de artículos doctrinales justificadores de esa necesidad e, incluso, del dictado de un considerable número de sentencias pronunciadas en contemplación de las circunstancias del caso concreto y de la razonable adecuación a él de la justicia, no sólo han resultado estériles sino que han sido cercenados de forma radical por dos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo que vedan esos comprensibles propósitos aun reconociendo, o apuntando, que una modificación del precepto podría no resultar del todo desacertada.

Existe, sin embargo, hoy día la esperanza más o menos fundada de que ese panorama puede aclararse si llega a entrar en vigor la proyectada Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental a la que más adelante voy a referirme y cuyo anteproyecto ya ha sido sometido a dictamen del Consejo de Estado. Aunque de aspiraciones mucho más ambiciosas e impuestas por la necesidad de adaptar nuestro marco legislativo a la actual realidad social en materia de patria potestad y guarda y custodia, la norma, que antes de su entrada en vigor ya está recibiendo críticas, contempla también la modificación del artículo 96 citado.

Incluyo esta aclaración previa porque al reflexionar sobre la posibilidad de que dos personas dotadas de plenas capacidades jurídica y de obrar concluyan acuerdos prematrimoniales o matrimoniales relativos a la disposición de la

propiedad o de la posesión de uno o más inmuebles de los que son dueños, o lo serán llegado el día de su aplicación, inicialmente no se alcanza a comprender que pueda quedar limitada por otros márgenes que los impuestos por el derecho negocial con respecto a esos bienes concretos según su naturaleza. Puede sostenerse con carácter general la validez de cualquier pacto alcanzado entre cónyuges o futuros cónyuges que, referido a los bienes inmuebles comunes o a los privativos, establezca atribuciones futuras a favor de uno cualquiera de ellos o de ambos, regímenes de uso y disfrute, obligaciones de satisfacción de cargas o su exoneración, e incluso la obligación de adquirirlos llegado el día por uno o por ambos excónyuges para uno de ellos o para ambos, diseñando el régimen de uso que consideren apropiado. En principio, como digo, los límites a dichos acuerdos prematrimoniales o matrimoniales no serán más estrechos que los generales de los negocios jurídicos bilaterales, en particular los que resultan del artículo 1.255 y demás aplicables del Código Civil. Pero esos amplios márgenes de la autonomía de la voluntad vienen a reducirse por el juego de dos limitaciones legales, ambas operantes en el supuesto de que el inmueble constituya el domicilio familiar¹⁴⁶ y previstas en el Código para el caso de ruptura: de un lado, la que impone el artículo 96 ya citado, y de otro la que resulta del primer párrafo del apartado 2 del artículo 90, precepto éste que no sólo permanece inalterado en el anteproyecto de la ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad al que me he referido sino que, habiendo sido objeto de nueva redacción por la reciente Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, en el pasaje que nos interesa mantiene su redacción anterior a la promulgación de ésta.

En aplicación de ambos preceptos, la posibilidad del pacto prematrimonial o matrimonial sobre el destino futuro del inmueble constitutivo del domicilio familiar queda limitada en la misma medida en que lo queda el pacto alcanzado por los cónyuges en el momento de la crisis e incorporado a la propuesta de

¹⁴⁶ En sentencia de 9 de mayo de 2.012, la Sala Primera del Tribunal Supremo estableció la doctrina jurisprudencial de que “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquél que constituye la vivienda familiar”. Describiendo la cualidad de familiar que el artículo 96 requiere, la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de octubre de 2.004 explicó que la misma se refiere a que haya sido la ocupada por la familia como domicilio principal. Quedan, por lo tanto, fuera del ámbito del precepto las segundas residencias o viviendas vacacionales.

convenio regulador. Medida que alcanza el punto de que, llegado el día, si los preceptos citados conservan su actual redacción y se mantiene la doctrina casacional hoy establecida, cualquier pacto concertado en previsión de la ruptura relativo al uso y disfrute de dicho inmueble quedará, de existir hijos menores, sometido a la revisión judicial que podrá dejarlo sin efecto.

El artículo 96 del Código Civil dispone:

“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 acordará lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse 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”.

De la interpretación literal del primer párrafo resulta que el uso de la vivienda familiar corresponderá tras la ruptura a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden salvo que concurran dos requisitos: el acuerdo distinto de los cónyuges y la aprobación de dicho acuerdo por el Juez; y de la del segundo, que la atribución prevista en primer lugar no será necesariamente de aplicación cuando cada cónyuge sea custodio de alguno o algunos de los hijos menores, por ser éstos varios.

Es cierto que la supervisión judicial del acuerdo viene en esta cuestión justificada porque, por haber hijos menores afectados, nuevamente se presenta como ineludible el principio del favor filii, siendo la de habitación una de las prestaciones alimenticias indispensables que se incluyen en el artículo 142 del Código civil, derivada en este caso de la patria potestad. Como también lo es –añado ahora un paréntesis que me parece oportuno– que por esa misma razón el acuerdo prematrimonial o matrimonial relativo a la pensión alimenticia y la guarda y custodia, al que anteriormente me he referido como normalmente

exigente en la práctica del tratamiento conjunto de esas dos cuestiones, se verá asimismo influido por la solución que se prevea en cuanto al uso de la vivienda familiar, pues no cabe duda de que esa necesidad de los menores, perentoria e imprescindible de cubrir, representa un carga económicamente considerable. Razón que, unida al hecho objetivo de que lo normal en nuestra sociedad es que la vivienda familiar sea el bien de mayor valor perteneciente a ambos cónyuges o a uno de ellos, motiva que el pacto prematrimonial en previsión de la ruptura contemple también esta cuestión para anticipar así una regulación que de otra forma no sería ni unitaria ni suficiente ni completa.

Al tener que dar respuesta a situaciones que por pura lógica y por un elemental sentido de justicia exigían una solución distinta de la que ese primer párrafo del artículo 96 impone, abundantes pronunciamientos de los Juzgados de Familia y de las Audiencias Provinciales flexibilizaron su rigor textual para entender contenidas en el precepto dos posibilidades distintas: la de atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio y la de atribuirlo al custodio pero sólo con carácter temporal, determinando su duración con mayor o menor concreción, pero determinándola.

Las situaciones de hecho motivadoras de esas interpretaciones son fácilmente imaginables; por citar un ejemplo no infrecuente, aunque cabrían otros muchos, el caso de unos cónyuges jóvenes, ambos con buena salud y formaciones similares, que son dueños de una vivienda ganancial objeto de un gravamen hipotecario constituido en garantía de un préstamo de considerable cuantía y pendiente de amortizar, a uno de los cuales se atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes, alguno de ellos en edad muy temprana, y el uso de la vivienda, fijándose a cargo del otro una pensión alimenticia para cada uno de esos hijos; concurriendo además la circunstancia de que tras la ruptura las necesidades de habitación de los niños podrían verse plenamente satisfechas con una vivienda igual de digna pero más pequeña o más modesta y también la de que el progenitor custodio dispone de mayores recursos económicos y patrimoniales que el no custodio, incluso de otra vivienda distinta de la familiar, que puede destinar a habitación suya y de los hijos. La atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal al cónyuge con mejores recursos dibuja un panorama lejano de años por transcurrir hasta que todos los hijos alcancen autonomía personal e independencia económica, precipitando al otro progenitor a tener que, además de

pagar las pensiones alimenticias, seguir cumpliendo con las obligaciones que como condueño de la vivienda le corresponden (al menos, el pago de la mitad de la hipoteca, los seguros, el IBI...) y sufragar los gastos impuestos por verse necesitado de acceder al uso de otro inmueble para atender a las necesidades de habitación suyas y de sus hijos cuando permanecen con él. Parece claro que al menos una atribución temporal abriría paso a la posibilidad de vender la vivienda, cancelar la hipoteca pendiente y distribuir entre los dos transmitentes, si lo hubiera, el remanente del precio, que en ocasiones podría servir a ambos, o al que lo necesitara, para cubrir las necesidades de habitación propias y de los menores, permitiéndoles reiniciar su vidas sin tener que afrontar, tras la crisis conyugal, una situación económica angustiosa, prolongada y generadora de obligaciones muchas veces objetivamente imposibles de cumplir.

Fue por ello produciéndose una contraposición entre los pronunciamientos judiciales que otorgaban al precepto una interpretación estricta, entendiendo que la imperatividad de su mandato -“*se atribuirá*”- obligaba al Juzgador en todo caso -salvo acuerdo de los cónyuges que debía ser aprobado por él- a otorgar el derecho a los hijos y al progenitor custodio fueran cuales fueran las circunstancias colaterales que concurrieran, y los que, provenientes de varias Audiencias Provinciales, en supuestos de vivienda perteneciente a los cónyuges en proindiviso ordinario resolvieron que la atribución del uso a uno de ellos no podía tener carácter indefinido al ser también protegible y digno de tener en cuenta, aun supeditado al preferente de los menores, el derecho de todo copropietario a no permanecer en la indivisión y a instar en cualquier momento la división de la cosa común previsto en el primer párrafo del artículo 400 del Código Civil, dejando, eso sí, a salvo el derecho de uso hasta que se decretara esa extinción del condominio¹⁴⁷. Apuntando en la misma dirección, otras sentencias fijaron el límite de la atribución en el momento en que quedara liquidada la sociedad de gananciales, incluso superponiendo un término máximo de dos o tres o algún año más, y explicaron que la razón de ser de esa decisión residía en lo gravoso que para el cónyuge excluido del uso suponía la atribución ilimitada al otro y a los hijos, reiterando que el párrafo primero del artículo 96 no impide que la sentencia introduzca limitaciones temporales, pues señalar que ese uso se

¹⁴⁷ Entre otras, Ss. AP Zamora, de 20 de febrero de 2.002; AP Cáceres, de 19 de enero de 2.004 y AP Murcia, de 2 de octubre de 2.007.

atribuirá, sin más, no determina que esa atribución, una vez realizada, deba ser incondicional e ilimitada en el tiempo; sentencias que hacían hincapié en que la realidad social de nuestro tiempo, con la carestía de las viviendas, imponía una protección de los intereses de los hijos en primer lugar pero también, tras ellos, de los de los progenitores, que no por ser de inferior grado resultan absolutamente irrelevantes, y en que la atribución del uso con carácter indefinido, habida cuenta de la oponibilidad de ese derecho de uso a terceros¹⁴⁸, suponía en la práctica una privación absoluta de esos derechos dominicales¹⁴⁹.

Al dictado de esas resoluciones vinieron a unirse las voces de los operadores jurídicos expresadas en escenarios distintos del foro. Entre las conclusiones alcanzadas en el IV Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrado en Valencia en el año 2.009 se aprobó una propuesta de reforma del artículo 96 del Código Civil y de interpretación judicial del mismo en tanto esa reforma no llegara, en el sentido expuesto¹⁵⁰. Conclusiones que fueron posteriormente ratificadas en las VII

¹⁴⁸ El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de enero de 2.010 reiteró su anterior doctrina de que *“de la ubicación sistemática de este precepto -art. 96 CC- y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquél que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2.009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho de uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2.008)”*.

¹⁴⁹ Entre otras, Ss. AP Lleida, de 23 de julio de 2.004; AP Málaga, de 26 de septiembre de 2.007; AP Las Palmas, de 4 de junio de 2.008 y AP La Rioja, de 1 de septiembre de 2.009.

¹⁵⁰ El texto de la propuesta es el siguiente: a) *“Se propone la reforma del artículo 96 del Código Civil de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual.*

Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de

Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutela celebradas en Barcelona en el año 2.011. Y la sentencia dictada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia el día 21 de febrero de 2.011¹⁵¹ no sólo aplicó el criterio propugnado en ellos sino que textualmente reprodujo las conclusiones del IV Encuentros de Jueces y Abogados de Familia al que acabo de referirme en primer lugar.

También la sociedad civil tomó cartas en el asunto, y la prensa constató las injusticias que se estaban produciendo y la necesaria reforma de la regulación legal vigente¹⁵².

La necesidad de que el Tribunal Supremo pusiera orden en estas discrepancias y formulara una doctrina a tener en cuenta en la aplicación del primer párrafo del artículo 96 quedó satisfecha con el dictado por la Sala Primera de la trascendental, pero para muchos decepcionante, sentencia de 1 de abril de

alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 del Código de Familia de Catalunya.

La venta o adjudicación del inmueble sede de la vivienda familiar extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 del Código Civil se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario, para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de los hijos.

En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido”.

¹⁵¹ CENDOJ: ROJ: SAP V 1/2011.

¹⁵² Por ejemplo, en el diario EL PAIS apareció publicado, con fecha 2 de noviembre de 2.009, un artículo en el que bajo el título “los Jueces empiezan a limitar el uso de la vivienda en los divorcios” se daba cuenta de la nueva tendencia judicial con referencia a sentencias del Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Pamplona y de la Audiencia Provincial de Valencia.

2.011¹⁵³, recaída en un recurso de casación seguido por interés casacional en un supuesto de convivencia “more uxorio” en el que se consideró aplicable analógicamente, pese a las diferencias existentes entre las uniones matrimoniales y las que no lo son, el conflictivo artículo en sus exactos términos. Fue ponente de la resolución Doña Encarnación Roca Trías.

La sentencia recurrida en casación, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, había revocado en ese particular la dictada en primera instancia e incluido una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar, atribución que en esta última se había realizado a favor de la esposa. El Tribunal Supremo fue tajante en su pronunciamiento y en la explicación de éste, contenida en el fundamento de derecho cuarto de la resolución, en el que se califica la regla del primer párrafo del artículo 96 como *“taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que pueda producirse ningún perjuicio”*, añadiendo al referirse a la limitación temporal que *“aunque ésta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art.117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo”*, y formuló *“la doctrina de acuerdo con la cual 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 artículo 96 del Código Civil”*.

Esta doctrina fue inmediatamente reiterada por la misma Sala en sentencias de 14 de abril, 21 de junio, 30 de septiembre y 10 de octubre del mismo año, y también en las que posteriormente dictó. No obstante, dando en parte la razón a quienes seguían sosteniendo la improcedencia de la misma, pero sin apartarse de ella, el Tribunal Supremo suavizó en alguna medida su rigor al dictar la sentencia de 17 de junio de 2.013¹⁵⁴, resolución en la que reconoció la existencia de:

¹⁵³ CENDOJ: ROJ: STS 2053/2.011.

¹⁵⁴ CENDOJ: ROJ STS 3347/2.013. En esta sentencia se mantuvo la atribución de uso del domicilio familiar en favor del hijo y de la progenitora custodia en los siguientes términos: *“...de no haberse producido antes la liquidación del patrimonio común, mantendrá su vigencia, como máximo, durante tres años, computados desde la fecha de esta resolución. Producida tal coyuntura temporal sin haberse concluido las citadas operaciones liquidatorias, la Sra. Guadalupe podrá, si a su derecho conviniere, ocupar, en unión del hijo, la vivienda de titularidad común, ubicada en la CALLE000 VI NUM000 NUM001 NUM002, de Madrid, que entonces deberá*

“dos factores que eliminan el rigor de la norma en los casos de desacuerdo entre los cónyuges: uno, 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 que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio, porque los cónyuges no cumplen el derecho y deber propio de la relación, y otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”.

En la fundamentación, las razones que explican el pronunciamiento pueden condensarse en dos: el siempre preferente interés del menor –que nunca negó nadie- y la subordinada, pero atendible, necesidad de proteger también los derechos de los progenitores cuando ese interés prioritario no se pone en peligro.

Pese a reiterar en su fallo la doctrina establecida por la de 1 de abril de 2.011 -incluyendo la existencia de esas dos excepciones- la sentencia dictada por el mismo Tribunal el día 18 de mayo de 2.015¹⁵⁵ dio un salto cualitativo al incluir en su fundamento de derecho primero, con referencia a los argumentos contenidos en la resolución recurrida -dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, que se había mantenido firme en la contradicción de esa doctrina casacional- y a las críticas que desde distintos sectores se estaban realizando contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar del artículo 96, especialmente en unos momentos de crisis económica, la afirmación de que se estaba *“haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación”*. A esa necesidad responde la reforma que en estos momentos se está tramitando.

Antes de analizarla, y puesto que acomete una modificación integral del artículo 96, hemos de plantear los demás supuestos de hecho que éste contempla, supuestos ante los que podrían encontrarse, producida la ruptura, quienes en su día hubieran otorgado un pacto prematrimonial relativo al uso de la vivienda familiar tras ella. Podría suceder que, habiendo tenido el matrimonio varios hijos, la guarda y custodia de alguno de ellos se otorgara a un progenitor y al otro la de los demás, y también podría ocurrir que el matrimonio no hubiera tenido hijos.

abandonar el esposo, quién no podrá instalarse, a fin de cubrir la necesidad de alojamiento, en el que fue domicilio familiar”.

¹⁵⁵ CENDOJ: ROJ: STS 1951/2.015.

El primer supuesto es el del párrafo segundo del precepto, que en definitiva desemboca en el mismo criterio de la decisión final del Juez en defensa del interés de los menores, si bien no impone, porque sería imposible hacerlo, la obligada atribución de ese uso a uno a de los progenitores custodios y no al otro. El pacto prematrimonial, en este caso, sólo debería quedar sometido a la revisión judicial protectora del interés del menor en los mismo términos que intenté explicar al tratar de los pactos sobre la guarda y custodia y referirme a la evitación del perjuicio más que al máximo umbral de beneficio.

La falta de una específica regulación de la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en los casos de establecimiento del régimen de custodia compartida motivó que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de octubre de 2.014¹⁵⁶, considerase aplicable analógicamente el párrafo segundo, y no el primero, del artículo 96 del Código Civil, permitiendo al juez resolver lo procedente. Y establecer una limitación temporal protectora de los intereses preferentes de los hijos menores y, tras ellos, de los económicos y personales de los interesados.

Y en cuanto a la posibilidad, prevista en el párrafo tercero del artículo 96, de que en caso desacuerdo entre los cónyuges que carecen de descendencia el Juez atribuya al no titular de la vivienda el derecho a usarla durante el tiempo que prudencialmente fije, la misma puede venir justificada, en abstracto, por la necesidad de no dejar desprotegido a quien carece de recursos y se halla en una situación de extrema dificultad a consecuencia de la ruptura; pero en este caso no hay derechos de menores que proteger, y las razones que el precepto describe miran a las circunstancias del caso concreto para defender el interés más necesitado de protección en ese preciso momento. Si los cónyuges, conscientes de lo que estaban haciendo y con plena voluntad de hacerlo, otorgaron en su día un pacto de atribución concreta del derecho de uso para el caso de que en el futuro se produjera la ruptura, y después uno de ellos defiende la validez de ese pacto y el otro se opone a ella, o al menos a su aplicabilidad por considerar en ese momento su interés preferente al del primero, dejar sin efecto el pacto prematrimonial o matrimonial otorgado libre y válidamente en su día en previsión de la situación que luego se produce y sin que ni siquiera existan hijos a quienes atender y

¹⁵⁶ CENDOJ: ROJ: STS 4249/2.014.

proteger exigirá, si es que puede llegarse a ello, analizar muy detenidamente las actitudes y las aptitudes de los afectados, sus comportamientos anteriores a la ruptura, sus posibilidades de todo orden y, sobre todo, limitar mucho los márgenes temporales de la atribución que se realice en favor de quien se aparta de lo que en su día admitió y quiso. En realidad, no creo que pueda ni deba llegarse a tanto; tal vez, a fijar plazos no inicialmente previstos para el desalojo, e incluso una compensación económica por la ruptura a tenor del artículo 97, pero no a privar del uso de la vivienda a quien es legítimo y único dueño del derecho que lo autoriza.

A esa posibilidad se une la de que los cónyuges hubieran pactado, antes del matrimonio o durante él, o incluso en un convenio regulador, una atribución concreta del uso de la vivienda familiar que ambos siguen queriendo mantener, pero que sea el Juez quien, sin embargo, considere gravemente perjudicial para uno de los cónyuges la solución que ellos mismos le proponen. En este caso, ciertamente de laboratorio más que real, el artículo 90.2 permitirá al Juez no aprobar el acuerdo como *“gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”*: ¿Significa ello que el pacto adoptado libremente antes de la crisis por el que el cónyuge que va a aportar una vivienda exclusivamente suya para desplegar en ella la convivencia matrimonial conviene con el otro que, si se produce la ruptura, el primero mantendrá incólume su derecho y el segundo deberá desalojar el inmueble, podría verse invalidado por el Juez a pesar de que los dos afectados, mayores de edad y plenamente capaces, quieran cumplirlo? Naturalmente, tampoco lo creo. Y además el supuesto, repito, es más teórico que real porque a nadie escapa que finalmente y sea cual sea la disposición del Juez, los afectados podrán dar a la vivienda el destino que ellos consideren e incluso transmitirla a terceros en virtud de la prerrogativa que consagra el último párrafo del artículo 96, que permite la transmisión por el titular con el consentimiento, con el que contaría, del no titular favorecido con la atribución del derecho de uso; además, la decisión judicial contraria a esa situación nacería con una vocación claramente claudicante y estaría llamada a su segura modificación. Pero lo que resulta de la actual regulación legal es lo que digo, y lo que los otorgantes del pacto prematrimonial tendrán, mientras ésta no cambie, que prever como posible cuando lo otorguen, también.

El anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, tras haberse emitido dictámenes por el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial e incorporado al texto inicial determinadas observaciones realizadas por ambos organismos, fue objeto de informe del Consejo de Estado el 24 de julio de 2.014. El difícil trance parlamentario vivido en nuestro país durante los años 2.015 y 2.016 ralentizó la tramitación, cuyo último jalón -a diciembre de 2.016- ha sido una consulta evacuada por el Ministro de Justicia en una sesión de control en la que informó que la intención es acometer la tramitación durante esta legislatura, sin mayor concreción. En realidad, lo que la norma en elaboración regula y la sociedad demanda con urgencia es la custodia compartida, pero la reforma afecta a diversos artículos del Código Civil entre los que se incluyen los 90 a 97. El texto proyectado, que en lo que respecta a la disciplina de la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar supone mejorar lo que era muy fácilmente mejorable, ha recibido ya muchas críticas. En el artículo 90 se mantiene la prerrogativa de que el Juez desapruebe el acuerdo de los cónyuges sobre atribución del uso y disfrute del domicilio familiar si entiende que resulta perjudicial no sólo para los hijos menores sino también para cualquiera de los cónyuges. Y la redacción del artículo 96¹⁵⁷ contempla supuestos diversos que

¹⁵⁷ El proyectado artículo 96 es el siguiente:

"1. En defecto de acuerdo de los progenitores aprobado judicialmente sobre el lugar o lugares de residencia de sus hijos, el Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda. Del mismo modo deberá determinar el domicilio de los hijos a efectos de empadronamiento, que coincidirá con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, los hijos pasen la mayor parte del tiempo. Si esta determinación no fuera posible, será aquél con el que los hijos tengan mayor vinculación.

2. Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia

tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos.

En todo caso, si la guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores y no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

Si los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquélla fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos.

Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año.

4. La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla.

5. Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda. No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Si los cónyuges poseyeren la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

permiten atisbar no sólo nuevas sino también viejas polémicas si la norma proyectada llega finalmente a entrar en vigor. A ella, o a la reforma que necesariamente habrá de llegar, deberán atender quienes, antes de contraer matrimonio o tras contraerlo y antes de la ruptura, pretendan otorgar un pacto sobre el futuro uso y disfrute de la vivienda familiar.

8.2.2.6. Sobre la compensación por el trabajo para la casa en régimen de separación de bienes.

Pese a ser la sociedad de gananciales el régimen económico matrimonial supletorio en nuestro Derecho civil común, es un dato constatado que se halla en franca decadencia y que es el de separación de bienes el que hoy día muestra una incidencia cada vez mayor y tiende a convertirse en el más frecuente. Con el transcurso del tiempo y rápidamente se ha acrecentado el número de parejas que, antes o después de contraer matrimonio, otorgan capitulaciones matrimoniales instaurándolo. Los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística acreditan que un muy elevado porcentaje de las escrituras de capitulaciones matrimoniales que se otorgan tienen como objeto pactar el régimen de separación de bienes y que de entre ellas más de la mitad se suscriben antes de contraer el matrimonio. En el año 2015 se celebraron en España 166.248 matrimonios y de ellos más de 40.000 (el veinticuatro por ciento) quedaron sometidos a ese régimen por voluntad de los cónyuges. También ese año, por primera vez, fue mayor el número de capitulaciones que se otorgaron con dicho objeto antes del matrimonio que el de las que se otorgaron después.

Las razones de esa evolución tienen que ver con la transformación de la configuración de la vida en común en el seno del matrimonio, pues es indudable que durante los últimos años la integración de la mujer en el mundo profesional,

Cuando los cónyuges detentaren la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste les reclame su restitución.

7. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.

8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad."

laboral y empresarial ha marcado una trayectoria imparable y que lo que hace relativamente poco tiempo podía ser un régimen de vida matrimonial singular o al menos infrecuente, como el de dos personas casadas entre sí desplegando cada una con independencia de la otra su vida profesional, hoy día se ha convertido en lo más habitual, porque la formación, la titulación y la preparación en todos los sentidos de la mujer propicia que quienes van a casarse tengan ya diseñadas vidas profesionales independientes y que por esa razón puedan preferir gestionar y administrar también de forma independiente sus patrimonios respectivos y desafectarlos del propio del otro cónyuge, sin perjuicio de la obligación recíproca de contribuir a las cargas del matrimonio.

Por ese mismo motivo, y admitiendo que el régimen de separación de bienes, al no determinar el surgimiento de un patrimonio perteneciente a ambos cónyuges, excluye los problemas surgidos de la necesidad de gestionar, administrar y disponer de los bienes, derechos y obligaciones integrados en él, y también los de tener que liquidarlo llegado el momento, lo que parece más previsible es que si a algún aspecto concreto relativo a dicho régimen podría referirse un pacto prematrimonial o matrimonial otorgado por quienes se someten a él, es el de la compensación por el trabajo que regula el artículo 1.438 del Código Civil¹⁵⁸.

Tras establecer la obligación de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio según lo acordado entre ellos y, a falta de acuerdo, en proporción a sus recursos económicos respectivos, el precepto señala que:

“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”.

De ese texto se desprende que tanto el reconocimiento como la cuantía de esta compensación quedan en primer lugar sometidos a la decisión de los afectados, por tratarse de una materia disponible y sometida a la autonomía de la voluntad con los únicos límites tantas veces repetidos. A falta de acuerdo, los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a favor del cónyuge que ha contribuido con su trabajo al sostenimiento de las cargas del matrimonio en el seno del régimen económico de separación de bienes extinguido se han fijado por

¹⁵⁸ En este sentido, PINTO ANDRADE, C. “Pactos...”, op. cit. p. 83.

la Sala Primera del Tribunal Supremo en las sentencias de 14 de julio de 2.011¹⁵⁹, que fijó doctrina jurisprudencial, y 31 de enero de 2.014, 26 de marzo, 14 de abril y 11 de diciembre de 2.015, que reiteraron y aclararon esa misma doctrina.

La primera resolución dispuso que:

“el derecho a obtener la compensación por haber 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 sólo 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.”.

Y las posteriores aclararon que:

“lo que ha hecho esta Sala en su sentencia de 14 de julio de 2.011, reiterada en la de 31 de enero de 2.014, es poner fin a esta controversia (respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales) por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquéllos supuestos en el que el cónyuge que lo reclama hubiera 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 esa dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometiéndose 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 sólo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ CENDOJ: ROJ: STS 4874/2.011.

¹⁶⁰ Las aclaraciones realizadas por estas sentencias posteriores eran necesarias porque, tras el dictado de la de 14 de julio de 2.011, algunas Audiencias Provinciales continuaron considerando compatible el cobro de la compensación con haber efectuado alguna clase de trabajo remunerado fuera del hogar, (por ejemplo, la Sección Primera de la Audiencia

De este modo, el trabajo para la casa cuenta tanto para el cumplimiento del deber de contribución a las cargas familiares, entendidas como todo lo necesario para el sustento (alimentación en sentido estricto), la habitación, el vestido y la asistencia médica de todo el grupo familiar, así como la educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y las circunstancias de la familia, como para generar la compensación a la extinción del régimen matrimonial de separación de bienes.

La finalidad del precepto se fundamenta en que, no retribuyéndose el trabajo para la casa, el consorte que no lo realiza convierte en sólo suyos los ingresos que obtiene por su trabajo fuera de ella una vez atendida su contribución a las cargas familiares (artículo 1.437 del Código Civil), lo que genera un perjuicio para el otro cuyas consecuencias deben corregirse, al no existir en este régimen ninguna clase de comunicación entre las masas patrimoniales de los consortes. Se trata, por lo tanto, de compensar la pérdida de beneficios o de posibilidades sufridas por el cónyuge que ha destinado su tiempo al desempeño de los trabajos domésticos, asumiendo una labor personal de carácter asistencial para toda la familia con liberación en ese ámbito del otro y con el consecuente perjuicio personal, laboral y económico sufrido por el primero.

Es esa la razón por la que dicha compensación es distinta y compatible con la del artículo 97 del Código Civil, al atender cada una de ellas a presupuestos y finalidades distintos de los propios de la otra. El art. 1.438 contiene una norma liquidatoria del régimen económico para el momento de su extinción, que compensa desequilibrios pasados y no se establece ni cuantifica en atención a los mismos parámetros que los del artículo 97, mientras que ésta se basa en la existencia de un desequilibrio económico sufrido por un cónyuge en relación con la posición del otro, originado por la separación o el divorcio y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior en el matrimonio del primero, por lo que compensa desequilibrios futuros.

No existe, sin embargo, una línea conceptual clara a la hora de determinar los criterios a tener en cuenta para la cuantificación de la compensación del artículo 1.438. Se han barajado por la doctrina y la jurisprudencia algunos de ellos, que han encontrado también contestaciones posteriores con igual

Provincial de Murcia en sentencia de 26 de junio de 2.014 o la Sección Cuarta de la misma Audiencia en sentencia de 15 de octubre de 2.015).

procedencia. Así, el establecimiento de un porcentaje de participación a favor del cónyuge acreedor en el incremento patrimonial del deudor, que se ha rechazado no sólo por no exigir necesariamente, como hemos visto, el derecho a la compensación que ese incremento se produzca, sino también por la circunstancia objetiva de que el hacerlo pugnaría con el origen histórico del régimen de separación de bienes, que así quedaría desfigurado y podría asimilarse, o al menos asemejarse, al de participación. Tampoco la valoración del trabajo para la casa realizado atendiendo a los precios del servicio doméstico en el mercado laboral. En este sentido, ZARRALUQUI, en desacuerdo con la opinión de MORENO VELASCO¹⁶¹ explica, con un criterio que entiendo acertado, que ello supondría valorar el cuidado de la casa y de los hijos de una forma ramplona; en efecto, el cuidado para la casa y para los hijos no se limita en absoluto a las labores materiales puramente domésticas que presta un empleado o empleada de hogar, sino que comprende trabajos de administración, visitas a médicos y educadores, reuniones, asistencia en las tareas colegiales, desplazamientos, acompañamientos y tantas otras imprescindibles atenciones directas y decisiones que quedan fuera del ámbito objetivo del trabajo de tales empleados. Parece, por lo tanto, lo más adecuado que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sea el Juzgador quien, con criterio ponderado, determine la cuantía de la compensación¹⁶².

Pero, como dije antes, la autonomía de la voluntad puede jugar un papel decisivo para establecer, eliminar o determinar la cuantía o la forma de prestación de esta compensación a través del pacto otorgado antes de contraer matrimonio, antes de instaurarse el régimen de separación de bienes, al hacerlo, durante su vigencia o tras su extinción.

¹⁶¹ MORENO VELASCO. V. "La expresión...", op. cit. p. 62.

¹⁶² Procediendo de este modo, La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Rioja el día 3 de octubre de 2.012, tras exponer los criterios barajados, referidos uno a la valoración económica del trabajo tomando como referencia el sueldo que, al menos, debería ser el salario mínimo correspondiente multiplicado por el número de meses de convivencia con dedicación al hogar, y otro a la comparación de los incrementos patrimoniales de cada cónyuge a la conclusión del régimen económico conyugal, entendió adecuado este último pero añadió un factor de moderación por el hecho de haber estado auxiliada la esposa por una empleada para el cuidado del hijo, que utilizaba comedores escolares, y redujo en un treinta por ciento la cantidad que se había fijado en la instancia.

Suelen citar los tratadistas las mismas dos sentencias para justificar la admisión por la doctrina judicial de la Audiencias Provinciales de los pactos de establecimiento de la compensación para el futuro y de fijación de su cuantía, de un lado, y del de su renuncia anticipada, de otro. Se trata de las sentencias dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava el día 25 de abril de 2.002¹⁶³ y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia el día 29 de octubre del mismo año¹⁶⁴.

A la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava el día 25 de abril de 2.002 se refieren, entre otros, MARTÍNEZ ESCRIBANO, MORENO VELASCO, PINTO ANDRADE Y PEREZ MARTÍN como ejemplo de la admisión del pacto de establecimiento en capitulaciones matrimoniales de una compensación del artículo 1.438, con fijación de su cuantía. Si bien considero que ni las circunstancias generales del caso ni las del pacto otorgado, ni tampoco la explicación recogida en la fundamentación de la sentencia, ofrecen un criterio tajante y que pueda entenderse extrapolable con carácter general a cualquier otro supuesto en el que los otorgantes hubieran acordado anticipadamente una compensación de esta naturaleza, porque la resolución parece identificar la compensación por el trabajo para la casa con la que surge del desequilibrio originado por la ruptura, y hace residir en el reconocimiento de la primera el rechazo de la segunda.

La resolución trae causa de un juicio de separación matrimonial contencioso iniciado en el año 2.001. Habiendo contraído matrimonio los cónyuges en 1.990, otorgaron un año después escritura pública de capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes e incluyendo una estipulación en virtud de la cual:

“A la extinción del régimen económico matrimonial pactado en las presentes capitulaciones, en base a lo dispuesto en el art. 1438 del Código Civil, D. Juan Antonio se compromete y asume la obligación de abonar a Doña Maite la cantidad de treinta millones (30.000.000) de pesetas, si se extingue por causa de fallecimiento, y la cantidad de quince millones (15.000.000) de pesetas, en caso de extinción por

¹⁶³ CENDOJ: ROJ: SAP VI 244/2.002.

¹⁶⁴ CENDOJ: ROJ SAP MU 2652/2.002.

causa distinta al fallecimiento. Estas cantidades estarán sujetas a la siguientes revisiones..."

La esposa, demandante de la separación matrimonial, solicitó entre otras peticiones el reconocimiento de su derecho a percibir una pensión compensatoria y acumuladamente el cumplimiento del pacto capitular mediante el pago de la compensación por el trabajo para la casa, con la pretensión subsidiaria de que la primera se reconociera a cuenta del total de la segunda. La sentencia del Juzgado concedió la compensación pactada en las capitulaciones y desestimó la petición de pensión compensatoria por desequilibrio, reflexionando sobre el hecho de que el pacto obedecía precisamente al ánimo de los otorgantes de reparar el desequilibrio que el nuevo régimen económico iba a generar a la esposa, quien no participaría en lo sucesivo de las ganancias futuras obtenidas por el esposo. La sentencia de apelación, confirmando la de instancia, reiteró el argumento de que precisamente por ser exigible la compensación por el trabajo no se originaba el supuesto de hecho de la pensión compensatoria, añadiendo que el pacto de establecimiento de la suma concreta determinaba no sólo el derecho de la esposa a reclamar esa suma sino también su límite cuantitativo.

Es posible que en el caso de esos autos las circunstancias concurrentes determinaran que con el cobro de la compensación del artículo 1.438 quedara eliminado cualquier desequilibrio entre los cónyuges y que, por lo tanto, en esa misma compensación residiera la causa de la inexistencia del derecho a percibir la pensión compensatoria, porque ello puede suceder, pero no siempre es así. La compatibilidad entre ambas compensaciones, a la que ya antes me he referido, proviene no sólo de que cada una de ellas nace por efecto de causas distintas, sino de que compensan desequilibrios no concurrentes en el tiempo. Es indiscutible que la compensación del artículo 1.438 puede surgir antes de la separación o el divorcio, incluso aunque no llegue a producirse nunca una crisis conyugal: surge cuando, concurriendo los requisitos exigibles, se extingue, sea cual sea la causa, el régimen de separación de bienes. Ciertamente, y puesto que ambas compensaciones son compatibles, cuando en un mismo proceso se reclaman tanto la del artículo 1.438 como la del artículo 97 debe primero examinarse la procedencia de la primera, pues, en el caso de reconocerse, su cuantía es otro de los parámetros a valorar para determinar el importe de la segunda, pero ambas compensaciones atienden a finalidades distintas.

Por lo demás, la sentencia recoge los que sí son auténticos fundamentos de la admisión de este tipo de acuerdos -tanto si son otorgados, como en el caso que en ella se enjuicia, constante matrimonio y antes de la crisis, como si son propiamente prematrimoniales- calificando el concertado por los cónyuges de:

“pacto válido y conforme a las reglas de contratación, admisible en la libertad de pactos, art. 1.255 CC”, sometido al “principio pacta sunt servanda recogido en el artículo 1.258 del Código Civil en relación con el art. 1.323 del mismo”.

A partir de las consideraciones hasta ahora realizadas y al reflexionar acerca de la posibilidad de que en un pacto prematrimonial o matrimonial se establezca la obligación de un cónyuge de abonar al otro una compensación por el trabajo para la casa realizado durante la vigencia del régimen de separación de bienes y una vez concluido éste, es claro que debe partirse de que el artículo 1.438 del Código Civil instaura la autonomía de la voluntad de los cónyuges como primer criterio, establecido como digo por la ley, para determinar no sólo el importe de la compensación por el trabajo sino el de la contribución al sostenimiento de las cargas familiares, y que por lo tanto esa posibilidad debe ser admitida. Surge no obstante la duda de si, una vez establecida en el pacto esa obligación para el futuro, y posiblemente también su cuantía -porque no es previsible que no se fijen también anticipadamente el importe o, como mínimo, las bases sobre las que éste deberá cuantificarse-, y en el caso de que el régimen llegue a extinguirse por cualquier causa o por la específicamente pactada para dar eficacia al pacto, la compensación deberá abonarse aun cuando el beneficiario no haya realizado, y así se haya acreditado, ningún trabajo para la casa; incluso por haberlo realizado, o sufragado íntegramente su realización por terceros, el obligado al pago.

En la misma esencia del pacto del que tratamos y constituyendo su razón de ser, se halla la seguridad de que el trabajo para la casa se desplegará por el destinatario del derecho a la compensación, por lo que de no ser así podría hablarse de una compensación distinta, tal vez de un reconocimiento de deuda futuro y abstracto sometido a la condición suspensiva de la extinción del régimen de separación de bienes o quizás de otro negocio distinto, pero no de una compensación del artículo 1.438, que es lo que es y no otra cosa.

Aunque la compensación del artículo 1.438 nace de la ley, en ese concreto caso el supuesto de hecho previsto en ésta como generador de la misma no

concorre: se trataría, por lo tanto, de un derecho nacido no de la ley, sino del contrato (artículo 1.088 del Código Civil), del negocio concertado entre las partes y cuya validez y eficacia dependerán de la concurrencia de los requisitos exigidos para la validez de los contratos. Pero aun de concurrir éstos por considerarse el acuerdo válido al constituir su objeto una materia disponible y haberse alcanzado sin contravención de la ley, la moral ni el orden público, podría suscitarse la cuestión relativa a la causa del negocio, entendida en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil, precepto que, para cada parte contratante, hace residir la causa, en los contratos onerosos, en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra, y en los remuneratorios en el servicio o beneficio que se remunera.

Siendo la causa del contrato, así considerada, un requisito de existencia que viene exigido por el artículo 1.261.3º del mismo Código, que atiende a la finalidad económica y social a la que éste responde con independencia de los móviles subjetivos de las partes y que debe concurrir en el momento de su perfección, en el supuesto que planteo dicho requisito concurre porque quien se obliga al pago de la compensación en el futuro encuentra en ese momento la causa del negocio en el trabajo para la casa a desplegar por el otro cónyuge, quien a su vez recibe el derecho a la compensación. Cuestión distinta es la posible frustración de la expectativa negocial a consecuencia del incumplimiento posterior. Si los motivos internos o particulares de los contratantes se elevaran a la categoría de causa¹⁶⁵, tal vez sería posible basar en esa frustración posterior la nulidad del negocio¹⁶⁶, pero nuestra jurisprudencia, aun habiendo llegado en ocasiones a sostener una concepción ecléctica por la que asimila a la causa el móvil interno de las partes siempre que haya sido común y determinante de la prestación del consentimiento, es muy reacia a atribuir a los mismos tan significativa relevancia¹⁶⁷. Por lo tanto, opino que más bien deberían buscarse las razones para conferir o no eficacia al pacto en las circunstancias acaecidas a partir de su concertación, y no en el momento en que ésta se llevó a cabo –aunque éstas no deban perderse de

¹⁶⁵ Se trataría en ese caso de lo que se ha denominado “causalización del motivo”.

¹⁶⁶ El Tribunal Supremo se ha planteado en algunas ocasiones la posibilidad de alteración de la causa durante la vigencia del contrato de tracto sucesivo, con remisión a las teorías de la desaparición de la base del negocio o del equilibrio de las prestaciones.

¹⁶⁷ Se pone de relieve que ello generaría inseguridad jurídica al conferir a los móviles o propósitos internos o a los intereses puramente particulares de cada contratante consecuencias sobre la validez del contrato.

vista- y en los mecanismos correctores del sobrevenido desequilibrio de las prestaciones o de la desaparición de la base del negocio en las relaciones de tracto sucesivo. MARTÍNEZ ESCRIBANO sostiene que la posible ineficacia del pacto prematrimonial referido a la compensación del artículo 1.438 puede ser consecuencia de la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que exigirá un cambio extraordinario, radical e inicialmente imprevisible y causante de una desproporción exorbitante, y no simplemente cualquier modificación sobrevenida o producida por el transcurso del tiempo¹⁶⁸. De forma más tajante, GASPAR LERA afirma que raramente podrá prosperar la doctrina de la alteración sobrevenida de las circunstancias en orden a la declaración de la ineficacia de este tipo de pactos¹⁶⁹.

Aun reconociendo que los principios generales que conducen a la aplicación de la regla rebus sic stantibus se acogen por nuestros tribunales con muy acentuadas exigencias, la invocación, como manifestación de dicha regla, de las teorías de la equivalencia de las prestaciones y de la frustración del fin del negocio, ambas expresiones concretas de la teoría de la base del negocio, entendida ésta como: *“la representación de una de las partes, manifestada al concluir un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial”*¹⁷⁰, podría conducir a la declaración de la ineficacia del pacto estudiado. Deberá atenderse a las circunstancias de cada caso concreto, tanto las concurrentes en el momento en que el pacto fue concertado como las posteriores y las del tiempo de su ejecución, y también a las normas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, para decidir si procede reconocer o no la eficacia del pacto en función de la relevancia que deba otorgarse a la pasividad de quien pretenda percibir una indemnización por el trabajo que no realizó; e incluso si, en el caso de reconocimiento del derecho y sea cual sea la denominación o la terminología utilizada por los otorgantes, se trata de un pacto válido y exigible pero no de una compensación del artículo 1.438.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. “Los acuerdos...”. Op. Cit. pp.106 y 107.

¹⁶⁹ GASPAR LERA, S. “Acuerdos.... Op. Cit. p.1.069.

¹⁷⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. “la cláusula rebus sic stantibus” Tirant Lo Blanc, Valencia, 2.003, p. 71.

En defensa de la renunciabilidad del derecho a la compensación del artículo 1.438 se cita la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia el día 29 de octubre de 2.002. En un proceso contencioso de separación matrimonial, la esposa demandada solicitó el establecimiento a su favor de una pensión compensatoria y el reconocimiento de su derecho a percibir también una compensación por el trabajo para la casa. Los esposos, antes de serlo, habían pactado el régimen de separación de bienes e incluido al hacerlo dos acuerdos más: que cada uno de ellos atendería las necesidades de sus familias respectivas, al ser ambos divorciados y haber generado anteriormente dos núcleos familiares independientes, y que:

“para atender esas necesidades y también las del núcleo familiar común, el esposo se obliga a contratar a su cargo personal doméstico suficiente con el fin de evitar que su esposa deba atender personal y directamente tales necesidades del hogar, lo que será reintegrado con cargo a los bienes propios del esposo”.

Aunque la sentencia incluye la taxativa afirmación de que ese pacto hace concurrir: *“un dato esencial y determinante que excluye de manera automática el éxito de la medida compensatoria de referencia”*, porque con él ambos cónyuges excluyen la posibilidad de aplicación del controvertido artículo 1.438, por lo que: *“dicho pacto es, sin duda, una clara y explícita renuncia a la aplicación de la medida compensatoria”*, lo cierto es que en su fundamentación también se refiere al hecho de que: *“es lo cierto que la realidad de la ejecución de dichas tareas domésticas por parte de la solicitante no aparece debidamente justificada en estos autos”*. De manera que, pese a que la *“ratio decidendi”* de la sentencia reside en el pacto de renuncia, que se califica de clara y expresa aun no refiriendo textualmente la compensación por el trabajo para la casa ni el precepto que la reconoce, no deja de poner también de relieve que aunque ese pacto no existiera la compensación no podría reconocerse. No considero, sin embargo, que esa aclaración reste contundencia al pronunciamiento ni a la posibilidad de consenso en la renuncia por parte de quienes están facultados por el precepto para convenir libremente el importe, mayor, menor o inexistente, de la compensación.

8.2.2.7. Sobre la compensación por desequilibrio

De entre todas las materias que pueden integrar el contenido del pacto prematrimonial, es la compensación por desequilibrio prevista en el artículo 97 del Código Civil la que ha generado mayor número de aportaciones doctrinales y de pronunciamientos judiciales. Siendo tan numerosas esas aportaciones, motivadas por las polémicas surgidas en torno a la posibilidad o imposibilidad de reconocimiento anticipado y a través del pacto, para el incierto caso de ruptura conyugal, del derecho a la compensación, con el añadido o no de otras precisiones más concretas sobre la cuantía de la obligación reconocida y la forma de satisfacerla, y, aun con mayor profusión, a su renunciabilidad o irrenunciabilidad para el futuro, pretender realizar en este capítulo un estudio completo y minucioso de todas esas aportaciones que fuera descriptivo de las evoluciones legislativa, doctrinal y jurisprudencial marcadas desde la instauración en nuestro ordenamiento civil de la anterior “pensión compensatoria” hasta la de la actual “compensación”, constituiría un objetivo excesivamente ambicioso. No obstante, es precisamente esa misma la razón por la que en ningún caso podría llegar a obviar, dejando ahora de incluirla, una materia que ha generado semejante caudal de opiniones y de decisiones debido a sus indudables interés y trascendencia práctica.

El artículo 97 debe su actual redacción a la reforma operada en la regulación del matrimonio por la ley 15/2.005, de 8 de julio. En ella, se suprimió la referencia a la pensión compensatoria hasta entonces vigente para introducir una compensación fundada exactamente en la misma causa y que exige la concurrencia de los mismos requisitos exigidos a la antigua pensión: que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico, sufrido por el cónyuge beneficiario, en relación con la posición del otro cónyuge, y que, además, ese desequilibrio implique un empeoramiento en la situación anterior que el primero tenía en el matrimonio. La reforma, haciéndose eco de los abundantes pronunciamientos judiciales que proclamaban la posibilidad de que la pensión compensatoria fuera establecida con carácter temporal o indefinido y recogiendo una nueva modalidad de compensación a tanto alzado, incluyó en el precepto tres posibilidades de establecer dicha compensación en el convenio regulador o en la sentencia: una “pensión temporal”, una “pensión por tiempo indefinido” o una “prestación única”.

A partir de las exigencias del artículo citado, se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales que los presupuestos necesarios para el reconocimiento del derecho a la compensación se concretan en dos, a saber:

a) La existencia de un desequilibrio económico, desequilibrio que se entiende como un descenso ocasionado por la separación o el divorcio (no por la nulidad del matrimonio) en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que el otro conserva -lo que obliga a comparar las necesidades de cada cónyuge y los recursos que posee para satisfacerlas- y que debe existir en el momento de la ruptura.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo estableció como doctrina jurisprudencial en sentencia dictada el 9 de febrero de 2.010 que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, y ha venido configurando a través de los años el concepto de desequilibrio¹⁷¹ partiendo de que la finalidad legítima de la norma no es otra que colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, por lo que el desequilibrio a compensar debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, no pudiendo dicho desequilibrio, necesariamente concurrente en el momento de la separación o el divorcio, basarse en sucesos posteriores a éstos.

Y b) Que ese desequilibrio implique, también en ese momento, un empeoramiento en la situación que el perjudicado tenía en el matrimonio o, mejor, en el último momento de normalidad matrimonial¹⁷².

Cumple la compensación por desequilibrio una función reequilibradora de las posiciones económicas de los cónyuges, pero no es un mecanismo igualatorio

¹⁷¹ Por ejemplo, en sentencias de 22 de junio y 19 de octubre de 2.011 y 23 de enero de 2012.

¹⁷² Aunque los tribunales coinciden en delimitar así las exigencias para el reconocimiento del derecho, es especialmente clara y explicativa en esta cuestión la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca el día 21 de enero de 2.013, que se refiere a otras anteriormente dictadas por ella de 29 de junio de 1.999, 23 de febrero de 2.001, 20 de octubre de 2.003, 24 de septiembre de 2.007 y 28 de junio de 2.011.

de sus economías ni de sus patrimonios respectivos. Tampoco atiende a una finalidad puramente indemnizatoria ni tiene carácter alimenticio o asistencial. Es posible, por lo tanto, que se establezca aun cuando ambos esposos gocen en el momento de la ruptura de cualificación profesional, trabajos independientes y medios de vida propios, no hallándose ninguno de ellos en situación de necesidad; la independencia económica no es, por lo tanto, un obstáculo para el reconocimiento del derecho porque a pesar de ella puede existir desequilibrio, y en este sentido se ha declarado que:

“sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares”¹⁷³.

La compensación puede consistir en una prestación única o en una pensión, pagadera con la periodicidad o en la forma que se determine al establecerla. Si se trata de una prestación única, es importante no identificar el que la prestación sea única con que el pago de la misma deba realizarse de una sola vez, porque podría establecerse una prestación única pero prever su pago en determinados plazos y ello no equipararía esa prestación a una pensión. Circunstancia que considero importante porque las causas de modificación o extinción de la pensión compensatoria previstas en los artículos 100 y 101 del Código Civil no podrían determinar la modificación o extinción de las obligaciones de pago de los plazos pendientes de la prestación única, al haberse constituido la obligación íntegramente en el momento de su establecimiento y haber quedado simplemente aplazada la exigibilidad del pago de la misma; los artículos 100 y 101 del Código Civil se refieren sólo y textualmente a la pensión.

Tratándose de una pensión, la misma puede establecerse tanto por tiempo indefinido como por un periodo de duración determinado en el momento de su constitución. La cuestión, que ya no es nueva, no fue sencilla ni pacífica hasta el dictado de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de febrero

¹⁷³ Criterios o principios, todos ellos, que se recogen en multitud de sentencias, siendo destacables las de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2.009, 19 de enero de 2.010 y 25 de noviembre de 2.011, de las que es ponente Doña Encarnación Roca Trías.

de 2.005¹⁷⁴, resolución recaída sólo cinco meses antes de la promulgación de la legislación modificativa del Código Civil que incluyó en nuestro ordenamiento la nueva redacción del artículo 97.

La vigente hasta esa promulgación no hacía referencia a la posibilidad de que la pensión compensatoria fuera establecida para un periodo de duración predeterminado en el momento constitutivo del derecho, pero tampoco la excluía. La sentencia citada, concediendo a la cuestión el interés casacional que efectivamente tenía, expuso extensamente no sólo las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales que defendían cada una de las dos posibles posturas sino también los argumentos esgrimidos en ellas en apoyo de las mismas. El recurrente había invocado diversas resoluciones de las de Palma de Mallorca y Granada contrarias a la limitación temporal y de las de Oviedo y Valencia, que eran favorables. En el texto de la sentencia se recuerda que fue a partir de los años noventa cuando las Audiencias Provinciales comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización, hasta el punto de que “en la actualidad” dicha corriente es claramente mayoritaria, añadiendo como razones que también abonaban la admisión el criterio favorable expresado por el Consejo de Europa en el Informe del Comité de Expertos sobre el derecho relativo a los esposos, emitido en la reunión de Estrasburgo celebrada entre el 20 y el 24 de octubre de 1.980, el Código de Familia de Cataluña, permisivo de la temporalización, y la existencia del proyecto de ley que meses después determinó la entrada en vigor de las leyes de reforma de julio de 2.005. Pero la razón fundamental en la que la sentencia se apoyó fue otra: en concreto, la importancia del elemento sociológico en la interpretación de las normas que, como elemento a tener en cuenta a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, había sido aplicado, sin perjuicio de hacerlo con cautela, en numerosas resoluciones de la misma Sala, que se citaban. De esta manera, y sin dejar de constatar que la posible temporalización de la pensión era también el criterio de la más reciente doctrina científica y que para poder ser admitida resultaría preciso, a la vista de las circunstancias del caso concreto, que constituyera un mecanismo adecuado para cumplir la función reequilibradora que constituye la finalidad de la norma, no siendo posible

¹⁷⁴ CENDOJ: ROJ: STS 773/2.005.

desconocer que en muchos casos sólo la pensión indefinida permite compensar ese desequilibrio, la sentencia declaró como doctrina jurisprudencial:

“la posibilidad de acordar como medida en los procesos matrimoniales de separación y divorcio una pensión compensatoria de duración limitada -pensión compensatoria temporal-”.

Para decidir los supuestos en los que corresponde al juzgador determinar, ante la falta de acuerdo de las partes, si lo procedente es fijar un plazo de vigencia a la pensión o constituirla con carácter vitalicio o, más precisamente, indefinido, debe seguirse el criterio que se ha impuesto posteriormente en las Audiencias Provinciales, que hace necesario distinguir entre desequilibrio perpetuo y desequilibrio temporal, de manera que si las circunstancias a tener en cuenta en el caso desembocan en un desequilibrio tendencialmente perpetuo también la pensión debe ser temporalmente indefinida, mientras que en los casos de desequilibrio temporal la aceptación de la coyunturalidad del desequilibrio en el mismo momento de la ruptura debe conllevar la temporalidad de la pensión.

Pero cabría precisar algo al respecto, dado el indiscutible carácter dispositivo de la compensación, que no atiende a ninguna clase de interés público, sin que el precepto que la reconoce constituya derecho necesario. De hecho, salvo que los cónyuges la incluyan en el convenio regulador de la separación o el divorcio o exijan su reconocimiento en el seno de un procedimiento matrimonial contencioso, el Juez no puede pronunciarse sobre ella. Se trata, como expresan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1.987 y 17 de julio de 2.009, de:

“un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que 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”.

Ese carácter dispositivo y la correlativa sujeción al principio de rogación obligan al juzgador a pronunciarse con ajuste a lo interesado por el demandante de la pensión, que en su demanda normalmente habrá precisado no sólo el importe a satisfacer, sino, en su caso, los límites temporales del derecho cuyo reconocimiento postula. Tal vez, en los casos en los que se solicite el

establecimiento de una pensión con carácter indefinido la decisión del juzgador de limitar el derecho en el tiempo constituya, como la de conceder una cantidad inferior a la pedida, una estimación parcial y ello no motive la incongruencia de la sentencia, pero fuera de esos supuestos otras decisiones extrañas al petitum, por ejemplo convirtiendo lo que se solicita como pensión temporal en derecho indefinido, constituirían un pronunciamiento incongruente por ultra o extra petita.

Las circunstancias a tener en cuenta para la aplicación de esos criterios en orden a establecer o no un plazo de vigencia de la pensión y, en su caso, la duración de éste, son las mismas que deben valorarse para decidir si procede o no fijar la compensación y para cuantificarla si se fija. De imposible enumeración, como se repite en los pronunciamientos judiciales¹⁷⁵, si bien las más destacadas son las enumeradas en el párrafo segundo del artículo 97, en el que tras aludirse a los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges se atiende a la edad, el estado de salud, la cualificación profesional, las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración del beneficiario en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia, la posible pérdida de un derecho de pensión y, en definitiva, cualquier otra circunstancia relevante.

A partir de esa configuración legal y jurisprudencial del derecho a la compensación por desequilibrio, existe la posibilidad de que los futuros cónyuges o quienes ya lo son regulen a través del pacto concertado con anterioridad a la crisis conyugal el reconocimiento de ese derecho para cuando esa crisis llegue y si es que en efecto llega, o su renuncia para el mismo caso. Añadiendo o no en el pacto otras previsiones relativas a los límites cuantitativos o temporales del derecho reconocido y a su sobrevenida modificación o extinción.

Aunque debido al carácter dispositivo del derecho a la compensación por desequilibrio la autonomía de la voluntad juegue en esta cuestión un papel decisivo, no puede perderse de vista la circunstancia de que los preceptos que el Código Civil destina al establecimiento por vía de acuerdo de la pensión compensatoria o a su renuncia, singularmente los artículos 90 y 97, se enmarcan en el contexto de la crisis conyugal ya producida, no incluyéndose a lo largo de la

¹⁷⁵ Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de enero y 4 de noviembre de 2.010 y 14 de febrero de 2.011.

regulación codicial¹⁷⁶ ninguna previsión que permita o prohíba el pacto sobre el derecho aún no nacido. Concertar anticipadamente un acuerdo prematrimonial estableciendo para el momento de la ruptura el derecho a la compensación por desequilibrio en todo caso, sin supeditarlo al tiempo de hacerlo a la existencia en el momento de su eficacia de las circunstancias legalmente precisas para el nacimiento del mismo (el desequilibrio y el empeoramiento tal y como han quedado configurados en las anteriores líneas) supondría llevar a cabo una construcción artificiosa del derecho, o de un derecho distinto del que la ley contempla, lo que nos situaría en una situación en cierta medida paralela y asimilable a la que describí al tratar del pacto sobre la compensación por el trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes prevista en el artículo 1.438. Por otra parte, debe plantearse si una renuncia anticipada al derecho a la compensación no incorporado aún al patrimonio del renunciante podría resultar, por esta misma causa, nula radical.

Aunque el pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges acuerdan que cuando se produzca la separación o el divorcio uno de ellos tendrá derecho a percibir del otro, en concepto de compensación por desequilibrio económico, una prestación única o una pensión indefinida o por tiempo determinado, incluyendo o no su cuantía pero sin mayores precisiones, no choca con especiales obstáculos legales, sí podría encontrar ciertas cortapisas al enfrentarse, llegado el día y tal y como sucede con respecto al relativo a la compensación del artículo 1.438, con la realidad de las cosas.

Cabe pensar que quienes antes de contraer matrimonio o de que se produzca la ruptura establecen una obligación de pago de la compensación prevista en el artículo 97, cuyos fundamentos son, como sabemos, el desequilibrio y el empeoramiento ya descritos, normalmente estarán vislumbrando al concertarlo un panorama que conduciría, llegada la crisis, a la realidad de ese escenario de desequilibrio. La cuestión, entonces, es clara. Pero si ese escenario no llega a existir, el cumplimiento de la obligación pactada podría tener su apoyo en que el negocio se considere válido y eficaz por concurrir en él los requisitos legales precisos y haberse establecido para poder ser exigido aun en el supuesto

¹⁷⁶ Como sí se incluye, por el contrario, en el artículo 15.1 del Código de Familia Catalán, y se incluía también en la Ley De Régimen Económico Matrimonial Valenciano, hoy declarada inconstitucional.

de que los hechos no se adapten a la tipicidad del precepto citado. Y así, pactar conscientemente y con intención de obligarse una futura compensación por desequilibrio que sea exigible aunque éste, el empeoramiento paralelo o ambos no concurren, podrá llegar a considerarse, en su caso, un pacto perfecto aunque nacido no de la ley sino del contrato, pero el objeto del mismo no sería propiamente una compensación por desequilibrio del artículo 97, porque no es posible reequilibrar lo que está equilibrado ya. Sirve aquí, *mutatis mutandis*, cuanto al tratar de los pactos relativos a la compensación del artículo 1.438 expliqué sobre la causa del contrato y la posible frustración de las expectativas negociales que pudiera hacerlo ineficaz. Y considero que, de igual modo, la decisión sobre la eficacia o ineficacia de dicho acuerdo habría de adoptarse a la luz de las circunstancias del caso concreto, indagando en la voluntad y la intención de los contratantes a la luz de la situación existente en el momento de la exigencia de la obligación. Indagar en qué medida la voluntad de las partes al diseñar la obligación contraída comprendió la exigibilidad de ésta aun sin existencia de desequilibrio servirá para hacer prevalecer, en ese caso y sin obviar los límites generales de estos negocios jurídicos, la obligación de cumplimiento establecida en el artículo 1.258 del Código Civil. Y si no la comprendió, por haberse partido de la prevista certeza del desequilibrio y el empeoramiento futuros al final no producidos, para alcanzar la conclusión contraria.

Acerca de la renuncia anticipada, formalizada en un acuerdo prematrimonial o matrimonial, a la compensación por desequilibrio, si bien no del todo pacífica porque existen pronunciamientos judiciales que han declarado su nulidad con el argumento que ya he citado de que no puede ser renunciado lo que no está incorporado al propio patrimonio¹⁷⁷, y también autores que se han alineado en esa tendencia (entre otros, ALBALADEJO, CABEZUELO ARENAS y GARCÍA CANTERO) el criterio que admite su validez es mayoritario.

Además de la doctrina general relativa a la irrenunciabilidad de los derechos futuros, se ha defendido por el sector contrario a la admisión de la renuncia que aunque en este caso pudiera llegar a considerarse que la compensación es renunciable, es en el momento de dictar la sentencia de separación o de divorcio, y no antes, cuando debe valorarse si en efecto concurren

¹⁷⁷ Ss. AP Asturias (5ª), de 12 de diciembre de 2.000, AP Málaga (6ª), de 18 de febrero de 2.008 y AP Girona (1ª), de 1 de marzo de 2.004.

las circunstancias precisas para su concesión, y que prácticamente desaparecida a partir de la reforma operada por la ley 15/2.005 la separación matrimonial, la compensación por desequilibrio fijada como pensión temporal o por tiempo indefinido, encubrirá en realidad una prestación alimenticia. Prestación alimenticia que, fuera del supuesto de concertación voluntaria del contrato de alimentos, la ley no establece a favor de quien no es cónyuge.

Son varias las razones que determinan la validez de la renuncia. Es muy atinada la que explica MORENO VELASCO¹⁷⁸ al precisar que no se trata en puridad de una renuncia de derechos sino de una exclusión voluntaria de la ley aplicable, exclusión que por aplicación del artículo 6.2 del Código Civil es válida si no contraría el interés o el orden público o perjudica a terceros. Los cónyuges o futuros cónyuges lo que hacen no es, incluso aunque así lo expresen en el pacto, renunciar a un derecho futuro, sino acordar que no será entre ellos de aplicación la regulación normativa de la pensión compensatoria, de derecho dispositivo, quedando sustituida por la convencional¹⁷⁹. A ese argumento puede añadirse algún otro: por ejemplo, que el artículo 1.271 del Código Civil permite que sean objeto del contrato las cosas futuras que no estén fuera del comercio de los hombres, y también que, como apunta PINTO ANDRADE comentando la doctrina civilística alineada en esta dirección, no es del todo cierto que no se pueda renunciar al derecho que no ha nacido porque el Código Civil contiene ejemplos de lo contrario, y así en el artículo 1.102, al prohibir de forma expresa la renuncia a las acciones de indemnización por incumplimiento doloso, está permitiendo, a sensu contrario, renunciar a las derivadas de negligencia; y además, cuando el legislador ha querido realzar el carácter irrenunciable de un derecho lo ha establecido así de forma expresa, por ejemplo en los artículos 646, 652 y 655 en materia de revocación y reducción de donaciones, en el artículo 1.935 en relación con el derecho a prescribir en lo sucesivo o en el 151 con respecto a los

¹⁷⁸ MORENO VELASCO, V. "La expresión...", op. cit. p. 40.

¹⁷⁹ En este sentido, PASTOR VITA, F.J. "La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*, abril de 2.003, p. 39.

alimentos futuros¹⁸⁰. Argumentos que, en definitiva, se reproducen en los abundantes fallos judiciales que admiten la validez de la renuncia¹⁸¹.

Admitida con carácter general la posibilidad de renunciar anticipadamente a la compensación por desequilibrio, podría plantearse la situación inversa a la que he descrito en relación con el pacto de establecimiento anticipado de dicha compensación. Un pacto prematrimonial en el que uno de los otorgantes, o ambos, renunciaran a exigir del otro pensión compensatoria llegada la ruptura, y que una vez producida ésta exista desequilibrio y empeoramiento que afecten al renunciante. No es lógico pensar que la renuncia antaño expresada surgiera en su día del convencimiento del sujeto de que llegado el día no se hallaría en la situación que el artículo 97 describe para hacerle destinatario del derecho a la compensación, pues aunque ello pudiera ser posible carecería de lógica en la medida en que no parece lo normal renunciar expresamente -ni exigir renunciar expresamente- a algo que se pronostica que nunca llegará a tenerse -ni a tener que asumirse-; más bien, la renuncia viene a presuponer que quien sabe que podrá ejercer ese derecho al amparo de la norma, hace dejación anticipada, consciente y libre del mismo porque valorando su situación ha preferido hacerlo, sea porque prefiere contraer matrimonio a no hacerlo o por cualquier otro motivo lícito. A mi juicio, en este caso no sería admisible que el renunciante, producida la ruptura, sostuviera que en el momento de la concertación del pacto renunció a la compensación porque no preveía que sin la renuncia fuera a hallarse en situación de exigirla. Y el otro otorgante del pacto podría razonablemente explicar que si exigió la renuncia fue precisamente para conseguir que quien podría llegado el momento hallarse en situación de exigir su derecho se viera, por ella, privado de la posibilidad de hacerlo. Razones que me hacen ser cauteloso al valorar la posibilidad de declarar la ineficacia sobrevenida de la renuncia a la compensación.

¹⁸⁰ PINTO ANDRADE. C. "Pactos..." op. cit. pp. 94 y 95.

¹⁸¹ Entre otras, Ss. AP Santa cruz de Tenerife (3ª) de 30 de noviembre de 2.001, AP Barcelona (12ª) de 19 de noviembre de 1.999, 17 de marzo de 2.000 y 19 de enero de 2.006, AP Madrid (22ª) de 27 de noviembre de 2.002 y 27 de febrero de 2.007 y AP Valladolid (3ª) de 13 de mayo de 2.002.

Una línea doctrinal intermedia, no del todo equidistante de las que respectivamente sostienen la validez y la invalidez de la renuncia previa porque se aproxima más a la primera, pregona que esa renuncia es válida pero queda sometida a un control judicial dirigido a evitar que a causa de ella quede gravemente perjudicado el renunciante, lo que sucedería siempre que a consecuencia de la separación o el divorcio éste no pudiera atender sus mínimas necesidades. Si la compensación renunciada fuera el efecto de la separación matrimonial, el cónyuge perjudicado podría reclamar una pensión alimenticia, pero si se produce la disolución del matrimonio por divorcio no gozaría de semejante posibilidad. Se alude en este sentido al artículo 90.2 del Código Civil, que al disponer que el Juez puede dejar de aprobar los acuerdos adoptados por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o el divorcio si son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, no excluye de esa función revisora, pese a su naturaleza de derecho disponible, a la compensación, lo que apunta en la dirección que conviene a esta tesis.

También se ha defendido, dentro de la misma tendencia del posible control judicial y en una orientación aproximada a la anterior, que es admisible el de la validez de la renuncia atendiendo a la base del negocio y a las circunstancias del caso concreto, para considerar, en su caso, aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* y declarar la ineficacia total o parcial del pacto de renuncia sólo en los casos en los que concurran circunstancias sobrevenidas y absolutamente imprevisibles que precipiten al renunciante a una situación de precariedad que objetivamente no pudo pronosticar: son los supuestos de accidentes que incapacitan para el trabajo, enfermedades graves sobrevenidas durante el matrimonio, nacimiento de hijos no previsto u otros similares y determinantes de una situación económica de total precariedad.

Algunos pronunciamientos judiciales se han decantado por la aplicación de estos criterios para negar eficacia a la renuncia anticipada. La sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada el 19 de mayo de 2.001¹⁸² reconoció a la esposa que en capitulaciones matrimoniales había renunciado a la pensión del artículo 97 el derecho al cobro de dicha pensión con fundamento en que las circunstancias del momento eran muy distintas a las que sirvieron de base

¹⁸² CENDOJ; ROJ: SAP GR 1147/2.001.

para el acuerdo, trayendo a colación la teoría de la base objetiva del negocio y valorando su dedicación a la familia y al esposo, que había dejado su trabajo al casarse, que no había realizado después actividad laboral, su carencia de medios económicos para poder vivir independientemente y de vivienda propia y que padecía un alterado estado psíquico. Criterio seguido por alguna sentencia posterior, como las dictadas por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria el 12 noviembre 2.003 o por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 27 de febrero de 2.007, resolución que justifica la validez de la renuncia por considerar que consiste en una exclusión voluntaria de la ley aplicable y que, citando la de Granada de 19 de mayo de 2.001 y los trabajos realizados por FRANCISCO JAVIER PASTOR Y ANA LAURA CABEZUELO ARENAS, declara la validez de la misma por no ser susceptible el caso enjuiciado de aplicar los criterios que permitirían su revisión.

Da la impresión de que quienes se alinean en esta tesis intermedia pretenden conferir a la compensación por desequilibrio, bien que en esos supuestos de absoluta precariedad y no en otros, una función asistencial o alimenticia, reequilibradora sólo hasta los límites de la supervivencia con el mínimo decoro. Y se denota que mientras la primera orientación no busca la justificación de la ineficacia total o parcial de la renuncia en otra cosa que en la misma precariedad sufrida, la segunda, más exigente, apunta hacia la cláusula rebus sic stantibus y añade sus requisitos a la precariedad. Podría aquí sostenerse, para salvar la exigencia de que el desequilibrio y el empeoramiento debieron ser previstos al concertar el pacto de renuncia, que por ello se concertó, que lo que no pudo preverse fue la menesterosidad o la ruina. A fortiori, quien tras el matrimonio sufre un desequilibrio económico que le precipita a una situación en la que precisa la asistencia del Estado para subsistir, se convierte en una carga social, y el acuerdo de renuncia podría en tal caso entenderse contrario al orden público y quedar proscrito por el artículo 1.255 del Código Civil¹⁸³.

La invalidez del pacto prematrimonial relativo a la compensación por desequilibrio podría, además de producirse por concurrir las causas generales determinantes de la nulidad del negocio, incluyendo las previstas en los artículos

¹⁸³ La UPAA, sección 6.b, declara ineficaz el acuerdo de renuncia o variación de la compensación que deje al cónyuge en situación de someterse a un programa de asistencia pública.

6.2 y 1.255 del Código Civil, provenir de derivarse del mismo efectos limitativos de los derechos de los cónyuges, y más concretamente de los que se integran en el libre desarrollo de su personalidad.¹⁸⁴ También en estos supuestos deberá atenderse, para decidir sobre la validez o la nulidad total o parcial del acuerdo, a las circunstancias del caso concreto en orden a determinar si el pacto fue otorgado para impedir la ruptura o, incluso, si en su concertación concurrió dolo buscándose mediante el engaño el propio enriquecimiento, o, quizás, si el cobro de la compensación podría llegar a constituir un estímulo para la ruptura. Puede pensarse en los supuestos en los que tanto el pacto de establecimiento como el de renuncia acarrear de hecho la limitación o la privación del derecho a separarse o divorciarse: si la compensación acordada resulta exorbitante y no puede ser atendida por el obligado sin grave menoscabo de sus necesidades o de su situación económica, o si quien mantiene un nivel de vida digno durante la unión conyugal carece de medios de subsistencia y de posibilidades objetivas de mantenerlo tras la ruptura, el pacto prematrimonial se convertirá en un elemento disuasorio que forzará al obligado al pago o al renunciante a no instar la separación o el divorcio.

El pacto relativo a la compensación por ruptura que limite la igualdad de derechos de los cónyuges será nulo por aplicación del artículo 1.328 del Código Civil, precepto que, aun referido a las capitulaciones matrimoniales, no deja de ser reflejo del principio de igualdad entre cónyuges consagrado en nuestra Constitución. Lo que no significa que cualquier pacto de establecimiento o de renuncia, para ser válido, deba ser asumido por los dos otorgantes y de igual manera. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que cada uno de ellos sea dueño antes de contraer matrimonio de una empresa rentable, previendo los dos que ambas seguirán en explotación durante el matrimonio, pero siendo una de mayor valor que la otra. El pacto por el que el quien es dueño de la de mayor valor renuncia a exigir compensación y el otro no, no tiene por qué violar el principio de igualdad, y el pacto por el que se establece una compensación sólo para el que es dueño de la menos valiosa tampoco. El examen de las circunstancias del caso concreto vuelve a imponerse, y se impondrá continuamente en esta materia dados los muchos supuestos imaginables que pueden surgir de la autonomía de la

¹⁸⁴ Realmente, contraviniéndose así el orden público.

voluntad de los otorgantes, que, por ejemplo, podrían prever el pago de una prestación única y además el de una pensión periódica; pactar supuestos de extinción de ésta distintos de los previstos en los artículos 100 y 101 del Código Civil; dejar éstos sin efecto; la transformación de la pensión en prestación única si se produjeran determinados acontecimientos; el pago sólo en el caso de que se produjera tras la ruptura determinado evento, sometiendo el pacto a condición suspensiva; o la obligación de devolución de todo o parte de lo percibido por el juego de una condición resolutoria. Entre otras cosas.

IX-CONCLUSIONES

IX- CONCLUSIONES

Primera.- La actual realidad social demanda una regulación legal en nuestro Derecho civil común de los pactos por los que, respetando los márgenes impuestos a la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos de Derecho de familia, los sujetos del matrimonio acuerdan anticipadamente las condiciones en las que deberá desplegarse su futura convivencia o las consecuencias personales o patrimoniales que se derivarían de una eventual futura ruptura.

En esa regulación, a los requisitos generales de validez de los contratos deberán añadirse otros específicos tendentes a asegurar la emisión por los otorgantes de un consentimiento verdaderamente libre y consciente, incluyendo las exigencias de forma escrita, información previa y veraz acerca de la situación financiera y patrimonial del otro contrayente y asesoramiento legal previo referido a los efectos y la trascendencia del pacto. Garantías que quedarían reforzadas mediante el establecimiento de un plazo de tiempo mínimo entre la suscripción del pacto y la celebración del matrimonio y de otro de caducidad para el caso de que éste no llegara a celebrarse, y la prevención de la ineficacia del negocio por desproporción concurrente en el momento de su concertación o en el de su aplicación si, en este último caso, puede considerarse extraordinaria y obedece a un cambio sobrevenido, sustancial e imprevisible de circunstancias.

Segunda.- Constatando el profundo cambio del modelo social y matrimonial experimentado en nuestra sociedad, las sentencias dictadas por la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo los días 31 de marzo de 2.011 y 24 de junio de 2.015 han venido a reconocer con carácter general la validez y la eficacia de los pactos matrimoniales y prematrimoniales que establecen consecuencias económicas o patrimoniales para caso de ruptura, considerándolos sometidos a los requisitos generales de validez de los contratos y constreñidos por las limitaciones impuestas por el Código Civil a la autonomía de la voluntad en sus artículos 1.256, 1.258 y 1.261 y por la imposibilidad de que contravengan el orden público mediante la promoción de la crisis o la precipitación a uno de los

otorgantes a una situación de precariedad justificativa de la intervención del erario público, o por la de que atenten contra la igualdad de derechos de los cónyuges, quedando en todo caso limitados por la protección constitucional a la familia y a la infancia, además de por los derechos de la misma naturaleza a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

En supuestos aislados, se ha admitido por nuestros tribunales la validez de pactos prematrimoniales otorgados para regular las condiciones en las que deberán cumplirse durante la normal convivencia conyugal las obligaciones surgidas del matrimonio. Y también, de forma más generalizada, los referidos a la compensación del artículo 97 del Código Civil.

Circunstancias que justifican la necesidad de una regulación normativa que, con el transcurso del tiempo y la previsible proliferación de esta clase de negocio, se hará cada vez más evidente.

Tercera.- La atipicidad en nuestro Derecho civil común de los pactos prematrimoniales o matrimoniales como categoría jurídica autónoma excluye que a priori sean exigibles requisitos formales en su otorgamiento, quedando perfeccionados por la concurrencia de los contemplados en los artículos 1.254, 1.255, 1.258 y 1.261 del Código Civil, añadiéndose a ellos los específicamente requeridos, en su caso, al concreto o los concretos tipos contractuales objeto de dichos pactos.

Ello no obstante, son las capitulaciones matrimoniales el vehículo más idóneo para su formalización, sin que pueda descartarse la validez de los formalizados en escritura pública no calificada como de capitulaciones matrimoniales, en documento privado o verbalmente.

Cuarta.- La evolución del significado de la obligación de fidelidad conyugal determina que se otorguen pactos prematrimoniales o matrimoniales relativos al contenido concreto de la misma en la relación conyugal de los otorgantes. Sin que, al menos por el momento, parezca posible desde el punto de vista jurídico desbordar sus ámbitos objetivo –incluyendo en él una esfera de fidelidad distinta a la sexual- ni subjetivo –trascendiendo las esferas personales de los cónyuges para alcanzar la de los hijos convirtiendo la obligación en “fidelidad familiar”-.

Los pactos de poligamia, de matrimonio complejo y de swinging, de ser otorgados con anterioridad a la prestación del consentimiento matrimonial desencadenan la nulidad del matrimonio por pretender la instauración de una

comunidad de vida matrimonial distinta, incluso contraria, a la prevista en nuestro Derecho vigente. Y de ser otorgados después, aun no afectando a la validez del matrimonio pueden considerarse nulos al traspasar los límites de la ley, la moral y el orden público, previstos en el artículo 1.255 CC.

Quinta.- Los pactos prematrimoniales o matrimoniales por los que se describen o concretan determinadas conductas como incumplidoras del derecho-deber de respeto recíproco o del derecho-deber de ayuda y socorro mutuos, o la actitud a mantener o la actividad a realizar o no por uno o por ambos cónyuges en supuestos concretos de conflicto entre su particular interés y el del grupo familiar durante la normal convivencia, pueden contribuir eficazmente a llenar de contenido en el matrimonio concreto esos derechos-deberes, con la posibilidad de que en el pacto se anuden a las conductas incumplidoras consecuencias resarcitorias.

Sexta.- La evidencia de parejas integradas por personas maduras que contraen matrimonio con propósitos de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad pero en régimen LAT y por lo tanto viviendo separados, se augura como propiciadora del pacto prematrimonial o matrimonial, que dependiendo de los criterios de los aplicadores del Derecho, podría llegar a considerarse válido o determinante de la nulidad del matrimonio por excluir el consentimiento prestado la obligación de convivencia que caracteriza la vida conyugal tal y como tradicionalmente ha sido entendida.

Séptima.- El pacto relativo a la distribución entre los cónyuges de las tareas domésticas y el referido a la forma de cuidar y atender a la personas dependientes a su cargo, incluso contratando con terceros los servicios precisos para ello, son válidos.

Fenómenos como el de las parejas DINKY o el de las tías PANK son reflejo de la evolución cultural y social y hacen que para los cónyuges o futuros cónyuges se abra un amplio abanico de posibilidades de regulación anticipada entre ellos de estas obligaciones conyugales.

Octava.- Tanto el pacto de exclusión de todas o alguna de las obligaciones legales derivadas del matrimonio como aquél otro por el que se añade algún deber a los específicamente establecidos en los artículos 66 a 68 del Código Civil acarrear la nulidad del matrimonio de éste si son anteriores o coetáneos a la emisión del consentimiento, que no sería el consentimiento matrimonial exigido

por el párrafo primero del artículo 45 del Código Civil. Si se concluyen durante el matrimonio, dichos pactos son nulos por aplicación del segundo párrafo del mismo precepto, aplicable por referirse aquéllas obligaciones sobre las que el consentimiento fue prestado.

Novena.- Para determinar la validez de los pactos relativos a las obligaciones personales de los cónyuges deberá atenderse a la realidad social de cada momento, pero no podrá perderse de vista que al regular las obligaciones conyugales el Código Civil configura un modelo de vida en pareja cuyas características podrán acomodarse a la evolución y a los cambios sociales pero no convertir el matrimonio en una realidad distinta de la que cabe en la prevista por el legislador. En nuestra sociedad actual, ni el matrimonio es una obligación para quienes deciden convivir ni el no contraerlo acarrea perjuicios personales o patrimoniales para los convivientes o sus hijos.

Décima.- Los pactos de restricción o supresión de la facultad de instar la separación o el divorcio en los términos establecidos en el Código Civil son nulos por contrariar el orden público y el principio de libre ruptura que inspira la actual regulación del matrimonio y atentar contra los constitucionales derechos a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 32.2 de la Constitución dispone que la regulación de las causas de separación o divorcio se realizará a través de la ley y no del pacto entre los cónyuges.

Undécima.- El pacto por el que se establece a favor de un cónyuge y a cargo del otro una indemnización por el hecho de que el segundo inste la separación o el divorcio, en el caso de que la indemnización resulte a este último extraordinariamente gravosa o imposible de asumir, es asimilable al de prohibición o grave restricción del derecho a instar esos pronunciamientos y debe recibir igual tratamiento jurídico. En los demás casos, la valoración de la validez de dicho pacto habrá de realizarse a la luz de las circunstancias concretas.

El pacto de indemnización por incumplimiento de alguno o algunos de los deberes conyugales establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil no supone una modalización del consentimiento matrimonial proscrita por el artículo 45 del Código Civil, y es una forma de reafirmar la obligatoriedad de los deberes surgidos de ese consentimiento.

La indemnización sería susceptible de moderación -si se considerase pena convencional-, exclusión -en los supuestos de incumplimiento recíproco- o atemperación -en los de alteración sustancial, sobrevenida e imprevisible de circunstancias.

Duodécima.- Los distintos pactos llamados a producir entre quienes fueron cónyuges y tras la ruptura consecuencias personales -afectando, por ejemplo, a la libertad de residencia, de culto, de expresión o de asociación, o a la patria potestad- o patrimoniales -afectando al derecho de alimentos, al de uso del domicilio familiar o a las compensaciones por el trabajo para la casa o por desequilibrio- deben recibir el tratamiento jurídico diferenciado que en cada caso concreto resulta de aplicación, pero todos ellos encuentran limitaciones comunes derivadas de la ley, la moral y el orden público, incluida la imposibilidad de traspasar los límites constitucionales.

X- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

X-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C. "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial". *Revista Jurídica del Notariado*, nº 57, 2006.
- ALASCIO CARRASCO, L., y MARIN GARCÍA, I. "Contigo o sin ti: regulación e incentivos al divorcio", *InDret*, enero de 2007.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. "Curso de Derecho Civil, IV". *Derecho de familia*. Edisofer. Madrid, 2.013
- AMORÓS GUARDIOLA, M. "Comentarios a las reformas de Derecho de familia", volumen II. Madrid, 1984.
- ANGUITA VILLANUEVA, L. A. "Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española" en "*Actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid*", número 931083.
- AYUSO, L. "Living aparttogether en España". *Revista internacional de Sociología*, vol 70, nº3, septiembre-diciembre, 2.012.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. "Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho". *Revista de Derecho Privado*, nº 3-4, 2006.
- BORRELL Y SOLER, A. M. "Derecho civil español", Vol. IV, *Derecho de familia*. Bosch. Barcelona, 1.955.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. "Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales". *Aranzadi Civil*, nº 18, 2005.
- CAÑIVANO SALVADOR, M. A. "El covenantmarriage como alternativa a las no-faultdivorcelaws: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial". *Revista de Derecho Privado*, nº 86, febrero 2.002.
- CARRASCO PERERA, A. "Derecho de familia: casos, reglas y argumentos". Dilex S.L. Madrid, 2.006.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. "Derecho civil español, común y foral". Tomo V, Vol. 1. *Relaciones conyugales*. Ed. Reus. Madrid, 1.994

- "Derecho civil español, común y foral". Tomo V, Vol. 2. Relaciones paternofiliales y tutelares. Ed. Reus. Madrid, 1.995.
- CERVILLA GARZÓN, M. D. "Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho Comparado". Tirant lo Blanc. Valencia, 2.013.
- "Matrimonio y Patrimonio en la Mudawana 2004: Una reflexión desde el Derecho español". Actualidad Civil, 2010.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. "La deuda alimenticia". Ed. Montecorvo. Madrid, 1.990.
- CHECA MARTÍNEZ, M. "Reconocimiento de la poligamia y el repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawana marroquí" en "Inmigración, Familia y Derecho". Madrid, 2011.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. "En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil", en "Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero", Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1985.
- DE LOS MOZOS, J. L. "Comentarios al Código civil y compilaciones forales". Madrid, 1982.
- DE PABLO CONTRERAS, P. "Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia". Colex.Madrid, 2.008.
- DEBELE GARY A. Y RHODE SUSAN C. "Prenuptial agreement in the United States". International Academy of Matrimonial Lawyers. Law Journal, Bach Issues, vol 1, 2.006/2.007.
- DÍEZ-PICAZO, L. "Comentarios a las reformas de Derecho de familia", volumen II. Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. "Sistema de Derecho Civil". Vol. IV. *Derecho de familia*. Tecnos. Madrid, 2.012.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. "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, 2007.
- DONNA, PAMELA M. "Antenuptial contracts governing alimony or property rights upon divorce: Osborne v. Osborne". *Boston College LawReview*, Volumen 24, issue 2, number 2, pp. 469 a 504.

- EGEA FERNÁNDEZ, J. "Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura matrimonial", en *"Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo"*, tomo III. Madrid, 2003.
- GALLEGO GARCÍA, E. "Los cambios del Derecho de familia en España (1931-1981). Crónica breve de una mutación polémica". Tirant lo Blanch, Valencia, 2.005.
- GALLONE, M. "I pattiprematrimonialinellordinamento italiano". www.overlex.com, 15 mayo 2.011.
- GARCÍA RUBIO, M. P. "Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia". *XIII Jornadas de DretCatala a Tossa de Mar*. Universidad de Girona, 2.004.
- "Resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995", CCJC, nº 41, 1996.
- GASPAR LERA, SILVIA. "Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad". ADC, tomo LXIV, 2.011.
- "Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés". *InDret*. Barcelona, 2.012.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. "Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales" (I y II), *Diario La Ley*, nºs 6.512 y 6.513, 2006.
- GITLIN, H. J. "Premarital agreements need premeditation: before you draft a premarital agreement for soon-to-be spouse, considerer what you have to lose". *Illinois Bar Journal*, enero 2008.
- GONZÁLEZ DE ZULETA, F., y PAISANT, P. "El protocolo familiar: los retos de su publicidad, *Economist and Jurist*, nº 111, 2007.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. "Acuerdos y pactos prematrimoniales (I)", *Boletín de Derecho de Familia*, nº 81, julio de 2008.
- "Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)", *Boletín de Derecho de Familia*, nº 82, septiembre de 2008.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. "La pensión compensatoria temporal", en *"Diez años de abogados de familia, 1993-2002"*. Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley-Actualidad, Madrid, 2003.
- GORTÁZAR LORENTE, C. "Empresa familiar: conservación y continuidad. El protocolo familiar", en *Actualidad y práctica del Derecho*, nº 53, 2001.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. "Comentario al artículo 68", en "Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio", *Lex Nova*, Valladolid, 2.005.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. "La custodia compartida alternativa", *InDret*, nº 2, 2008.
- Criterios de atribución de la custodia compartida, *InDret*, nº 3, 2010.
- HERNÁNDEZ CORTÉS, M.M. "Acuerdo prematrimonial como forma anticipada de prevenir los conflictos y la problemática que puede devenir en una eventual crisis matrimonial. Una propuesta de legeferenda a partir del análisis del Derecho comparado". *Balmaseda-abogados.com*, 2.016.
- HERRERO GARCÍA, M. J. "Comentario del Código civil". Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HORNERO MÉNDEZ C. y AGUILAR RUIZ, L. "Los pactos conyugales de renunciar a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado* nº 57, 2006.
- INKELES, D. "The uniform premarital agreement act: taking cast to a new level for prenupcial agreements", *The Florida Bar Journal*, marzo, 2007, vol. 81, nº 3.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. "Una visión de la evolución del divorcio en España desde 1870", en "*Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del SXXI*". Madrid, 2006.
- KAY, H.H.: "Equality and difference: a perspectiva on no-fault divorcie and its afthermath", *University of Cincinnati Law Review*, 1987.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. "El nuevo derecho civil de la mujer casada". Cívitas, Madrid, 1975.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. "Elementos de Derecho Civil, IV. "Familia". Dykinson. Madrid, 2.010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. "Principios de Derecho civil". Tomo I. *Parte general y derecho de la persona*. Marcial Pons. Madrid, 2.002.
- "Principios de Derecho civil". Tomo VI. *Derecho de Familia*. Marcial Pons. Madrid, 2.016.
- "Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 655.
- LEMA TORRE, M. "Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España", *Migraciones Internacionales*, vol. 2, núm. 2, 2003.

- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. "El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales". *InDret*, Barcelona, 2.010.
- LÓPEZ MARCO, P. "Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio"- *Revista de Derecho de familia*, nº 82, septiembre 2.003.
- MAIETTA, A. "Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti" European School of Economics. <http://www.uniese.it/>.
- MAILLO SALGADO, F. "Diccionario de Derecho islámico". Gijón, 2005.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. "La temporalidad de la pensión compensatoria". Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- "Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio". Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- "Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006.
- MARTÍN MUÑOZ, A. "Prestaciones económicas establecidas en los procedimientos matrimoniales: la pensión compensatoria y la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001.
- MARTÍNEZ CALVO, J. J. "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura". Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho, 2.013.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. "Pactos prematrimoniales". Tecnos. Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. "Riesgo negocial v. cláusula rebus sic stantibus". *InDret*. Barcelona, 2.011.
- MORENO VELASCO, V. "La expresión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las crisis matrimoniales". Universidad de Jaén, 2.013.
- NAVARRO PEREIRA, G, "Acuerdos Prematrimoniales en previsión de una futura ruptura". Buenastareas.com, 2.012.
- NAVARRO VALS, R. "El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses". *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1.998.
- NAVARRO VIÑUALES, J.M. "La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia", en "*El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*". Navarra, 2006.
- O'CALAGHAM MUÑOZ, JAVIER. "Código Civil comentado y con jurisprudencia". La Ley. Madrid, 2.008.

- ONG SIEW LING, D. "Prenuptial agreements and foreign matrimonial agreements: Tq v. Tr". *Singapore Academy of Law Journal* (2007) 19 SA-cLJ, pp. 397 a 408.
- PASTOR VITA, F. J. "La renuncia anticipada de la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales". *Revista de Derecho de familia*, nº 19, abril de 2003.
- PATERNA, N. "El divorcio francés tras la ley de 26 de mayo de 2004, un divorcio bajo la influencia de la libertad", en "Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del siglo XXI", Madrid, 2006.
- PAZ ARES, I. "Previsiones capitulares. Recientes modificaciones legislativas para el abogado de familia". Asociación Española de Abogados de Familia. Dykinson. Madrid, 2.008.
- PEÑA GARCÍA, C. "El matrimonio. Derecho y praxis de la Iglesia. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2.004.
- PEÑAFIEL, J. "Mis divorcios reales", Ediciones B. 2.012.
- PÉREZ HEREZA, J. "La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales" (conferencia pronunciada el 14 de marzo de 2.008). Academia Matritense del Notariado.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. "Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual". *Lex Nova*. Madrid, 2009.
- PINTO ANDRADE, C. "La genérica validez de los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial". *Noticias Jurídicas, artículos doctrinales*, septiembre 2.010.
- "Pactos matrimoniales en previsión de ruptura". Bosch. Barcelona, 2010.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. "La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2.005, de 8 de julio", *Aranzadi Civil*, nº 20, 2005.
- "Pactos en previsión de la ruptura matrimonial" en "Homenaje al profesor Cuadrado Iglesias", Vol. I. Aranzadi, 2.008.
- ROCA TRÍAS, E. "Comentario al art. 97", en *Comentario del Código Civil*, t. I., Ministerio de industria, Madrid, 1991.
- ROGEL VIDE, C. "Mediación y transacción en el Derecho Civil". *Revista General de legislación y jurisprudencia*, nº 3, 2.009. Ed. Reus. Madrid, 2.009.
- RUBIO TORRANO, E. "¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?", *Aranzadi Civil*, nº 19, 2006.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. "La concesión temporal de pensión por desequilibrio", *Aranzadi Civil*, nº 1, 1995.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. "Consecuencias económicas de las crisis matrimonial tras la ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 57, 2006.
- SANTA OSPINA, J. E. "La crisis presente, la autonomía de la voluntad y la operatividad de la cláusula rebus sic stantibus". *Universidad del País Vasco*. San Sebastián, 2.015.
- SCOTT, T. "MacLeod v. Macleod: pre-nups, post-nups and s35 of MCA". *FamilyLawWeek*, 16 enero 2009.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. "Los pactos en previsión de ruptura en el Código Civil Catalán", en "*El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código Civil de Cataluña*". Barcelona 2011.
- "Regulación codicial de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial", en "*El proceso de Familia en el Código Civil de Cataluña*", Barcelona, 2011.
- SHERMAN, J.H. "Prenuptial agreements: a new reason to revive an old rule", *Cleveland State Law Review*, 2005-2006.
- TAMAYO HAYA, S. "Los pactos sobre cuestiones matrimoniales en las crisis conyugales", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 10, 2003.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. "Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de ruptura conyugal". *Economist and iuris*, 2.008.
- "La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio. *Lex Nova*, Valladolid, 2001.